

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 50/2017

Година XIV

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2017.

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.

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/І, 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

Академик проф. др Снежана Савић ТУМАЧЕЊЕ УСТАВА	11
Проф. др Миле Дмичић НЕ(ОСТВАРИВАЊЕ) НЕКИХ БИТНИХ ЕЛЕМЕНАТА УСТАВНОПРАВНОГ МОДЕЛА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ЕНТИТЕТА	33
Проф. др Боса М. Ненадић ОСВРТ НА ОБАВЕЗНА „ОБЈАШЊЕЊА, МИШЉЕЊА, ИНСТРУКЦИЈЕ, УПУТСТВА И СЛИЧНЕ АКТЕ“ У ОБЛАСТИ ПОРЕСКОГ СИСТЕМА – Пример Републике Србије	63
Проф. др Владан Михајловић ПРИБЛИЖАВАЊЕ И ПРИЛАГОЂАВАЊЕ МОДЕРНЕ СРПСКЕ ДРЖАВЕ ПАРЛАМЕНТАРНОМ СИСТЕМУ ВЛАСТИ (ДЕМОКРАТИЈЕ)	95
Проф. др Игор Милинковић СУДИЈСКА ОДГОВОРНОСТ И ВЛАДАВИНА ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	119
Проф. др Горан Марковић Ђорђе Мариловић, мср НАДЛЕЖНОСТИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ЗА ЗАКЉУЧИВАЊЕ УГОВОРА О ИЗБЈЕГАВАЊУ ДВОСТРУКОГ ОПОРЕЗИВАЊА У ОДНОСУ НА ПОРЕЗЕ НА ДОХОДАК И НА ИМОВИНУ	141
Проф. др Синиша Каран АРБИТРАЖНА ОДЛУКА ЗА БРЧКО ДИСТРИКТ У СВЈЕТЛУ АМАНДМАНА I НА УСТАВ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ	157
Проф. др Срђан Ђорђевић ПРАВНА РЕГУЛИСАНОСТ УСТАВОТВОРНОГ РЕФЕРЕНДУМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	173

Проф. др Драгомир Јовичић
БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА –
ПРАВНА ИЛИ ПАРТИЈСКА ДРЖАВА? 181

Проф. др Милорад Ђупурдија
Арсен Оремовић
Ирена Оремовић
УСТАВНОПРАВНИ АСПЕКТИ И ПРИЈЕПОРИ
РАЗВОЈА АУДИОВИЗУАЛНЕ ДЈЕЛАТНОСТИ У
РЕПУБЛИЦИ ХРВАТскоЈ 199

Доц. др Слободан Орловић
ПРОТИВУСТАВНОСТ АСИМИЛАТОРСКОГ ПРАВНОГ АКТА
ПРЕМА БУЊЕВЦИМА И ШОКЦИМА ПО ОСЛОБОЂЕЊУ 1945.
ГОДИНЕ 217

Милош Станић
РАСПОДЕЛА МАНДАТА У ЕВРОПСКИМ
ПОСТКОМУНИСТИЧКИМ ЗЕМЉАМА НА ПРИМЕРИМА
ЕСТОНИЈЕ, ЛЕТОНИЈЕ, ЛИТВАНИЈЕ И ПОЉСКЕ 231

Ивана Вркатић
EISANGELIA – ПРОЦЕДУРА „ИМПИЧМЕНТА“
У КЛАСИЧНОЈ АТИНИ 243

Дарко Бикаревић
ЗНАЧАЈ И УЛОГА УНУТРАШЊЕ КОНТРОЛЕ
ПОЛИЦИЈЕ КАО ГАРАНТА СЛОБОДЕ И
БЕЗБЕДНОСТИ У ПРАВНОЈ ДРЖАВИ 259

УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Зоран Лончар
НАЈВАЖНИЈИ НОВИ ПРАВНИ ИНСТИТУТИ У УПРАВНОМ
ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 277

Проф. др Марко Станковић
ЈАВНА СВОЈИНА И ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 297

Доц. др Невенко Брањеш
Проф. др Владимир Ђурић
ПРОЦЕС РЕФОРМЕ ЈАВНЕ УПРАВЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ
– ИЗМЕЂУ ОЧЕКИВАНОГ И ПОСТИГНУТОГ 311

Доц. др Сузана Димић
ФИНАНСИРАЊЕ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У СРБИЈИ
ПОРЕЗИМА – СТАЊЕ И МОГУЋНОСТИ 337

Доц. др Зоран Филиповић
ЈАВНИ ИНТЕРЕС У КОНЦЕСИЈАМА У
РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ 351

Анђелка Плавшић – Нешић
ПРОМЕНЕ У ОРГАНИЗАЦИЈИ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 371

РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Маринко Учур
ПРИМЈЕНА ЗА РАДНИКА ПОВОЉНИЈЕГ ПРАВА – *FAVOR*
LABORATORIS У РАДНОПРАВНИМ ОДНОСИМА 391

Проф. др Бојан Урдаревић
НЕКЕ НЕДОУМИЦЕ У ВЕЗИ СА ПРАВОМ НА ШТРАЈК И ПРАВОМ
НА КОЛЕКТИВНО ПРЕГОВАРАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 407

Проф. др Радоје Брковић
Александар Антић, докторанд
КАДРОВСКИ ПЛАН И ПЛАНИРАЊЕ КАДРОВА У ДРЖАВНИМ
ОРГАНИМА, ОРГАНИМА АУТОНОМНЕ ПОКРАЈИНЕ И
ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ 423

Др сс. Ивана Грубеша
ЗАШТИТА ПРАВА РАДНИКА У СЛУЧАЈУ ПРОМЈЕНЕ
ПОСЛОДАВЦА 437

Доц. др Радислав Лале
ЗАШТИТА МОРАЛНОГ ИНТЕГРИТЕТА РАДНИКА СА
ОСВРТОМ НА РАДНОПРАВНИ
ТРЕТМАН МОБИНГА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ 457

Др. Весна Стојановић Наташа Завођа РАЗЛИЧИТИ МЕТОДОЛОШКИ И ПРАВНИ ПРИСТУПИ У ОДРЕЂИВАЊУ ПОЈМОВА ИНВАЛИД И ИНВАЛИДНОСТ	489
Доц. др Александра Вуковић ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА	507
Доц. др Рајко Кличковић Мср Ирина Шолаја ПРАВА, ОБАВЕЗЕ И ОДГОВОРНОСТ ИЗ РАДНОГ ОДНОСА У СИСТЕМУ РАДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	531
Др Борислав Радић ДИСЦИПЛИНСКА И МАТЕРИЈАЛНА ОДГОВОРНОСТ СЛУЖБЕНИКА У ОРГАНИМА ЈЕДИНИЦЕ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	549
Мр Недељко З. Милаковић ПРАВА ПАЦИЈЕНАТА, УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД	579
Мр Весна Билбија ПОТЕНЦИЈАЛИ ФЛЕКСИБИЛИЗАЦИЈЕ РАДА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – Радни однос са непуним радним временом	601

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

ТУМАЧЕЊЕ УСТАВА

Академик проф. др Снежана Савић*

Апстракт: У раду је ријеч о тумачењу устава. С обзиром на чињеницу да је устав највиши правни акт и темељ цјелокупног правног поретка, тумачење устава је једна веома сложена и специфична врста тумачења права уопште. Ово посебно долази до изражаја у пракси уставних судова који су чувари устава и чије одлуке веома често утичу на креирање правног поретка као цјелине. Кроз анализу теоријскоправних ставова покушава се пронаћи одговор на питање да ли је ово тумачење, у односу на тумачење права уопште специфично и у чему се огледају те специфичности.

Кључне ријечи: тумачење права, устав, тумачење устава, уставни суд, уставност, законитост.

1. О тумачењу уопште

О тумачењу устава сам већ писала, али фрагментарно, приликом обраде одређених правних проблема и питања. О овој теми је посебно било ријечи у радовима о појму устава, о преамбули устава уопште и, посебно, о преамбули Устава Босне и Херцеговине као и о тумачењу устава помоћу аргумента природе ствари (*rerum naturae*).¹ Овом приликом намјера ми је да проблем тумачења устава обрадим потпуније и укажем на неке његове специфичности.

На самом почетку, потребно је да се каже нешто о тумачењу права уопште и у том смислу остаје ми да поновим неке своје ријечи из поме-

* Потпредсједник Уставног суда Републике Српске.

¹ Шире в. С. Савић, *Оцјена уставности и законитости*, Бања Лука, 2015

нутих радова. Тумачење (лат. *interpretatio*, њем. *Auslegung*), у најширем смислу, односи се на разумијевање производа људске културе, односно духовних творевина. Тако се могу тумачити књижевна дјела, слике, скулптуре, музика али такође и вјерска предања, историјски догађаји, записи, споменици, филозофски и правни текстови. Тумачење или херменеутика (гр. *hermeneuein*, *hermeneus*, *hermeneia* – изрећи, изразити, објаснити, разложити) представља начин или поступак који се користи да се нешто (нејасно) учини јасним, разумљивим и схватљивим. Сматра се да ово значење, употреба и име херменеутике потиче још из грчке митологије.²

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

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

На другој страни, тумачење права (правна херменеутика) представља само једну подврсту ове сложене појаве. Аналогно напријед наведеном, као и чињеници да је право релативно стара појава, може се рећи да правна херменеутика, односно тумачење права није појава скорашњег датума те да представља изузетно значајну и сложену дјелатност која долази до изражаја у поступку примјене права. Сматра се да потреба за тумачењем права настаје из чињенице да су правне норме психичке творевине њихових доносилаца које, да би могле произве-

² Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија државе и права*, Нови Сад, 2003, 399, истичу да је најмлађи од дванаест олимпијских богова – Хермес, био гласник и посредник између богова и људи, преносилац и тумач воље богова. Отуда, херменеутика означава посредовање, семантички амбијент, (ону) средину у којој се конституишу значења свега неразумљивога, а синтагма *hermeneutike tehne* означавала би вјештину објашњавања, тумачења.

сти дејство, морају бити саопштене субјектима права помоћу неког средства које је носилац значења и које посредује – повезује двије свијести – ствараоца норме и субјекте права. Наиме, субјект (стваралац норме) претвара норму у неки знак, а остали субјекти тумаче те знакове који су носиоци значења и тако сазнају значење – садржај норме.

Дакле, тумачење права има уже, прецизније значење које се односи на правне текстове, и то најчешће законе, а проводе га и правници практичари (судије и други) као и они који пишу стручна и научна дјела из подручја права (нпр. приређивач коментара неког закона). Тумачење права представља само једну подврсту тумачења знакова уопште и најједноставније се може одредити као утврђивање тачног (или правог) значења (смисла) правних норми. Како се правне норме, по правилу, изражавају језиком, то тумачење правних норми спада у тумачење помоћу језика. Правне норме се могу изражавати и другачијим материјалним средствима те у том случају њихово тумачење излази из оквира језика. Међутим, како је језик најпрецизнији систем знакова и како се у основи сви остали знаци своде на језичке знакове, то се и сва тумачења своде на језичко тумачење.

Право се, као психичка творевина, не може сазнати без тумачења „јер оно као такво и не постоји у реалном свијету уколико није претворено у материјалну појаву“.³ У том смислу, тумачење права се, као и свако тумачење уопште, јавља као свакодневна дјелатност сваког ко има посла с правним нормама, а поготово правника и то као готово непримјетна дјелатност.

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

Често се истиче да тумачење права није само репродуктивна дјелатност, односно да је оно увијек и стваралачка дјелатност. “Истина, постоји један значењски оквир правне норме који је тумачу углавном јасан и наметнут, тумач не сме излазити изван тог оквира, тј. он не

³ Р. Д. Лукић, Б. Кошутић, *Увод у право*, Београд, 2004, 394.

сме одлучивати *contra legem* – против прописа. Међутим, унутар тога оквира норма редовно остаје више или мање неодређена, нејасна, вишезначна, а тиме и недовршена, и на основу те околности, адресати – тумачи имају слободу (коју им ниједан нормотворац заправо не може одузети – иако је више пута у историји права било покушаја забране стваралачког тумачења) да правну норму конкретизују, да је достварују у сусрету са конкретним правним односима, тј. да одлучују *praeter legem* – уз пропис.⁴⁴

Сматра се да је то она значајна спознаја до које су дошли социолози позитивисти из интересне јуриспруденције и школе слободног права када су утврдили да свака општа правна норма садржи техничке празнине, „а наговестио ју је и Т. Аквински поставком о примени природних норми *per modum determinationis* и потом потврдио Х. Келзен ставом да је свака примена правне норме истовремено и стварање правне норме.“⁴⁵ Са друге стране, догматски позитивисти су „наивно веровали, или су се само правили да верују, како је норма потпуно јасно изражена воља законодавца и како је чин примене норме једна пасивна *vox legis* која ту вољу механичко-силогистички примењује на конкретне односе“.⁶

2. Тумачење устава

2.1. О тумачењу устава уопште

Из напријед наведеног видљиво је да је тумачење права једна веома сложена људска дјелатност. Међутим, оно има посебан значај при-

⁴⁴ Р. Степанов, Љ. Деспотовић, *Увод у јуриспруденцију – Основни појмови систематике, теорије и социологије права*, Нови Сад, 2004, 122.

⁴⁵ Исто.

⁶ Исто, при чему је потребно истаћи да школа интересне јуриспруденције, која се развила у Њемачкој крајем XIX вијека, слиједећи идеје Р. Јеринга, представља у извјесном смислу средње рјешење између механичке јуриспруденције и школе слободног права. Присталице ове школе су сматрале да је интересна јуриспруденција ситуација у којој је тумач везан објективним значењем текста норме, али у оквиру различитих значења норме, тј. када постоји неодређено или нејасно значење норме, тумач право значење норме одређује, не само језичким и логичким средствима већ, прије свега, руководећи се друштвеним циљем односно функцијом норме. При томе, тумач се руководи заштитом оних интереса и друштвених вриједности којима је законодавац дао примат. Са друге стране, присталице школе слободног права тврдили су да правни систем није логички затворен, нити је примјена права појмовно-логичка операција. Судска одлука, по њиховом мишљењу, не почива само и једино на логичким него на интуитивним поступцима, на правном осјећају. Правни осјећај је, дакле, извор права.

ликом тумачења устава, као највишег правног акта, односно оцјењивања уставности и законитости општих правних аката мање правне снаге од устава и закона, што је надлежност уставних судова. Управо о овој проблематици биће ријечи у овом раду.

„Тумачење или интерпретација устава истражује његов смисао и садржину, као и домет позитивних уставних норми и начела. За уставно право интерпретација је од одлучујућег значаја. Имајући у виду ширину и отвореност устава, карактер уставних норми које су добрим делом апстрактне, начелне и уопштене, интерпретациони проблеми чешће настају овде него у другим гранама права, чије нормирање иде више у детаље и показује се знатно конкретнијим. Тумачење се бави позитивним уставом или оним уставним документом који је некада важио. При томе, тумачење мора да поштује научне и друге објективне критеријуме, да се врши према критичким, транспарентним и накнадно проверљивим мерилима“.⁷

Дакле, уставна интерпретација има задатак да „према претходно датим критеријумима и мерилима, утврди смисао и значење уставне норме, да је истражи и разуме. Тумачење је метода и пут којим интерпретант, нарочито судија, истражује и утврђује садржај уставне норме, водећи рачуна о њеном месту у целовитом правном поретку. Према томе, главни задатак уставне интерпретације је да у рационалном и контроли подложном поступку пронађе уставноправно тачан резултат, да овај резултат рационално образложи и на овај начин створи правну извесност и предвидљивост“.⁸

Како се, на први поглед, чини, тумачење уставних одредаба, могло би се свести под уобичајене интерпретације, тј. тумачења. Међутим, сматра се да би „једину тешкоћу задавала чињеница да уз устав, као хијерархијски највиши акт, не постоји неки други виши акт из којег бисмо могли црпсти садржајне и формалне одреднице за тумачење. Али управо због тога, као и због нарави уставних одредаба, тумачење устава изискује посебан приступ“.⁹ У том смислу могли бисмо навести неколико примјера. Предсједник Врховног суда Сједињених Америчких Држава Роџер Танеј у случају *Dred Scott* из 1857. године изнио је став да „Устав не говори само речима, него и с истим значењем и сврхом којим је говорио када је потекао из руку својих твораца и када га је народ Сједињених Држава изгласао и прихватио. Свако друго пра-

⁷ Д. М. Стојановић, *Уставно право*, књ. 1, Ниш, 2005, 119.

⁸ Исто.

⁹ D.Vrban, *Država i pravo*, Zagreb, 2003, 457.

вило тумачења укинуло би судски карактер овог суда и учинило га пуким одбљеском народног мњења или страсти дана.“ Такође, судија Џорџ Сатерленд у случају *Home Building and Loan Assn. v. Blaisdell* из 1937. године истиче: „Значење устава не може да се мења с плимом и осеком економских збивања... Устав има значење каквим га је народ начинио, све док га сам народ, а не његови службени заступници, не учине другачијим“. На другој страни, Џон Маршал, 1819. године, истиче да „никад не смемо да заборавимо да је оно што ми тумачимо „(...) устав, замишљен да истраје у годинама које долазе и да, сходно томе, буде прилагођен различитим кризама људских ствари“.

Сматра се да је најдаље у тумачењу устава отишао судија Оливер Холмс када је упозоравао да „одредбе устава нису математичке формуле које имају суштину у својој форми; оне су живе органске установе које су пресађене с енглеског тла; њихово значење не треба да се изведе узимањем речи и речника, већ разматрањем њиховог порекла и линије њиховог раста“, или „случај пред нама мора да се разматра у светлости целокупног искуства, а не само на основу онога што је речено пре сто година“. Или пак, став судије Бенџамена Кардоза који је рекао: „...устав не изражава, или не треба да изражава, правила за време које пролази, него начела за будућност“.¹⁰

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

1. оцјена (одмјеравање) начела и основних вриједности као специфична правна техника,
2. приоритет начела праведности и начела правне сигурности,
3. екстензивно (проширено) тумачење оних одредаба које се односе на људска права и слободе, а то значи да се тежи ка томе да се ограничења права и слобода сведу на најмању могућу мјеру (*in dubio pro libertate*) и, на крају,
4. позивање на природу ствари као ванзаконски правни извор.¹¹

Поред овога, треба истаћи да данас више није спорно да су при уставној интерпретацији од великог значаја и достигнућа правне

¹⁰ Р. Степанов, Љ. Деспотовић, цит. дј., 137–138, при чему се наводи дј. Р. Васић, К. Чавошки, *Увод у право II*, Београд, 1997, 279–280.

¹¹ V. F. Muller, *Juristische Methodik*, 7, Berlin, 1997, 104–109, цит. по Д. Врабан, исто, 458, а шире в. С. Савић, *О тумачењу устава – аргумент природе ствари у Оцјена уставности и законитости*, 53–75.

теорије, посебно уставноправне науке.¹² Наиме, доктринарно или научно тумачење права представља тумачење које потиче од стране научне мисли и ауторитета у правној науци. Некад су у старом Риму поједини истакнути правници као Улпијан, Паулус, Гаиус и други имали тзв. *ius respondendi*, што значи да је њихово правно мишљење имало обавезујућу снагу. Ово тумачење данас нема обавезујућу снагу, али је веома респектабилно у правном животу због снаге аргумената којима се служи и правне методологије коју употребљава приликом тумачења и сврстава се у тумачења *ab exemplo*.¹³ Надаље, приликом тумачења устава, осим науке, потребно је водити рачуна и о општедруштвеној сагласности (консензусу) у погледу уставних питања. Нема сумње да и класична правила тумачења права као што су језичко, логичко, систематско, историјско и телеолошко тумачење могу и треба да се употребе при тумачењу уставних норми. Међутим, телеолошко (циљно) и систематско тумачење требало би издвојити као посебно погодна и значајна за овакву врсту тумачења. Иако у „погледу примене општих критеријума тумачења у области уставног права нема наслеђа традиције“, што се „лако може разумети ако се узме у обзир значајна логичка разлика која постоји између правне норме примењене на неку чињеницу и правне норме суочене с неком другом нормом: разлика је утолико уочљивија уколико две норме нису хомогене било због своје технике формулисања, било због своје симболичке снаге... уставни суд је, са своје стране, потврдио прву тезу, али је током времена ипак прилагодио општи метод тумачења посебностима материја подвргнутих његовом разматрању. Тако се, после првог периода у коме је примењиван нарочито систематски метод (...) убрзо неприметно почело с применом телеолошких и историјских аргумената. Најбоља доктрина је, са своје стране, започела да узима у обзир посебности, како функције судија у уставној материји тако и тумачења својственог судији. У стварности се општи критеријуми тумачења које

¹² Г. Гершић, *Енциклопедија права*, Београд, 2011, 231 истиче да “правна наука за позитивно право има тројако значење и задатак: а) да тумачи право, узевши ту реч у њеном ширем смислу (у коме обухвата и аналогију), чиме она стаје непосредно у службу правне примене; б) да садржину права доведе и сведе у ону научну форму која јој одговара, а то је форма система, и в) да посредује у разумевању његове егзистенције и деловања и разумевању његовог, по времену и простору, различитог облика и развоја (историјска и упоредноправна наука). Свакако, дакле, правна наука, поред чисто теоријског задатка и циља, има практични задатак да својим радом и тумачењем унапређује саму примену права, да суделује при стварању и развијању новог позитивног права.”

¹³ D.Vrbani, исто, 476, истиче да се аргумент ауторитета (*ad exemplum*) „сматра и једним од помоћних извора права. Разматрање правила и чињеница на основи узорних примјера врло је увјерљиво и служи већ у антици као привилегирано средство реторике и филозофског мишљења (нпр. Сократови дијалози с ученицима)“.

смо наследили из традиције везују за два мита XVIII века: механицизам у примени закона (теорија савреног судског силогизма је у ствари кћи опште теорије природног механицизма филозофије Светлости) и једнакост која подразумева неутралност тумача. Равнотежа између ових критеријума, а посебно између егзегезе и синтетичког тумачења, представља последњи отпор против двосмислености и амбивалентности језика, коју и сам савремени законодавац не може да избегне. Уставни ниво се, међутим, јавља тамо где криза класичних критеријума тумачења избија боље на видело¹⁴.

Код нас, као и у многим другим модерним државама, за тумачење устава, које, индиректно, има обавезујући карактер – *erga omnes*, поред његовог доносиоца, овлашћен је и уставни суд.¹⁵ Иако “нема ни код уставних судова утврђене надлежности да на општи начин тумаче устав и да то тумачење буде општеобавезно... подробна анализа надлежности уставног суда упућује на нешто другачије закључивање. Највећи део надлежности уставних судова: општа нормативна контрола, а посебно контрола уставности закона, суштински су уставноправни проблеми за чије је решавање неопходно тумачење устава. То се, између осталог, види добро и кад се подвргну анализи одлуке уставних судова, а највише, њиховог образложења. Одлукама се, у ствари, пре свега интерпретира, тј. тумачи устав, па се, на основу тога, доноси одлука о уставности оспореног нормативног акта. По квалитету обраде, та образложења су различита, али је, све чешће, у њима могућно наћи ставове који претендују на то да представљају једино исправно, у извесном смислу квазиаутентично тумачење устава. Правно се ти ставови уставних судова не сматрају обавезним извором права... Али, имајући у виду ауторитет уставних судова, мора се признати да њихово тумачење устава значајно утиче, како на праксу стварања, тако и на праксу примене права.”¹⁶

Иако постоје мишљења да је „немогуће дефинисати један општи метод уставног тумачења; утолико пре што саме разлике... произлазе из

¹⁴ G. Lombardi, „Тумачење устава“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1985, 67–68.

¹⁵ G. Lombardi, исто, 71, истиче да је „с функционалног гледишта, могуће уочити да је, у редовним ситуацијама, уставним судовима поверен најважнији задатак тумачења устава“, при чему Б. Ненадић, „Уставни суд Србије од ‘негативног’ ка ‘позитивног’ законодавцу“, *Правна ријеч*, 35/2013, 79–105, наводи: „Оно што се неспорно може констатовати, јесте чињеница да Уставни суд у савременој Србији више не функционише само као ‘негативни законодавац’. Поуздано се може утврдити да Уставни суд почиње да стиче реалну моћ трансформисања законодавне власти, те да у вршењу појединих облика уставног надзора дела и попут ‘позитивног законодавца’“.

¹⁶ А. Фира, „Устав – тумачење и тумачи“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-3/1996, 665–666.

конкретних ситуација различитих земаља и из само-органичења (self-restraint) које је уставно судство усвојило у различитим околностима¹⁷, и иако „уставни суд, после једног периода у коме је радио по традиционалним методима тумачења, сада настоји да тумачи и примењује уставна начела на један све мање позитивистички начин,¹⁸ сматра се да се у тумачењу устава полази од општеважећих правно-догматских метода тумачења. Међутим, Д. М. Стојановић истиче: “Ипак, карактер и ранг уставних норми, својства и функције устава захтевају знатну модификацију уобичајених интерпретационих метода. Ово произилази из мноштва фактора и особености, како самог уставног права, тако и уставног живота. Међу њима најважнија је релативна неодређеност уставних појмова, али и упадљива покретљивост уставне стварности¹⁹”.

Општеприхваћен је став да је устав, структурално и функционално, усмјерен да за дуже вријеме регулише државноправни поредак. Сматра се да се овај циљ може постићи једино онда када су формулације које су садржане у уставу такве да могу да рачунају и на будући развој. “То значи да устав државе мора знатно више од других нормативних аката да покаже извесну неодређеност и отвореност појмова, тј. да буде отворен у времену. Према томе, пошто се увек рачуна на његово важење за дуже време, неопходно је да буде омогућена промена значења уставних појмова или бар проширење њиховог обима, као што је то својевремено био случај са појмом својине.²⁰”

Поред овога, стални процеси промјена у државноправном поретку и политичком животу једне државе такође захтијевају извјесну садржајну неодређеност појединих уставних одредаба као и специфичан приступ у тумачењу истих. “Другим речима, иманентна отвореност уставних начела и динамика државног живота чине неопходним извесне корекције у примени општих метода тумачења²¹. Управо због овога „у уставу су преузети многи непрецизни појмови који често не припадају јуристичком подручју... Стога се уставно право, посматрано из овог угла, пре може сагледати као друштвено и политичко, него као законско

¹⁷ G. Lombardi, исто, 69.

¹⁸ Исто, 71.

¹⁹ Д. М. Стојановић, исто.

²⁰ Исто.

²¹ Исто, 120, при чему се истиче: „Устави структурално не стреме тоталитету у регулисању државног и друштвеног живота. Стога се од њих не очекује потпуност, да буду без празнина или да су систематски затворени. Садржај устава нужно мора да остане делимично неодређен, како би се омогућио слободан простор за решавање нових проблема на које се није могло рачунати.“

и техничко право. Из тога произлази чињеница да су одлуке суда који је надлежан за тумачење устава, не само акти сазнања права, него су у извесном смислу политичке оцене, тј. вољни акти. Утолико је делатност једног уставног суда, не само утврђивање несумњивог, неспорног правног стања, већ, у знатном обиму, и правно обликовање, политичка одлука која се веома приближава законодавној делатности²².

Сматра се да неко посебно тумачење устава није неопходно уколико не постоји никаква сумња о „дословном језичком значењу“ уставних норми. Међутим, интерпретација устава „постаје проблем једино онда када се мора дати одговор на једно уставноправно питање на које се, полазећи једино од дословног текста устава, не може јасно одговорити.“²³ Неки аутори сматрају да у оваквим ситуацијама у тумачењу устава треба да се користе ове врсте тумачења (методи тумачења или интерпретације) и то, дословно, овим редослиједом: граматичко или вербално тумачење (што је, у основи, језичко тумачење) систематско тумачење, телеолошко или циљно тумачење, историјско тумачење и упоредно (компаративно) тумачење. Истовремено, истиче се да се у тумачењу устава морају поштовати и одређени принципи интерпретације устава, и то: принцип објективне интерпретације воље, принцип конкретизације устава, принцип јединства устава, принцип хармонизације уставних норми, принцип државне интеграције, принцип функционалне непромјенљивости и принцип уставно-конформног тумачења закона.²⁴ У том смислу, рећи ћемо понешто о свакој од наведених врста тумачења устава.

2.2. Језичко тумачење устава

Језичко тумачење, које се још назива и лексичким, односно граматичким, састоји се у тражењу значења језичких знакова из којих су састављене правне норме. Дакле, језичко тумачење представља утврђивање значења (садржаја) норме употребом правила језика која су стандардизована и кодификована у науци о језику. С обзиром на чињеницу да се језик састоји од ријечи, скупова ријечи и интерпункцијских знакова, то се језичко тумачење дијели на лексичко, граматичко, синтаксичко и интерпункцијско. Може се рећи да само у ријетким и врло једноставним случајевима резултат језичког тумачења норме бива њено јасно и прецизно језичко значење, а врло често се догађа да то значење буде нејасно

²² Исто, 120.

²³ Исто.

²⁴ Исто, 120–126.

у најширем смислу, тј. да норма не садржи ништа о нечему што треба да садржи, тј. да норма има бесмислен садржај или да има више могућих значења. Први случај нејасности језичког значења назива се правна празнина, други бесмисленост норме, а трећи неодређеност норме.

Примјеном ове врсте тумачења, могуће је установити да норма има само једно или пак више значења, која су језички могућа. Уколико је само једно значење језички могуће и јасно, тумачење је окончано. Међутим, ако је више могућих значења или пак ако само једно језичко значење није довољно јасно, приступа се другим врстама тумачења права. Због тога се може рећи да је језичко тумачење битно али не и довољно средство за разумијевање правне норме, односно утврђивање њеног правог значења.

2.3. Систематско тумачење устава

Систематско тумачење (грч. *systema* – смислена цјелина) представља облик логичког тумачења права утврђивањем значења правне норме у оквиру једног јединственог система важећих норми. Основно средство за систематско тумачење права, како то говори и сам назив ове врсте тумачења права, представља систем права.²⁵ Овим тумачењем се утврђује право (истинито) значење правне норме помоћу њеног повезивања са другим нормама у правном поретку и систему права. Сматра се да „посебан значај у разматрању систематског тумачења има истраживање општих клаузула и правних начела, дејства устава на све правне области и потреба тумачења одредаба националног права сагласно европском праву (у државама чланицама Европске уније или у државама које теже том чланству)...“ Такође, „важна област систематског тумачења је уважавање општих, претежно правноетичких, клаузула и принципа“.²⁶

Када је ријеч о оваквом тумачењу устава може се рећи да је за ову интерпретацију одлучујућа логичка, систематска веза или однос у коме се налази норма која треба да се тумачи. “Према томе, полазна тачка је место и укупне везе уставне норме у контексту устава у целини, одн. целине правног поретка. Тражи се, дакле, смисао текста. Пошто устав мора да се схвати као јединствена целина, успоставља се унутрашња

²⁵ Д. Врбан, цит. дј., 472, истиче да се суставно или систематско тумачење ослања на појам правног сустава као јединствене, непротиврјечне и потпуне цјелине. Захваљујући таквом приступу, могуће је и појединачне норме тумачити у свези с другим нормама, јер се оне повезују у институт, гране и подручја (групе) права, али и с обзиром на општа начела и логичке принципе права.

²⁶ Б. П. Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица, 2008, 290.

веза између појединих уставних норми, које узајамно утичу једна на другу. Према томе, код систематског тумачења се ради о тумачењу у смислу остваривања оптималног уставног јединства²⁷.

2.4. Циљно тумачење устава

Тумачење права при којем се настоји утврдити циљ норме (*ratio legis*) назива се телеолошким (према грч. *telos* – циљ, смисао или сврха). Адекватно значење садржи и синтагма римског права *ratio legis* која означава смисао, сврховитост, сврху, разлог постојања закона. Циљно тумачење, у савременој херменеутици права, представља основни и главни начин разумијевања правних норми. То је пут и поступак којим се коначно долази до закључка о најбољем значењу правних норми. Сматра се да је полазно мјесто циљног или телеолошког тумачења правна норма или правно правило. Неки аутори циљно тумачење сматрају и објективним, односно функционалним тумачењем јер код њега претеже питање чему закон служи, а не што је њиме законодавац желио рећи.²⁸

Задатак циљног тумачења је да ближе испита крајњи циљ норме и њену везу са општим циљевима правног поретка. Циљеви правног поретка су циљеви надређени циљевима конкретних норми јер и оне саме треба да служе остварењу тих циљева. Ово тумачење је главни начин разумијевања правних норми тј. онај којим се коначно долази до закључка о најбољем значењу правне норме. Сва остала тумачења су му подређена и њему служе. Са позиција ове врсте тумачења полази се од принципа да је од свих могућих значења једне норме, најбоље оно значење које најпотпуније остварује њен циљ, разлог њеног постојања (*ratio legis*).

Када је ријеч о тумачењу устава, може се рећи да се „код ове интерпретационе методе до резултата долази на основу истраживања смисла и циља конкретне уставне норме. У овом случају, тумач мора да пронађе телос, циљ или *ratio* уставне норме.“ То истовремено значи да „метода циљног тумачења треба да открије меродавне вредносне и циљне принципе који су утемељени у уставној норми и да на основу њих утврди њен смисао.“²⁹

„Циљ закона (*ratio legis*)“, у овом случају устава, односно уставне норме, „открива се на основу мотива историјског законодавца (уста-

²⁷ Д. М. Стојановић, исто, 121.

²⁸ Шире в. Д. Врбан, исто, 473.

²⁹ Д. М. Стојановић, исто, 121.

вотворца – *оп. а.*), нацрти, предлози и други материјали везани за закон; политичко-правне расправе вођене поводом доношења закона и друго, али и на основу систематских истраживања разлога за доношење закона и циљева које треба њим остварити (те расправе вођене о закону... учиниле су белоданим његове циљеве). Наравно, утврђени циљ мора имати упориште у његовом тексту. Не сме се, с позивом на вољу законодавца (уставотворца – *оп. а.*) или објективни циљ закона (устава – *оп. а.*) за најбоље (или право) значење узети значење које текст норме уопште не садржи³⁰.

Управо због овога, у погледу циљног тумачења постоје одређене контроверзе које се огледају у питању: ко одлучује о томе шта је циљ норме, па онда и која значења ће се дати појединим изразима (ријечима) из правних норми. У одговору на ово питање диференцирају се субјективно (циљно) тумачење и објективно (циљно) тумачење. Под првим се као право значење норме одређује оно што су њени творци хтјели постићи истом, док се код друге врсте тумачења као право значење норме одређује оно које друштво (циљ) поставља у времену њене примјене, независно од тога шта су том нормом жељели постићи њени творци. Које је од ова два значења право, односно које од ова два тумачења исправно? Уобичајено се сматра да је потребно примијенити објективно тумачење на све правне норме код којих су циљеви постављени од творца норме више или мање застарјели.

Када је ријеч о тумачењу устава, Д. М. Стојановић истиче: „Циљна метода полази од тога да свака норма тежи трајном остваривању, али да појмовно не мора да се разуме као вечно постојећа, већ као садржајно променљива. Због тога, норма може да се појми и дефинитивно утврди увек само као функција друштва у тренутку примене права. У тумачењу или утврђивању смисла норме одлучујућа је за ову објективну методу воља хипотетички перманентног уставотворца“³¹.

Циљно тумачење се сматра главним средством (или аргументом) у тумачењу права. Оно је прихваћено у судској пракси, посебно на континенту, као одлучујуће за одабир једног од могућих језичких значења као најбољег значења норме. Међутим, исто тако треба истаћи да „није дозвољено циљним тумачењем извртати значење текста норме, не узимати у обзир њено место у систему норми и смисаону повезаност норми. Склоност школе слободног права да прихвати, под одређеним условима,

³⁰ Б. П. Кошутић, исто, 295.

³¹ Д. М. Стојановић, исто, 121.

тумачења *contra legem*, сродност с њом у том погледу извесних топичких приступа правном расуђивању, не може се прихватити. Начело владавине права (правна држава) претпоставља везаност тумача за устав и закон. Стога, границе циљног тумачења правних норми дате су у језичком оквиру тих норми. Не сме тумач себе уздићи изнад уставотворца и законодавца. Иако је граница између тумачења и стварања права гипка, она ипак постоји³².

2.5. Историјско тумачење устава

Историјско тумачење права састоји се у истраживању садржине и циља правне норме из контекста њеног историјског настајања. Сматра се да је ријеч о више околности и дејстава важних за настанак правне норме, и то: друштвено-историјски контекст; духовни и догматско-историјски контекст; уређивачка воља творца норме. Друштвено-историјски контекст подразумијева друштвене интересе, конфликтне ситуације и идеје о циљевима од утицаја на настанак правне норме која је предмет тумачења. Духовни и догматско-историјски контекст обухвата духовно и нормативно стање у коме се расправљало о правној норми коју треба донијети и у коме је извршена њена формулација. Тако исте ријечи (појмови) могу имати сасвим друго значење у времену настанка норме, него што га имају у моменту тумачења. “Ко хоће да разуме језик правне норме, мора познавати језик творца норме. Само на основу језика нормотворца може се утврдити изворно значење норме³³. Уређивачка воља нормотворца подразумијева откривање правно-политичких намјера и управљачких циљева који су утицали на поступак доношења и формулисања правне норме. Откривање ове уређивачке воље сматра се језгром историјског тумачења.

Историјско тумачење права доживљава своју пуну афирмацију тек од времена француске школе елегантне јуриспруденције, а посебно од појаве историјско-правне школе у Њемачкој почетком XIX вијека. „Наиме, као што је истраживање и изучавање развоја права доприносило његовом пунијем схватању и бољем разумевању, исто тако се мисли да ће и за пуније разумевање смисла норме бити добро ако се уоче и објасне чиниоци који су значајни за њен настанак и развој³⁴.”

³² Б. П. Кошутић, исто, 296.

³³ Исто, 292.

³⁴ Р. Степанов, Љ. Деспотовић, исто, 131.

О значају историјског тумачења права, у односу на друге врсте тумачења, водила се дуга расправа између генерација правника. „Та расправа постала је актуелна и данас, изазвана Гадамеровим сазнањима у области херменеутике. Обично се полазно питање ове расправе формулише на следећи начин: треба ли закон тумачити према времену његовог настанка (*ex tunc*), или према времену његове примене (*ex nunc*)? Другим речима, да ли треба тумачењем закона открити тадашњу субјективну вољу историјског законодавца, или извући обавезно значење из језичког текста и систематике закона, тј. открити објективну вољу закона?“³⁵ У тражењу одговора на ова питања настале су двије алтернативне врсте тумачења права – објективна и субјективна.

Најједноставније речено, историјско тумачење права представља утврђивање значења норме тако што се испитује утицај различитих друштвених околности на доношење правних норми као и услови и разлози за промјене које је правна норма доживјела од тренутка доношења до момента тумачења.³⁶ Ово тумачење се заснива на чињеници да је право, као и свака друга друштвена појава, по својој природи, историјског карактера, тј. да значење сваке норме има свој развој и промјене, без чијег познавања не можемо правилно и потпуно сазнати значење норме у тренутку тумачења, које је временски удаљено од тренутка њеног доношења. Историјско тумачење представља тумачење којим се тражи значење једне норме испитивањем историјских околности које су претходиле њеном доношењу или су биле повод за њено доношење.

Сматра се да је ово тумачење обично помоћно средство циљног тумачења. Оно се састоји у поређењу правне норме која се тумачи са нормама о истом односу које су јој претходиле како би се утврдило да овој првој треба дати значења која су давана оним другима или у испитивању припремних материјала (нацрта, приједлога) за доношење тумачене норме, са записницима парламента и сл. Ово тумачење има одређене недостатке и то са гледишта актуелних друштвених потреба, али понекад омогућује откривање и неких других и трајнијих извора друштвених интереса и вриједности.

Неки аутори разликују историјско тумачење у ужем и у ширем смислу. Прво означава генетичко или развојно тумачење које се ограничава на материјале који су послужили при доношењу закона, односно на мотиве

³⁵ Б. П. Кошуткић, исто, 292.

³⁶ Исти аутор наводи да се често показало да у пракси смисао неког закона или другог акта остаје недовољно разумљив тако дуго док се не приступи освјетљавању мотива или разлога за његово доношење.

који су потакли законодавца да усвоји неки текст, док се друго обазире и на шири друштвени контекст, тј. развој друштвених институција и односа који стварају потребу правног регулисања у неком подручју.³⁷

Да би се могао анализирати и утврђивати историјски контекст правне норме и, потом, да би се као резултат историјског тумачења добило право значење правне норме, потребно је користити одређену правну технику и правна средства. Прво, како је већ речено, ово тумачење се може састојати у упоређивању тумачене одредбе са одредбама о истом односу које су јој претходиле, како би се утврдило да оној првој треба дати значења која су давана овим другима. Друго, историјско тумачење има у виду тзв. непосредне поводе (*occasio legis*) за доношење тумачене одредбе. Наиме, веома често непосредни друштвени, економски или међународни разлози дају повода доношењу одређених правних норми или прописа. Треће, историјско тумачење служи се тзв. припремним или претходним материјалом који доприноси тумачењу правног правила. Тако нпр. „припремни материјал норме чине, на пример, пројекти закона, преднацрти, нацрти, предлози закона, дискусије које су се водиле у домовима законодавног тела (записници парламента), сведочење учесника у доношењу тумачене норме, резултати јавне расправе, ако је постојала и сл.“³⁸

Када је ријеч о тумачењу устава, сматра се, дакле, да ова „интерпретациона метода одлучујући акценат ставља на вољу уставотворца. Историјска интерпретација устава примарно је оријентисана на утврђивање који смисао норми је сам уставотворац хтео да подари. При томе, историјска, субјективна воља уставотворца се тражи у историјској укорењености, нарочито у процедури настанка конкретне норме. Тумач је оријентисан на нацрт устава, мотиве и образложења устава, ток расправе о уставу, изјаве учесника расправе и сл. Као средство тумачења, овде спада и враћање на историјски укорењене и преузете уставне појмове“.³⁹

2.6. Упоредноправно тумачење устава

На крају, потребно је истаћи да Д. М. Стојановић помиње и упоредно тумачење устава истичући да се ова метода „у уставном праву уздржљиво примењује и стога нема неки нарочити практични значај.

³⁷ Исто, а шире в. М. Павчник, *Аргументација у праву*, 33Р, 1989, 133–160.

³⁸ Р. Степанов, Љ. Деспотовић, исто, 132.

³⁹ Д. М. Стојановић, исто, 121–122.

Како компаративна метода укључује паралелне норме из других правних области унутрашњег права, поступа се, дакле упоредноправно. Већи значај упоредна интерпретација може да има једино кад се упоређују норме устава различитих држава⁴⁰. Иначе, упоредноправни метод полази од дијалектичког становишта да су друштвене појаве међузависне и условљене, па их треба и проучавати у њиховим међусобним односима и везама. Метод који омогућава упоређивање појава са становишта заједничког сличног и различитог у њима, као и са становишта узрока који су то условили, јесте упоредноправни метод. Генерално посматрајући, у односу на државу и право уопште, примјена упоредноправног метода значи њихово упоређивање са државама и правима других народа и земаља. „Његовом примјеном долази се до ширег поимања државе и права, државних установа и правног система, што је неопходно за даље теоријско уопштавање, за формирање научних појмова и научних закона. Савремени живот, у националним и међународним размјерама, намеће потребу упоредноправног метода. Он се користи у свим областима права и правног живота: у законодавству, у примјени права, у теорији и у позитивноправним наукама, путем чега се остварује његова функција изналагања и утврђивања заједничких појава и заједничких особина у већем броју држава и права, или за изналагање и утврђивање историјског угледања на неко страно право и његово прихватање, рецепцију.“⁴¹ Сматрам да се, када је ријеч о оваквом тумачењу устава, не ради ни о каквој посебној врсти тумачења права већ само о другачијем методолошком приступу у коме се могу користити све, напријед наведене, врсте тумачења права, наравно зависно од средства тумачења које се користи.

3. Закључна разматрања

Када је ријеч о тумачењу устава, сматра се да „од наведених метода тумачења ниједна понаособ не сме да се сматра тачном. Напротив, начелно треба изабрати интерпретацију вођењем рачуна о комбинацији свих метода тумачења. У принципу, за уставно право објективне методе морају да имају првенство у односу на субјективне. Свакако, херменеутичке основе уставне интерпретације у појединостима се делимично разликују. Оне су често нејасне и спорне, што због изразито политичког

⁴⁰ Исто, 122.

⁴¹ С. Благојевић, *Методологија права*, Београд, 1997, 90.

карактера уставног права не би требало да чуди. Упркос томе, може се прихватити да тумачење устава треба да тражи ослонац у објективним методама, тј. граматичком, систематском и циљном тумачењу.⁴²

Дакле, ако се пође од првенства објективних метода, онда се за тумачење (интерпретацију) устава као мјеродавни показују одређени принципи. Који су то и какви принципи, аутори нису сагласни. Тако нпр. А. Фира истиче да се „полазна тачка постојећег правног режима тумачења устава налази у принципу уставности... Прихватање принципа уставности, као што је то случај у савременој правној теорији у свету и у уставном поретку СРЈ, значи, пре свега да је устав највиши правни акт, из којег, по принципу хијерархије правних аката, проистичу сви други правни акти ниже правне снаге.“⁴³ Са друге стране, Д. М. Стојановић говори о неколико принципа: принцип објективне интерпретације воље; принцип конкретизације устава; принцип јединства устава; принцип хармонизације уставних норми; принцип државне интеграције; принцип функционалне непромјенљивости и принцип уставно-конформног тумачења закона.⁴⁴ Наиме, сматра се да је за тумачење устава, прије свега, мјеродавна „објективна воља уставотворца која је у њему изражена, како она произлази из језичког значења и смисленог односа у којем се налази, тј. систематског и телеолошког односа норми. Увек се тражи објективни смисао устава; дакле, како се објективно морају разумети његова начела и норме, а не како је њих разумео њихов творац“.⁴⁵ Такође, сматра се да „понекад и субјективна воља може да буде упориште тумачења, али само поред других ослонаца“. Тако некада може бити рационално и сврсисходно да се у тумачење укључе и службена образложења мотива за доношење устава. Међутим, како је већ речено, за тумачење уставне норме мјеродавна је објективна воља уставотворца која је у њој изражена, како она произлази из дословног текста уставне норме и смисаоног односа у којем се она налази. „Напротив, није одлучујућа субјективна представа органа који учествује у уставотворном поступку или појединих његових чланова о значењу уставне норме. За тумачење устава његова историја настанка само утолико има значај, уколико потврђује тачност тумачења (односно значења норме – оп. а.), откривеног према датим начелима, или отклања сумњу која не би могла да се разреши једино датим путем.“⁴⁶

⁴² Д. М. Стојановић, исто, 122.

⁴³ А. Фира, исто, 661.

⁴⁴ Д. М. Стојановић, исто, 122–127.

⁴⁵ Исто, 122.

⁴⁶ Исто, 123.

Може се рећи да овом циљу тумачења служе: тумачење које полази од језичког значења норме (језичко тумачење), тумачење које се заснива на њеном односу са осталим нормама (систематско тумачење), тумачење које полази од њеног циља (циљно тумачење) и тумачење које полази од уставног материјала и историје настанка норме (историјско тумачење). Значајно је истаћи да се при овој све ове врсте тумачења ослањају једна на другу, али се и допуњавају.

Устав је највиши правни акт, акт који се „доноси сасвим слободно. Али, ако је с гледишта правног поретка устав сасвим слободан акт, он не сме бити и произвољан – одређен је општим стањем датог друштва, његовом политичком идеологијом и односом политичких снага у њему.“⁴⁷ Такође, с обзиром на његову природу, може се рећи да су „примена и тумачење устава сложен друштвени процес као што је и његово стварање“. Овај процес је условљен и објективним и субјективним претпоставкама. Формалноправну неуставност и незаконитост, нарочито кад је изричито уређују императивне норме устава и закона, није тешко отклањати. „Суштина тумачења устава је у примени основних начела устава и његове укупне концепције. Проблем није само у формално-логичком тумачењу, већ у усклађивању принципа устава и друштвено-политичког уређења са стварним токовима живота“.⁴⁸

Као и његово доношење, тако и тумачење устава може изазвати, и веома често изазива, различита одређења и ставове који одражавају различите интересе и свијести и промијењени реални однос снага у друштву. „Показало се да је остваривање устава веома сложен друштвени процес.“ Његова примјена „не тече праволинијски, једносмерно и уз општу сагласност и подршку. То је противречан и дијалектички однос, како у праву тако и у друштву, као и однос између нормативног и стварног“.⁴⁹

Како је већ речено, у погледу примјене општих критеријума тумачења у области уставног права нема насљеђа традиције. О разлозима за то већ је било ријечи, али овдје треба поменути једну значајну разлику, а то је разлика „између тумачења повереног органима који стварају право, као што су парламенти и њихове комисије... и тумачења датог судским органима.“⁵⁰ Анализирајући надлежности уставног суда може-

⁴⁷ Р. Д. Лукић, цит. дј., 463.

⁴⁸ Ј. Трајковић, „Улога уставног суда у тумачењу и заштити уставности и законитости“, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1983, 55–56.

⁴⁹ Исто, 560.

⁵⁰ G.Lombardi, исто, 67.

мо закључити да се највећи дио њих односи на општу нормативну контролу, а посебно контролу уставности закона, што представља суштинске уставноправне проблеме за чије је рјешавање неопходно тумачење устава. Проф. Ј. Лимбах тако сматра да је „идеално – типично посматрано, задатак судова ... спознаја права, док је задатак легислативе стварање права... Стога, тумачење устава није само чисто логичко тумачење. Интерпретација устава има и карактер проширења права... Тумачење и примјена устава је активност која се не односи на прошлост, него на садашњост и будућност... Устав се чак сматра успјешно написаним, ако је концизан и отворен за интерпретацију. Јер устав који није отворен за нову интерпретацију окаменио би се и врло брзо изгубио на својој оријентационој снази. Устав треба схватити као живи инструмент, који се тумачи у свијетлу данашњих околности.“⁵¹

Међутим, овом приликом се мора истаћи и став Р. Д. Лукића који сматра да се контрола уставности закона врши у односу на устав као највиши правни акт и да се зато уставне одредбе могу тумачити само на основу њиховог стварног значења, полазећи од језичког и других видова тумачења правне норме, а не према субјективној оцјени њиховог значења и циља, што би, према његовом мишљењу, одвело у оцјену политичке цјелисходности закона.⁵² Природа и дух устава су јединствени. Међутим, то практично значи да се једнако тако морају користити циљно, историјско и систематско тумачење права. У супротном, може доћи до ситуације у којој ће тумач вољу творца уставне односно законске норме замијенити својом властитом и на тај начин измијенити и сам њен садржај те се претворити у неовлашћеног уставотворца односно законодавца.

За закључак, навела бих став А. Фире, који каже: „Враћање традиционалној уставноправној лексици објективно је повећало значај тумачења устава. На томе подручју поново су се појавили стари, никад потпуно превазиђени спорови, али и бројни нови спорови. Партијски плурализам, као природни амбијент демократског политичког система, управо је ту добио једно крајње компликовано, интересантно и врло значајно подручје. Имајући у виду да је, како доношење устава, тако и његова интерпретација, управо оно подручје на којем се политика претвара у право, треба и убудуће очекивати да се елементи правног и поли-

⁵¹ J. Limbach, „Razvoj prava kroz sudsku praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke“, *Nova pravna revija*, 1/2013, 9–10.

⁵² Шире в. Р. Д. Лукић, *Уставност и законитост*, Београд, 1966, 95–96.

тичког ту и даље појављују, у дубокој повезаности. Разуме се да то само увећава опасност од неоправдане политизације правних спорова и да се не остварује, често, у корист демократије⁵³.

Литература

- С. Благојевић, *Методологија права*, Београд, 1997.
- Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија државе и права*, Нови Сад, 2003.
- С. Вучетић, „Однос правног и политичког карактера контроле уставности закона“, *Правни живот*, 12/1995.
- Д. Урбан, *Држава и право*, Загреб, 2003.
- Г. Гершић, *Енциклопедија права*, Београд, 2011.
6. W. Zakrzewski, „Оцена уставности закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1984.
- Б. П. Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица, 2008.
- Ј. Limbach, „Razvoj prava kroz sudsku praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke“, *Nova pravna revija*, 1/2013.
- Г. Lombardi, „Тумачење устава“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1985.
- Р. Д. Лукић, *Уставност и законитост*, Београд, 1966.
- Р. Д. Лукић, Б. Кошутић, *Увод у право*, Београд, 2004.
- V. F. Muller, *Juristische Methodik*, 7, Berlin, 1997.
- Б. Ненадић, „Уставни суд Србије од ‘негативног’ ка ‘позитивном’ законодавцу“, *Правна ријеч*, 35/2013.
- П. Николић, „Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима – Скица за студију“, *Правни живот*, 12/1995.
- М. Павчник, *Аргументација у праву*, ЗЗР, 1989.
- С. Савић, *Оијена уставности и законитости*, Бањалука, 2015.
- Р. Степанов, Љ. Деспотовић, *Увод у јуриспруденцију – Основни појмови систематике, теорије и социологије права*, Нови Сад, 2004.
- Д. М. Стојановић, „Уставно судство и заштита права и слобода човека и грађанина“, *Правни живот*, 12/1995.
- Д. М. Стојановић, *Уставно право, књ. I*, Ниш, 2005.

⁵³ А. Фира, исто, 666

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

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

Academician Snežana Savić Ph.D

Vice - President of the Constitutional Court of Republic Srpska

INTERPRETATION OF A CONSTITUTION

Summary

This article deals with the interpretation of a constitution. Since a constitution is the highest legal act and the foundation of the entire legal order; constitutional interpretation is a very complex and specific form of legal interpretation. This fact is particularly manifested in the practice of constitutional courts, which play the role of the guardians of a constitution and whose decisions often strongly affect the creation of a legal order as a whole. Through the analysis of jurisprudential attitudes, an attempt will be made to find the answer to the question of whether constitutional interpretation is a specific form of legal interpretation in general and what the specific characteristics of constitutional interpretation are.

Key words: *legal interpretation, constitution, constitutional interpretation, constitutional court, constitutionality, legality.*

УДК: 342.565.2:340.142(497.6)

doi 10.7251/PR5017033D

Излагање са научног скупа

(НЕ)ОСТВАРИВАЊЕ НЕКИХ БИТНИХ ЕЛЕМЕНАТА УСТАВНОПРАВНОГ МОДЕЛА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ЕНТИТЕТА

Миле Дмичић*

***Апстракт:** Босна и Херцеговина као држава, и након више од двије деценије, још увијек се конституише. Споро се изграђује визија, одговорност, вредносни систем, идентитет, толеранција и достојанство човјека и грађанина. На дјелу су различита тумачења њене правне природе, облика државног уређења, владавине и политичког система, посебно узрока, карактера и посљедица „трагичних сукоба у региону“. О томе је неопходно објективно утврдити истину и постићи сагласност у смислу утврђивања коначног уставноправног модела Босне и Херцеговине као државе.*

Анализирани су и конституционализација уставноправног института конститутивности народа и уставноправни положај грађана и група „осталих“, као и могући обим, садржај и карактер уставних промјена, посебно у провођењу пресуде Европског суда за људска права.

*Уставним промјенама не смије се у питање довести постојећи уставноправни модел уређења Босне и Херцеговине, заснован на дејтонским рјешењима и утврђеним начелима, модел државотворности два ентитета, равноправности и једнакости три конститутивна народа и „осталих“ у органима и институцијама власти на свим нивоима, што, поред осталог, представља *sindicio sine qua* поп њеног постојања, одрживости, развоја и стабилности.*

***Кључне ријечи:** Босна и Херцеговина и њен уставноправни модел, ентитети, правни систем и поредак, конститутивност народа и „остали“, људска права и слободе.*

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

Увод

Неостваривање пројекта нове, демократске југословенске државне заједнице, утицало је и на (не)остваривање “дејтонске БиХ”, што је, према мишљењу бројних аутора, потврда да она још опстаје само захваљујући међународном протекторату. То значи да због „...три национално подијелене и супротстављене ‘културе сјећања’, Босанци и Херцеговци нису могли да изграде јединствену политичку културу на којој би била надграђена заједничка држава.”¹ Стога су и даље веома снажно супротстављени приступи не само унутар БиХ, већ и у непосредном окружењу, као и много шире, на глобалном нивоу.² Тако се, и након више од двије постдејтонске деценије, Босна и Херцеговина као држава још увијек конституише.³ Умјесто налажења „мјере за све“, на сцени су различита тумачења њене правне природе, облика државног уређења и владавине, посебно узрока, карактера и посљедица „трагичних ратних сукоба“, о чему је, објективно, неопходно утврдити истину и постићи сагласност у циљу постизања и стварања коначног, за све прихватљивог, проводљивог и одрживог уставноправног модела Босне и Херцеговине као сложене државе, односно државне заједнице.

(Не)остваривање уставноправног модела Босне и Херцеговине

Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, са једанаест анекса,⁴ спада у ред најзначајнијих међународних споразума. На овакве споразуме или уговоре, као међународне акте јавноправног карактера, у цјелини се односи стара и општеприхваћена правна максима „*pacta sunt servanda*“⁵, према којој се уговори морају поштовати

¹ Н. Кеџмановић, *Немогућа држава*, Глас Српске, Бања Лука, 2007, 8.

² М. Касаповић, „Босна и Херцеговина: Десет година након Дејтона“, *Статус*, магазин за политичку културу и друштвена питања, бр. 8/2006, Мостар, 2006, 70.

³ Г. Мијановић, уводно излагање „Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета“, Округли сто у Бањој Луци, 25. 11. 1999, 78.

⁴ Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, са једанаест анекса, од којих је Анекс IV – Устав БиХ, усвојен је 21. 11. 1995. године на Мировној конференцији у граду Дејтону, држава Охајо, САД, а потом потписан у Паризу и ступио је на правну снагу 14. 12. 1995. године

⁵ Види: Б. Кривокапић, *Лексикон међународног права*, Радничка штампа и Институт за упоредно право, Београд, 1998, 329. „*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 обезбиди досљедно поштовање и извршење међународних уговора

и извршавати, а не мијењати. Стога су, посебно у нашим условима, неприхватљиве његове промјене, а посебно да се доводе у питање његова будућност и односи настали на основу њега.⁶

Међутим, промјене дејтонских рјешења су чињене, и даље се чине у пракси, јер се сталним постављањем услова и разлога да се она *de facto* мијењају у интересу, у првом реду, једног (бошњачког) конститутивног народа. И представници другог (хрватског) народа инсистирају на промјенама дејтонских рјешења, јер су против двоентитетског уређења, наглашавајући да су маргинализовани као конститутивни народ, нарочито у Федерацији БиХ.⁷ Такође, и захтјеви за реформама, који се постављају као услов за прикључење Европској унији, у ствари, значе пренос надлежности са ентитета на заједничке органе и институције БиХ, што на неуставан начин мијења мировни споразум на штету ентитета и уставног уређења земље.⁸

У погледу судбине мировног споразума и статуса Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине „...претпоставимо, направимо фикцију да га једног дана неко може укинути и да га више нема. Тада се Република Српска враћа актима више хијерархије – Међународном пакту о грађанским и политичким правима, и тада она има право на самоопредјељење и тада у тој празнини сама ће слободно одредити свој политички, економски, културни и социјални статус... Према томе, да закључимо ...ми се морамо борити правним аргументима и свим правним средствима за очување тог темеља овакве конституције државе.“⁹

Истовремено, указујемо на обавезу свих страна уговорница и међународне заједнице да поштују слово мировног споразума, као трајног и свеобухватног рјешења за Босну и Херцеговину.¹⁰ То је оба-

у доброј вјери. Види и: Бечка конвенција о уговорном праву (1969), која у члану 26 утврђује: „Сваки уговор на снази везује чланице и оне треба да га добронамјерно извршавају.“

⁶ Е. Шарчевић, *Устав из нужде*, Сарајево 2010, 421. ”Сасвим је сигурно да је правна ваљаност Општег оквирног споразума за мир заједно са Анексом 4 правно проблематична.”

⁷ Види: А. Фила, „Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља“. Том IV *Уставно право БиХ*, САНУ – Агенција „Мир“ Нови Сад 2002, 48. „Распадом СФРЈ формалним и фактичким отцјељењем Социјалистичке Републике Словеније, Хрватске па и Македоније и њиховим конституисањем као самосталних, у основи националних држава, учинио је апсурдним постојање Босне и Херцеговине у ранијем мултиетничком саставу и положају“.

⁸ Постоје бројна, веома различита, мишљења о дејтонској Босни и Херцеговини: не постоји заједнички политички идентитет; видљив је етнички, културни, национални и идеолошки антагонизам; стална дилема хоће ли и до када ће ова држава опстати.

⁹ С. Перовић, Ријеч на савјетовању „Октобарски правнички дани“, *Правна ријеч*, часопис за правну теорију и праксу, Бања Лука 30/2011, 25.

¹⁰ Види: Н. Чомски, *Контролисана демократија*, ЦИД Подгорица 1999, 432.

веза и високог представника за Босну и Херцеговину, који има мандат и овлашћења „...да надгледа спровођење мировног рјешења, одржава тијесне контакте са странама уговорницама и координише активности цивилних организација и агенција у Босни и Херцеговини, поштујући при томе њихову аутономију у оквиру њиховог дјелокруга.“¹¹

Отуда и увјерење да је Босна и Херцеговина суверена држава само нормативно, али не и стварно, због улоге институција међународне заједнице, посебно високог и специјалног представника, што не проистиче из њеног устава.

Међутим, за евентуалне уставне реформе, дејтонска рјешења морају за то бити основа. Зато ни било какве промјене не могу анулирати осталих десет анекса Дејтонског мировног споразума, с обзиром на то да није ни предвиђена могућност њихових промјена.

Устав¹² и уставно уређење Босне и Херцеговине и њених ентитета,¹³ након двадесет пет година стварања и постојања Републике Српске и њене уставности и државотворности¹⁴ и преко двије деценије од стварања и функционисања дејтонске Босне и Херцеговине, у уставноправној теорији и пракси, побуђују истраживачку радозналост и предмет су све чешћих научних и стручних анализа. Они су „у ствари мултилатерални међународни уговор“.¹⁵ У погледу устава, за нашу стварност, реалан и добар устав је „када он одговара стварном стању, реалним односима сила које у земљи постоје. Дакле, само овакви уставни могу бити, истински, оствариви – они живе у пракси.“¹⁶ Зато, свако приступање уставним промјенама морало би бити „...подухват којим се они

¹¹ Р. Кузмановић, „Вријеме старатељства и туторства, прошлост“, *Аргументи*, Бања Лука 2009, 13.

¹² *Устав Републике Српске*, седмо издање, „Графомарк“, Бања Лука, 2007.

¹³ М. Јовичић, *Разматрање о „најбољем“ уставу*, Београд, 1984, 441–442 и 444. Овај аутор, поред осталог истиче: „Приликом сваког расправљања о најбољем уставу, неопходно је разликовати расправљање о квалитетима самог устава као документа, правног акта којим се постављају основи државног и друштвеног уређења, на једној страни, и о рјешењима која устав садржи, на другој страни. Ова два приступа могу довести до сасвим различитих резултата, јер је познато да уставни урађени примјеном добре уставноправне технике, који се одликују лијепог формом, који се, са занатске тачке гледишта, могу оцијенити као успјеле творевине, не морају истовремено садржати и добра рјешења, прилагођена потребама друштва, као што је могућа и обрнута ситуација... Разумије се питања везана за форму устава не могу се у потпуности одвојити од садржинских рјешења устава, јер су у великој мјери њима условљена. Уставне одредбе, као оквир у који се смјешта одређена садржина, морају бити у функцији опште концепције државног и друштвеног уређења које се уставом одређује...“

¹⁴ Р. Кузмановић, *Нови есеји о уставности и државности*, Бања Лука, 2010, 104.

¹⁵ М. Поповић, *Правна природа Републике Српске*, Научни скуп Изградња и функционисање правног система Републике Српске, Бања Лука 1977, 54.

¹⁶ Р. Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука 2002, 65.

који владају, као и сами грађани, препоручују сопственом оданошћу суштинским вриједностима у датом друштву, својом зрелошћу, знањем, умијећем и разумијевањем.¹⁷

Међутим, због *par excellance* подијељеног друштва, све то стално држи отворено питање да ли може, односно до када ће такав устав уживати потребан ауторитет и дигнитет код оних који ће га тумачити и примјењивати, а посебно код конституционалиста и других научника и стручњака из области правне науке и струке.¹⁸

И у формалном и у материјалном смислу, и устав ове земље морао би бити основа на којој почивају и граде се и држава и њено право, које уопште не може бити “њено” уколико уставом не буде утврђено ко ће га стварати, на који начин, у којим облицима, са којим домаћајем. И држава не може имати “своје” право, ако уставом не буду утврђене основе организације и функционисања државе. Истовремено, са теоријског и емпиријског гледишта, поштовати устав значи донијети га по свему ваљано и “стражарити” (Н. Kelsen) “над његовом примјеном и његовом судбином и трудити се да устав траје достојно своме значају”.¹⁹

Стање и односи, као и одлучујућа улога „међународне заједнице” у Босни и Херцеговини, између осталог, одражавају се и на уставни и правни систем и поредак ове сложене државне заједнице за коју неки аутори кажу да је она као „...симболична творевина, циљ међународне заједнице, али не и као држава властитих народа нити држава коју су они створили...“. Томе се може додати и то да је Босна и Херцеговина „подијељено друштво“, „недовршена“ односно „немогућа“ држава или „држава апсурда“ у којој постоји „губитак државног суверенитета, уз наглашену претпоставку надлежности ентитета и умањен обим надлежности државе, са наглашеном улогом политичких снага односно група или политичких лидера у процесу функционисања уставног и правног система као и у евентуалним уставним промјенама.”²⁰

¹⁷ D. Johnstone, *Nato and the New World Order*, London 2000, 14.

¹⁸ Г. Мијановић, *Систем заштите уставности и законитости у Републици Српској*, Зборник радова “Изградња и функционисање правног система Републике Српске”, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 1997, 31.

¹⁹ О. Вучић, *Промјене и трајање устава*, Досије, Београд, 2005 13.

²⁰ Види: Мишљење о уставној ситуацији у БиХ и овлашћењима високог представника, Венецијанска комисија, 11. март 2005. и Извјештај Европске комисије о напретку Босне и Херцеговине у 2011. години, од 12. 10. 2011. године. Постоје и мишљења о томе да ограничене одговорности које је држави дао Устав Босне и Херцеговине нису биле довољне да се обезбиједи функционисање модерне државе. Коришћење неких општих одредаба у Уставу и њихово широко тумачење допринијело је да се значајно прошире овлашћења на државном нивоу, посебно путем преноса 68 надлежности ентитета на ниво Босне и Херцеговине.

Дејтонска рјешења и принципи су уставноправно обавезујући, на њима се морају заснивати институционална организација, структура и функционисање укупног друштва и државе Босне и Херцеговине. С обзиром на то, неопходан је консензус о правној и друштвеној природи државног и политичког уређења Босне и Херцеговине. При томе, морају се уважавати њена основна обиљежја мултинационалне и мултиконфесионалне особености и традиција, ентитетска заступљеност и гласање и институције и механизми заштите виталног националног интереса.

Босна и Херцеговина се заснива на принципу равноправности два ентитета и три конститутивна народа. Босну и Херцеговину, у основи, карактерише својеврсна тријада: прво, у државноправном смислу она је савезна држава, друго, све говори у прилог конфедералног односа савеза држава и треће, она функционише као специфичан војни, цивилни и политички међународни протекторат, под заштитом и врховним надзором међународне заједнице, “који још увијек траје и битно утиче на конституисање и остваривање политичке власти у свакој од ових државноправних јединица”.²¹ Специфичност и сложеност државног и друштвеног уређења Босне и Херцеговине, по много чему, испољава се у низу федерално-конфедералних елемената, у првом реду, постојање двије територијалне и политички организоване јединице и десет територијално, правно, политички и културно самосталних кантона, са Брчко дистриктом који *de iure* не представља трећи ентитет, али је *de facto* организован као нови ентитет. Један од њених ентитета, Федерација Босне и Херцеговине, такође има сложен облик државног уређења, односно састоји се од десет кантона. Она је уређена по Вашингтонском споразуму донесеном прије Дејтонског мировног споразума. Надаље, нерационалност организације и нефункционалности власти огледа се у асиметричности и постојању великог броја извршних и управних органа, посебно у Федерацији БиХ. При томе, некритички се приступа Вашингтонском споразуму, којим су заустављени сукоби између бошњачког и хрватског народа, али и створен својеврсни облик коалиције против српског 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 заснива-

²¹ А. Фира, *Уставно право Босне и Херцеговине*, Н. Сад, 2002. 59.

ју институционална организација, структура и функционисање укупног друштва и државе Босне и Херцеговине.

Такође, постоји одсуство политичког идентитета и “уставног патриотизма” (Ј. Хабермас), раскол у националним и политичким корпусима и оријентацијама, наглашена улога етничке компоненте у процесима персоналне, друштвене и социјалне интеграције.

Структурални дијалог о систему правосуђа у којем Република Српска учествује на захтјев високог представника у БиХ, прихватила и започела, као својеврсну замјену за стављање ван снаге одлуке, односно одустајање од спровођења републичког референдума, о органима правосуђа БиХ.

Уколико се у структуралном дијалогу о правосуђу буду у надоглед проширивали додатни захтјеви и услови, неопходно је преиспитати учешће у даљим разговорима. Потребно је уређивање статуса Суда БиХ и да он не може преузимати предмете од других правосудних инстанци, односно ентитетских правосудних органа, који имају уставну надлежност у тим предметима. Реформа правосуђа треба да уважава: уставно уређење Босне и Херцеговине, са јасно додијељеним надлежностима у области правосуђа; јасне европске стандарде, укључујући: оснивачке акте Европске уније, секундарне изворе права Европске уније, обавезе из Споразума о стабилизацији и придруживању; да анализира добре праксе из земаља сложеног државног уређења. Реформом треба обухватити све сегменте правосуђа на нивоу Босне и Херцеговине, а нарочито, не искључујући и не ограничавајући се само на Уставни суд БиХ, Суд и Тужилаштво БиХ и Високи судски и тужилачки савјет БиХ.

У тродиоби државне власти Уставни суд Босне и Херцеговине заузима посебно мјесто и чини својеврсну „четврту власт или међу-власт“. Потребно је нагласити “...да се доношењем Устава Босне и Херцеговине и установљењем Уставног суда Босне и Херцеговине не мијењају нити ограничавају надлежности уставних судова ентитета.²² Међутим, стоји чињеница непостојања (уставног) закона о Уставном суду Босне и Херцеговине и Вијећа за заштиту националних интереса, који имају уставни судови ентитета. Највеће одступање од класичне уставне концепције европских уставних судова представља надлежност “Уставног суда Босне и Херцеговине да има апелациону јурисдикцију по

²² Г. Мијановић, *Систем заштите уставности и законитости у Републици Српској*, Зборник са научног скупа “Изградња и функционисање правног система Републике Српске”, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 1997, 31–32.

питањима из Устава која произлазе из пресуда било ког суда у Босни и Херцеговини”,²³ као и то да тројицу судија и даље именује предсједник Европског суда за људска права.

Потребно је донијети Закон о Уставном суду БиХ; преуредити систематски и рестриктивно питања одлучивања о апелационим надлежностима на нивоу БиХ; онемогућити оцјењивање уставности подзаконских општих аката ентитетских и локалних органа власти на нивоу БиХ; онемогућити преиспитивање одлука ентитетских уставних судова на нивоу БиХ; успоставити другачији систем, структуру и надлежности правосуђа на нивоу БиХ, посебно у домену кривичних поступака, преузимања предмета, надлежности и динамике рјешавања предмета код редовних судова, унутрашњу структуру која треба поштивати двоентитетско уређење БиХ; раздвојити судски и тужилачки савјет; успоставити ентитетске судске и тужилачке савјете; преуредити структуру, начин избора и одлучивања судских и тужилачких савјета; изузети надлежности у погледу уставних судова из судских и тужилачких савјета; другачије правно уредити положај судија и тужилаца.

Међутим, изражен је несклад између права утврђених обавезујућим међународним и регионалним инструментима и домаћим уставним и законским актима и нивоа организације, функционисања и ефикасности система којим се она примјењују, поштују и штите у пракси. При томе, стално се мора имати у виду да је Босна и Херцеговина уставом предвиђена као демократска држава, али да у стварности „чудна је то нека демократија у којој неизабрани представник страних сила може да игнорише изабране представнике народа те земље“.²⁴

Изградња и функционисање правног система подразумијева нормативноправну реформу, с циљем успостављања конзистентног, потпуног и кохерентног правног система који државни и друштвени поредак чини стабилним, а грађане заштићеним у остваривању ових права и слобода.²⁵ То је неопходно поготово из разлога што “право не настаје

²³ Уставно овлашћење да три члана Уставног суда Босне и Херцеговине бира предсједник Европског суда за људска права, директан је израз нарочите улоге међународне заједнице у читавом уставном систему Босне и Херцеговине. По свом карактеру оно свједочи о ограничењу суверености ове државне заједнице. Парламентарна скупштина законом треба да пропише другачији избор оних троје судија које за сада бира предсједник Европског суда за људска права.

²⁴ Р. М. Хајден, *Скице за подељену кућу – Уставна логика југословенских сукоба*, Београд, 2003, 161; М. Игњатијеф, *Људска права као политика и идолопоклонство*, „Службени гласник“, Београд, 2006, 54; Декларација Копаоничке школе природног права, Копаоник, 2002, 34–36; Д. Кавран, „Правна држава и реформа јавне управе“, *Правни живот*, Београд, бр. 9/96, 607–633.

²⁵ М. Јовичић, *Закон и законитости*, Београд, 1997, 267–269.

наједном, већ се оно ствара систематски, постепено и непрекидно.”²⁶

И поред бројних недостатака, Устав Босне и Херцеговине солидан је правни оквир за успјешно функционисање свих битних полуга државне власти. Притом, мора се имати у виду да „држава и друштво се не граде честим мијењањем устава, већ његовом примјеном и активним радом институција”.²⁷ Разумљиво је да је у постконфликтној ситуацији постојало, и још постоји, недовољно повјерења, искрености и спремности на културни дијалог, толеранцију и помирење између етничких група и њихових вођа. То је значајно због “опробане поуке из прошлости”, јер “сва прошлост, без сумње, није на нашој страни, па треба присвојити заиста само онај део који нам с правом припада.”²⁸ Међутим, присутни су захтјеви и снаге у смислу да се омогући да власт дјелује само по принципу већине, занемарујући могућност дискриминације, нетолеранције и мајоризације већине над мањином.²⁹ Стога се, убудуће, морају заштитити интереси двају ентитета и свих конститутивних народа, с једне стране, и потребе за одговорном, дјелотворном и ефикасном влашћу на свим нивоима, с друге стране.³⁰ Притом не би требало занемаривати и то да одрживост, функционалност и дјелотворност сложене организације државе и друштва, у првом реду, захтијевају да се обезбиједи два услова: 1) усаглашена политика на свим нивоима и у свим областима и искрена и пуна политичка воља да се то проводи, и 2) преузимање одговорности од стране домаћих органа за судбину и развој Босне и Херцеговине од високог представника или специјалног представника и његову убрзану трансформацију, односно замјену за представника–партнера за помоћ од стране Европске уније.³¹

²⁶ Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004, 358. Полазна основа за развој и реформу права мора дати одговор на питања: 1) шта имамо – какав нам је правни систем и поредак, 2) шта хоћемо – савремени европски правни поредак или нешто друго, 3) шта можемо – не смијемо бити мегаломани и нереални, морамо 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).

²⁷ Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука, 2004, 381.

²⁸ М. Екмечић, Предговор у књизи: *Српски писци и научници о Босни и Херцеговини*, приредио З. Антонић, “Службени лист СРЈ”, Београд, 1995, 9.

²⁹ Политички односи и системи вишенационалних, односно вишеетничких држава, а исто тако и начела и установе федерализма тамо гдје је он у оваквим државама уведен, једна су од најсложенијих тема у савременој политичкој науци.

³⁰ Р. Кузмановић, Савремене уставне промјене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва, у књизи *Устав lex superior*, Београд, 2004, 270.

³¹ Види: Р. Д. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Бања Лука – Крагујевац, 2006.

Мијењање уставноправног модела Босне и Херцеговине подразумева претходно утврђене циљеве, садржај и обим евентуалних промјена, пуни консензус два њена ентитета и три конститутивна народа, уз уважавање уставом утврђеног поступка (члан X). То подразумева очување уставног статуса, територијалног интегритета, сагласност и пуно повјерење конститутивних народа и осталих о заједничкој истини која је претходила дејтонским рјешењима у Босни и Херцеговини. Устав Босне и Херцеговине може се мијењати искључиво у Парламентарној скупштини БиХ и мора проћи демократску процедуру и провјеру, јер је одавно речено да “нема устава ако га не прихвати народ”.

Трећа полука власти – судски односно правосудни органи Уставом Босне и Херцеговине, није утврђена. Стога, оснивање Суда и Тужилаштва, који су наметнути одлуком (законом) високог представника, нема уставноправни основ. Структурисани дијалог органа Босне и Херцеговине и ентитета са органима Европске уније, првенствено, треба да допринесе реструктурисању правосудног система на нивоу Босне и Херцеговине (Суд, Тужилаштво, Високи судски и тужилачки савјет и др.), али не и формирању државног врховног суда или вишег апелационог суда, што све оправданије доводи у питање циљ, смисао и оправданост даљег вођења структуралног дијалога.

Првенствено, нужна је подређеност и државе и свих органа јавне власти Уставу и законима,³² што је неопходан услов демократских процеса, владавине права и обезбјеђивања постојања и дјеловања цивилног друштва.³³

Истовремено, не може се избјећи чињеница да се друштво налази у транзицији и да је оптерећено низом последица тешкоћа. Стога, уставна и правна рјешења и њихово остваривање, у складу са међународним стандардима и вриједностима, наилазе и на веома озбиљне потешкоће. Они се могу отклањати само уз пуну политичку, привредну и социјалну стабилност.³⁴ Али, истовремено, неповољна и са непредвидивим посљедицама, политичка, економска и социјална кретања,

³² М. Игњатијеф, *Људска права као политика и идолопоклонство*, „Службени гласник“, Београд, 2006, 31.

³³ Циљ закона није да укине или ограничи, већ да очува и увећа слободу... тамо гдје нема закона нема ни слободе (Дон Лок).

³⁴ Види шире: Р. Томаш у Зборнику „Босна и Херцеговина – 2014. Гдје желимо стићи?“, Фондација „Фридрих Еберт“, Сарајево, 2009, 67–68 и 71–72. Овај аутор у свом раду, поред осталог, наводи: „...Босна и Херцеговина је дезоријентисана земља: нико нема озбиљну визију у наредних пар година, а камоли деценија. Међутим, без дугорочније визије нема развоја...“

као и сукобљени унутрашњи интереси и међународни патронат, доводе у питање оптимално остваривање демократије и поштивање људских права и слобода гарантованих Уставом Босне и Херцеговине, пратећим међународним актима и уставима ентитета.

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.³⁵

Уставна категорија “конститутивност Бошњака, Хрвата и Срба” један је од темеља босанскохерцеговачког друштва и државе. Због традиционалне измијешаности нација³⁶, религија и култура, одређивање носиоца суверене власти у Босни и Херцеговини подразумева комбинацију националног и грађанског принципа, при чему је посебна улога трију најбројнијих, конститутивних народа.³⁷

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.

Конституционализација института конститутивности народа, грађана и „осталих“ и његово (не)остваривање. Уставноправни систем Босне и Херцеговине садржи начело недискриминације по било којем основу или статусу, па и по националној припадности или поријеклу.³⁸ С обзиром на њен сложен, умногоме специфичан облик државног

³⁵ М. Пауновић, С. Царић: *Европски суд за људска права – надлежност и поступак*, Правни факултет, Београд, 2007, 33.

³⁶ “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).

³⁷ Вид.: Р. Марковић, *Уставно право*, четрнаесто осавремене 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.

³⁸ Члан II, тачка 4 Устава Босне и Херцеговине.

уређења, носиоци суверене власти – Бошњаци, Хрвати и Срби, који су истовремено означени и као конститутивни народи (заједно са осталим) и грађани БиХ³⁹ своју сувереност изражавају и остварују у међусобном прожимању и грађанског и националног интереса, на чему се заснива цјелокупна структура јавне власти у Босни и Херцеговини. Оваква повезаност остварује се у процесу одлучивања о најважнијим питањима у институцијама уставноправног и политичког система.

О „конститутивним народима” са становишта индивидуалних и колективних права, Венецијанска комисија је у свом мишљењу навела да „постоји ... јасна уставна обавеза не повређивати на дискриминаторан начин индивидуална права која очигледно произлазе из члана II тачка 3 и 4 Устава Босне и Херцеговине...” а посебно: забрана дискриминације по основу националне⁴⁰, вјерске и друге припадности или личног својства; обавеза свих органа и институција у Босни и Херцеговини, укључујући и ентитете, да спроводе зајемчена људска права; уставне гаранције широкe листе индивидуалних слобода и права, укључујући и она која произлазе из националне и вјерске припадности као што су: слобода мисли, савјести и вјере; слобода изражавања; право на имовину; право на слободу кретања и пребивалишта; права избјеглица и расељених лица на повратак и имовину; обавеза примјене демократских принципа у изградњи и функционисању свих органа и институција у земљи; дужност ентитета да осигурају правну сигурност и пуну заштиту лица на својој територији; надређеност Устава Босне и Херцеговине уставима ентитета и свим другим прописима у земљи и обавеза ентитета и кантона да своје уставе и акте ниже правне снаге усагласе са Уставом Босне и Херцеговине одлукама уставносудских органа, пресудама Европског суда за људска права и слободе и, шире гледано, правом Европске уније.

Конститутивност народа као уставно начело једнако се односи на цијелу територију Босне и Херцеговине и на све нивое власти, што је потврђено и одлукама Уставног суда Босне и Херцеговине у уставно-судском спору о конститутивности народа и промјенама устава и зако-

³⁹ С. Савић, *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*, Бања Лука, 2002, 93.

⁴⁰ Национална равноправност је дио комплекса националног питања као скупа политичких захтјева за слободним развојем нације, за елиминисањем свих облика националне неједнакости и за остваривањем права нације на самоодређење до отцјепљења. У вишенационалним заједницама, национално питање постоји у пуном смислу ако се односи међу нацијама одржавају у било којем облику националне неједнакости и неправноности, или на подвргавању нација некој наднационалној државној творевини. Национално питање се не поставља само у 4% држава у свијету.

на ентитета.⁴¹ Основни приступ, како је наведено у уставносудској одлуци, заснива се на равноправности и једнакости конститутивних народа на цијелој територији, не дозвољавајући тиме давање привилегованог положаја било ком националном колективитету, уз афирмативно дјеловање у корист мањина. Истовремено, и уставни институт „витални национални интерес“, и као теоријско и као практичко питање, као и уставноправни положај конституционалних народа и „осталих“ потребно је сагледавати не само са правног и политичког становишта, већ и у контексту социјалне структуре, динамике развоја и демократизације друштва.

Иако је обавезу отклањања свих видова дискриминације Босна и Херцеговина имала и досад, у основи, „...нико није могао приморати политичке институције да отклоне дискриминацију, јер не постоји нити може постојати домаћа институција која би утврђивала противрјечност уставног текста и наређивала његово отклањање, нити утврђивала да ли су уставне норме у сагласности са нормама међународних конвенција које су дио уставног система Босне и Херцеговине.“⁴²

Босна и Херцеговина је једна од 17 од укупно 47 држава чланица Савјета Европе које су ратификовале и Европску конвенцију и њен Протокол. С обзиром на ту чињеницу, поставља се питање да ли је Босна и Херцеговина 2002. године, када је ратификовала поменуте документе, била, и коначно, да ли је и данас, држава која утврђени ниво заштите, односно забране опште дискриминације може гарантовати.

Пресуда Европског суда за људска права у предмету „Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине“. Ова пресуда само је потврдила да дискриминација постоји и да мора бити отклоњена.⁴³ Очигледно је да се дискриминација огледа у ускраћивању пасивног бирачког права на изборима за Предсједништво Босне и Херцеговине и Вијеће народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине грађанима који не припадају једном од конститутивних народа. У пресуди је изнесено и становиште да не би требало доводити у питање укупни механизам функционисања органа власти, јер је предмет представки усмјерен на

⁴¹ Уставни суд Босне и Херцеговине, Одлука у Предмету У-5/98 III од 1. јула 2000. године („Службени гласник Босне и Херцеговине“ број 23/00). Одлуком „о конститутивности народа“ Уставног суда Босне и Херцеговине (предмет бр. У 5/98) установљена је конститутивност сва три народа у оба ентитета, односно, како сама одлука одређује, на територији цијеле Босне и Херцеговине, чиме је, посредно, измијењен Устав Босне и Херцеговине.

⁴² Г. Марковић, *Уставноправни положај „Осталих“ у Босни и Херцеговини*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, година II, 1/2011, 32.

⁴³ Г. Марковић, *Уставноправни положај „Осталих“ у Босни и Херцеговини*, Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, број 1, 2011, 21–22.

одредбе које се односе само на структуру Вијећа народа Парламентарне скупштине и Предсједништва БиХ.

Уставноправни и политички положај „осталих“ није досљедно уређен Уставом Босне и Херцеговине. Они су у преамбули означени као субјекти који су учествовали у доношењу Устава, мада крајње нејасно на који начин,⁴⁴ да би у његовом нормативном дијелу били изостављени као политички субјект чији представници учествују у формирању политичких институција државе. „...За разлику од конститутивних народа, ‘остали’ никад нису формирали свој подсистем, сплет институција и организација, поготово не своје политичке организације и политичку елиту. Стога нису могли наметнути своју вољу и интересе за равноправним уставноправним и политичким положајем.“⁴⁵

Не постоји јединствен став о томе ко је титулар суверенитета у Босни и Херцеговини,⁴⁶ па су мишљења подијељена у смислу да су то (1) само конститутивни народи, (2) конститутивни народи заједно са осталима и грађани и (3) да су то само конститутивни народи или грађани (као држављани), али да није раширено и изричито мишљење да су и „остали“ носиоци суверенитета.

Преамбула и Анекса I Устава јемче примјену Устава и међународних аката о људским правима и слободама и забрањује дискриминација по било којем основу или статусу. Међутим, ни сви уставни ентитетâ и кантона нису нормирали положај „осталих“, а сви, још увијек, нису ни отклонили дискриминацију у погледу конститутивности српског народа. Прије свега, „остали“ су одређени као уставоправни и политички субјекат у преамбулама устава ентитетâ, а само декларативно гарантује им се заступљеност у појединим политичким институцијама.

У односу на садржај пресуде, а с обзиром на то да она „...задире у суштину унутрашњег уређења Босне и Херцеговине, односно држав-

⁴⁴ У погледу „осталих“, њихова изјава о етничкој припадности није ни објективна ни правна, већ субјективна и политичка категорија, што је прихваћено и од стране Европског суда у о овој пресуди. „Остали“ немају своје политичке странке и политичке елите, тако да није било никога ко би их представљао на мировним преговорима у Дејтону. Осим тога, како Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, нека друга државна институција или народ непосредно нису одлучивали о прихватању Устава, очигледно је да су „остали“ споменути у преамбули Устава као један од његових доносилаца само из разлога политичке коректности.

⁴⁵ Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд–Сарајево, 2011, 357.

⁴⁶ К. Трнка, *Уставно право*, Факултет за јавну управу, Сарајево 2006, 177–178; Н. Побрић, *Уставно право*, Слово, Мостар 2000, 111; З. Миљко, *Уставно уређење Босне и Херцеговине*, Хрватска свеучилишна наклада, Загреб 2006, 227.

ноправне структуре једне од држава чланица Вијећа Европе⁴⁷, постоје разлике у погледу начина њеног извршења. Има мишљења да ова пресуда „...прикривено и привидно немушто, доводи у питање темеље постојећег уставног уређења Босне и Херцеговине – националну равноправност остварену у облику конститутивности народа Босне и Херцеговине у саставу Предсједништва БиХ и Вијећа народа Парламентарне скупштине БиХ“ (Р. В. Лукић). Зато су и приступ и начин извршења пресуде различити и вишеслојни, првенствено у смислу што су пресудом директно означене поједине одредбе Устава Босне и Херцеговине и да би оне неминовно утицале и на вршење уставних промјена које нису непосредно везане за пресуду Европског суда.

Иако се у Саопштењу Европске комисије (16. октобар 2013) истиче да је Босна и Херцеговина постигла одређени напредак у провођењу пресуда Европског суда, постоји оцјена да „...пресуда у предмету ‘Сејдић и Финци против БиХ’ још увијек није проведена“. Такође се наглашава да се Босна и Херцеговина „...налази на мртвој тачки у процесу европских интеграција. Та земља мора без одлагања да изврши пресуду Европског суда у предмету ‘Сејдић и Финци против БиХ’ да би могла да крене даље на путу ка ЕУ.“⁴⁸

Босна и Херцеговина је стављена пред нови изазов, јер извршење пресуде „...треба да покаже још једном да ли држава, прије свега њене политичке снаге, спремна да докаже да у Босни и Херцеговини функционирају демократски политички систем и правна држава, који се базирају на поштивању људских права и слобода. То су основни предувјети за равноправно чланство у Вијећу Европе и за напредак државе у процесима интеграције у Европску унију.“⁴⁹

Још увијек не постоји сагласност о рјешењима, обиму и начину измјена Устава Босне и Херцеговине у циљу извршења пресуде Европског суда.⁵⁰

⁴⁷ Љ. Мијовић, *Уводно излагање*, Округли сто: Пресуда Европског суда за људска права у предмету „Сејдић и Финци против БиХ“, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2010, 19.

⁴⁸ Саопштење Комисије Европском парламенту и Савјету, Брисел, 16. октобар 2013, 16 и 22–23.

⁴⁹ Н. Адемовић, „Пресуда Финци и Сејдић против БиХ“: *quo vadis?*, Зборник радова „Мјесто и улога „Осталих“ у Уставу БиХ и будућим уставним рјешењима за БиХ“, Центар за људска права и ФПН у Сарајеву, Сарајево, 2010, 125–126.

⁵⁰ Парламентарна скупштина БиХ је основала Привремену заједничку комисију оба дома за провођење пресуде Европског суда у предмету „Сејдић и Финци против БиХ“, која се састоји од 13 чланова, а која је почела да раде 13. октобра 2011. године. Њен рад, у основи, подијелен је на три групе питања – „минимални, оптимални и максимални“ модел уставних промјена.

Ова пресуда се, такође, заснива на „...два минимална стандарда међународног карактера које уставни земаља чланица Вијећа Европе морају садржавати. Први стандард односи се на значење концепта демократије. Ово је важно питање јер Европски суд цијени евентуалну повреду људских права у односу на оно што је потребно у демократском друштву“, што, у првом реду, „...не значи само политички плурализам већ и мултикултурално друштво у којем културне различитости морају бити установљене у органима власти. Изазов који остаје, дакле, питање је како пренијети овај принцип културне различитости у територијалну и институционалну организацију државе? Други минимални стандард, према пресуди, садржи право на идентитет. Свако има право да изјави припадност групи (етничкој, културној, језичкој, вјерској итд.), као и на избор да буде сматран припадником групе или не.“⁵¹

Посматрано само из уставноправног угла, постоје и бројна и различита тумачења уставних одредаба о карактеру државе, посебно њене организације, структуре, надлежности, политичког представљања и начина одлучивања у органима и институцијама власти. Стога, у провођењу пресуде потребно је имати у виду и сљедеће:

1. Пресуду Европског суда могуће је најлакше провести на начин да се амандманом на Устав БиХ предвиди да се чланови Предсједништва бирају тако што се на територији Републике Српске бира један члан а на територији Федерације Босне и Херцеговине два, с тим да у Предсједништву не може бити више од једног члана из реда сваког од конститутивних народа односно „осталих“.⁵²
2. У односу на Вијеће народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, стање је сложеније „...с обзиром на чињеницу да овдје постоји двоструки паритет: и народа и ентитета“. Наиме, Народна скупштина Републике Српске бира Србе, а Федерација Босне и Херцеговине Хрвате и Бошњаке. Ови делегати су истовремено представници ентитета и конститутивних народа. С обзиром на одлуку „о конститутивности народа“ Уставног суда Босне и Херцеговине, као и на пресуду Европског суда, вјероватно ће се јавити покушаји да се овај уставни концепт промије-

⁵¹ Ј. Марко, Прерађено усмено излагање на Конференцији „Мјесто и улога ‘Осталих’ у Уставу БиХ и будућим уставним рјешењима за Босну и Херцеговину“, Сарајево, 2010, 143–144.

⁵² Закључак Народне скупштине Републике Српске поводом разматрања Информације о активностима на провођењу Пресуде Европског суда за људска права из Стразбура у предмету „Сејдић и Финци против БиХ“ („Службени гласник Републике Српске“ број 87/2013).

- ни. Међутим, мора се имати у виду да би се дерогирала „... још једна изворна гаранција Дејтонског мировног споразума, поготово стога што ово вијеће има надлежност да штити виталне националне интересе с обзиром на изворну конститутивност српског народа у Републици Српској, односно бошњачког и хрватског народа у Федерацији Босне и Херцеговине.“⁵³
3. Када је ријеч о Вијећу народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, у њега је могуће инкорпорисати и клуб осталих, слично вијећима народâ у ентитетима, при чему је потребно предвидјети колико се чланова бира у Републици Српској односно у Федерацији Босне и Херцеговине. Сматра се да је у погледу спровођења пресуде „Сејдић и Финци против БиХ“ потребно дефинисати да се чланови Вијећа народа Парламентарне скупштине БиХ из Републике Српске бирају у Народној скупштини Републике Српске, тако да се бира шест делегата, од којих не више од пет делегата из реда српског народа и да делегација из Републике Српске чини једну трећину укупног броја изабраних делегата у Вијећу народа Парламентарне скупштине БиХ.⁵⁴
4. Извршење пресуде Европског суда неопходно је посматрати и у контексту чињенице да је у њој констатовано да омогућавање пасивног бирачког права припадницима „осталих“, односно националних мањина не мора да значи укидање концепта конститутивности народа, што би требало да буде основа евентуалних уставних и промјена у изборном законодавству Босне и Херцеговине.

Реформски процеси, европске интеграције и евентуалне уставне промјене

Реформски процеси у Босни и Херцеговини су неуспјешни без договора свих страна о свим питањима па и онима о уставној реформи.

⁵³ С. Савић, Излагање на округлом столу „Пресуда Европског суда за људска права у предмету „Сејдић и Финци против БиХ“, Зборник радова, Академија наука и умјетности Републике Српске, 2010, 73–74.

⁵⁴ Закључак Народне скупштине Републике Српске поводом разматрања Информације о активностима на провођењу Пресуде Европског суда за људска права из Стразбура у предмету „Сејдић и Финци против БиХ“ („Службени гласник Републике Српске“ број 87/2013).

Без таквих договора и консензуса промјене могу бити извор нових неспоразума, подјела и тензија, поготово што се и даље у први план ставља укидање ентитета, односно Републике Српске, унитаризација државе, централизација власти и стварање само једног државотворног народа. На дјелу је истицање политичких и религијских циљева, а у државотворном моделу тражење само традиционалног и преживјелог духовног модела већ осуђеног на овим просторима.⁵⁵ Најрадикалнији су бошњачки захтјеви, који су централистички и унитаристички, понекад прикривени изјашњавањем за грађански модел уставноправног уређења, јер бошњачки народ чини већину у односу на друга два народа појединачно.

Ни улазак у евроатлантске интеграције⁵⁶ не може и не смије бити повод да се врше уставне промјене и траже рјешења супротна дејтонској конструкцији. Тиме би се нарушио унутрашњи баланс, колективна права и равноправност конститутивних народа. Уз реформе које се проводе и које ће се проводити, реформе треба да, прије свега, обезбиједи значајно побољшање услова живота становништва, напредак у свим областима живота и испуњавање услова за придруживање богатим и демократским државама и народима.

Уставне промјене су потребне само уколико се њима успоставља “...нова и актуелна кодификација и конституционализација власти и друштва. Држава и друштво се не граде честим мијењањем устава, већ његовом примјеном и активним радом институција”.⁵⁷ У постконфликтној ситуацији постојао је и још постоји, недовољно повјерења, искрености и спремности на политички и културни дијалог, толеранцију и помирење између етничких група и њихових вођа.

Одрживост, функционалност и дјелотворност сложене организације државе и друштва, у првом реду, захтијевају да се обезбиједи два услова:

- усаглашена политика на свим нивоима и у свим областима и искрена и пуна политичка воља да се то проводи, и
- преузимање одговорности од стране домаћих органа за судбину и развој Босне и Херцеговине од високог представника и предста-

⁵⁵ Углавном, досадашње иницијативе за уставне промјене су биле и непотпуне, па и недобронамјерне, а често и утопистичке, јер предвиђају неоствариву државу и тиме руше саме темеље дејтонских рјешења.

⁵⁶ На основу Вашингтонског споразума 30. марта 1994. године донесен је Устав Федерације Босне и Херцеговине и тиме утемељена Федерација Босне и Херцеговине и пројектована конфедерација Федерације БиХ и Републике Хрватске.

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

вника Европске уније или њихову убрзану трансформацију, односно замјену за представника–партнера за помоћ на путу европских интеграција.

Сложеност реформских, посебно уставних промјена повећава чињеница да у Босни и Херцеговини постоје два ентитета и три конститутивна народа, грађани и „остали“ и да они изражавају различите и посебне интересе.

На европском, транзицијском и демократском путу, посебно у процесу европских интеграција, реформом правног система и поретка и успостављањем савременог законодавства, морало би се, поред отклањања низа слабости, постићи неколико битних ефеката: промјена, усклађивање или доношење оптималног броја закона, других прописа и општих аката по структури и значају друштвеног односа којима се они регулишу; подизање квалитета закона и других прописа; да закони и други прописи буду слободан израз опште воље, исти за све, било да штите или кажњавају; остваривање принципа уставности и законитости, и ефикасна и праведна примјена устава и закона.

У процесу европских интеграције⁵⁸ посебна обавеза јесте усклађивање унутрашњег правног система са *acquis*-ем Европске уније. Институције Босне и Херцеговине су изразиле политичку посвећеност за приступање Европској унији,⁵⁹ а потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране, преузета је обавеза да се унутрашње право у областима које обухвата овај споразум усклађује са *acquis*-ем Европске уније.⁶⁰ Да би се ова обавеза успјешно остваривала потребно је проводити одговарајуће поступке и

⁵⁸ Council conclusion on Western Balkans, Press Release – 2903rd Meeting of the Council, General Affairs and External Relations, 15396/08, Brussels, 10 and 11 November 2008.

⁵⁹ Општи правци и приоритети за провођење спољне политике Босне и Херцеговине, Предсједништво Босне и Херцеговине, број: 01-645-30/03, Сарајево, 26. март 2003. И остали органи су усвојили одређене акте: Одлука Савјета министара БиХ о иницијативи за приступање Европској унији, „Службеник гласник БиХ“, број 3/99; Резолуција Парламентарне скупштине о европским интеграцијама и Пакту стабилности, „Службеник гласник БиХ“, број 12/99; Резолуција Парламентарне скупштине о убрзавању процеса приступања Босне и Херцеговине у чланство Европске уније „Службеник гласник БиХ“, број 27/08.

⁶⁰ Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори“, број 10/08, до ступања на снагу ССП-а, примјењује се Привремени споразум о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, с једне стране, и Босна и Херцеговине, с друге стране, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори“, број 5/08.

организован и квалитетан рад институција надлежних за провођење и координацију процеса правне хармонизације.

Наглашавајући то да је “БиХ прикована за дно евроатлантских процеса, на некој врсти нулте ситуације која зачас може клизнути у минус – нестабилност регионалних димензија”, указује се на могућност да таква ситуација може потрајати јако дуго и захтијевати неодређено продужење присуства међународних представника. Притом, тзв. индиректне уставне и остале реформе, које су „...вршене у неколико наврата у последиједјетонском периоду су утицале на облик државног уређења Босне и Херцеговине, по два основа – проширене су надлежности институција Босне и Херцеговине како квантитативно тако и квалитативно, чиме су задовољени федерални стандарди, а створене су и нове институције, чиме је институционални систем БиХ углавном заокружен у складу са федералним принципима.⁶¹

Евентуалне уставне промјене могуће је очекивати када се постигне консензус о промјени Устава Босне и Херцеговине са или без ангажовања, утицаја или помоћи међународне заједнице у процесу припремања и извођења уставних промјена.⁶²

Истовремено, потребно је истаћи да и постојећи Устав пружа довољно могућности да Босна и Херцеговина буде функционална, демократска и модерна држава и да као таква може да уђе у евроатлантске интеграције.⁶³

Не може се избјећи чињеница да се друштво налази у транзицији и да је оптерећено низом последијератних тешкоћа. Стога, уставна и правна рјешења и њихово остваривање, у складу са међународним стандардима и вриједностима налази и на озбиљне потешкоће. Али, истовремено, неповољна и са непредвидивим посљедицама, политичка, економска и социјална кретања, као и сукобљени унутрашњи интереси и међународни патронат, доводе у питање оптимално остваривање демократије и поштивања људских права и слобода гарантованих Уставом Босне и Херцеговине, пратећим међународним актима и уставима ентитета.⁶⁴

⁶¹ Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд–Сарајево, 2012, 456.

⁶² 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).

⁶³ О промјенама устава у теоријскоправном смислу види: О. Вучић, *Промене и трајање устава*, Београд, 2005.

⁶⁴ Види шире: Р. Томаш, у Зборнику „Босна и Херцеговина – 2014. Гдје желимо стићи?“, Фондација „Фридрих Еберт“, Сарајево, 2009, 67–68 и 71–72.

Потребно је веће учешће грађана на свим нивоима у управљању јавним пословима, кроз различите облике сталног утицаја на обликовање јавног живота и доношење одлука, да би се остварио основни циљ демократије – једнак и равноправан однос према свим људима. Стога, јавна власт ће слушати народ само ако постоји могућност да изгуби свој мандат. Али, на дјелу су у великој мјери двије карактеристике – власт је имуна на јавно мњење и инструменте и механизме њене контроле, а грађани показују све разноврсније видове своје апсинуенције у јавном животу.

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.⁶⁵

Због недовршености модела, организације и структуре политичког система, политичке странке су само „нужан производ демократије“, а све је наглашеније то да су и сам политички систем и демократија „режим партија“ (Р. Лукић), а избори само чин гласања а не и бирања. Такође, још увијек политичке странке, њихове елите и лидери никако да схвате и прихвате – да они не могу да непосредно врше власт, нити да је потчине себи. Они могу само да демократским средствима обликују политичку вољу грађана. Насупрот томе, умјесто демократизације друштва, изворне и истинске демократије, постоји партиократија, режим политичких партија, ванинституционално дјеловање и одлучивање. Демократски процеси и политичка трансформација и излазак Босне и Херцеговине из дугогодишњег монопартизма у савремено вишестраначје захтијева усавршавање њеног политичког и изборног система, што је до сада рађено приликом сваког новог изборног циклуса. Међутим, „... умјесто уобичајеног политичког плурализма од неколико већих партија, овдје данас имамо ‘мега плурализам’ микро и макро партија, чија се активност своди на промовисање вође и лидера, кроз ексцесе, скандале и манипулације, те на трагање за начинима и путевима коалиционог партнерства како би се опстало на политичкој сцени или евентуално ушло у

⁶⁵ М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права – надлежност и поступак*, Правни факултет, Београд, 2007, 33.

парламент. Мноштво малих партија није подстакло демократију, слободан и аутономан грађански активизам и цивилно друштво. Напротив...“⁶⁶

Значајно питање јесте то да ли су чланови коалиција јединствени, односно да ли је политичка партија као чланица коалиције јединствена, кохерентна и дисциплинована. Зато је у стварању коалиција неопходно поштивање начела да у коалиционој власти не би требало да учествују странке које су претрпјеле пад подршке бирача у односу на претходне изборе. У новој власти требало би да учествују само партије које су добиле више гласова него на претходним изборима.⁶⁷ Стога је логично да је „...главни циљ политичара и политичких партија да буду изабрани и све се подређује томе циљу“, дакле „...њихов циљ није представљати, него владати“.⁶⁸

Надаље, није изграђен заједнички политички идентитет припадника свих националних заједница. “Нема доживљаја повијести, заједничке религије или јединствене културе које би могле бити његово извориште, као у националним државама. Нема ни великих догађаја у повијести који би повезивали припаднике различитих етничких или културних заједница и били извориште заједничког политичког идентитета, као у неким мултикултурним државама. Нема ниједног великог догађаја у повијести БиХ који три главне етничке скупине доживљавају једнако, а који би могао бити врело заједничког поноса... Стога је изградња опће привржености новој босанскохерцеговачкој држави могућа само потпуним поштовањем засебних идентитета, а не њиховим потирањем и потискивањем.”⁶⁹

Реформа изборног система и законодавства је изузетно сложена и одражава се на политичке процесе и стабилност државе и друштва. Тако су у компаративним уставним системима непознати случајеви да се грађани из других држава пријављују за гласање у некој земљи осим ако немају двојно држављанство. Нису познати ни случајеви да се унутар неке државе грађани исте националности пријављују на дру-

⁶⁶ Види: И. Шијаковић, *Политичке коалиције и њихово друштвено упориште*, Зборник радова „Избори и изборне коалиције“, ИДЕС, Бијељина, 2006, 104; М. Касаповић, *Изборни лексикон*, „Политичка култура“, Загреб, 2003, 190 и др.

⁶⁷ Н. Побрић, „Партијске коалиције и формирање владе“, *Ревизија за право и економију*, бр. 21, Мостар, 2013, 29

⁶⁸ Исто, 35.

⁶⁹ М. Касаповић, *Босна и Херцеговина – подијељено друштво и нестабилна држава*, „Политичка култура“, Загреб, 2005, 199; Ђ. Вуковић и А. Врањеш, „Национални и политички идентитет у контексту медијске одговорности“, *Политика*, научни часопис ФПН, Бања Лука, 2011, 131–132.

гом подручју да би повећали изборно тијело. Све се више јавља жеља за доминацијом само једног народа и стварање органа јавне власти који ће обезбиједити одлучујући утицај у организацији, структури и животу на нивоу БиХ, а посебно у свим нижим територијалним и политичким заједницама.

Онемогућавања или чак блокаде рада било којег органа или институција законодавне, извршне и судске власти противан је Уставу и другим прописима. Очигледно је да се многи оглушавају на позиве да се дијалогом са надлежним институцијама, а у складу са предвиђеном процедуром, ријеше сва отворена питања. Умјесто тога, они су се определијели да питања правне природе покушају да ријеше најлошијим политичким средствима користећи инструменте политичког притиска и уцјене. Наглашавамо да демократски систем и односи у модерним друштвима не познају институт „замрзавање“ рада органа и институција или тзв. „политички штрајк“.

Механизми за заштиту права и слобода конститутивних народа и „осталих“ подразумевају постојање конзистентних и кохерентних уставних и законских рјешења како би се децидирано и недвосмислено утврдио појам виталног националног интереса не само конститутивних народа него и „осталих“ који живе у Босни и Херцеговини.⁷⁰ С обзиром на то да је Босна и Херцеговина сложена држава, односно државна заједница, механизми остваривања и заштите људских права и основних слобода, аналогно томе, регулисани су на специфичан начин – у ентитетима и на нивоу Босне и Херцеговине. Међутим, да би се они остварили и заштитили, потребно је обезбиједити функционисање и одговоран однос свих институција државе и њених ентитета према њиховим надлежностима и обавезама у заштити и остваривању основних људских права и слобода у Босни и Херцеговини. Неопходно је, на даље, да се остварују симетрична рјешења и уједначена пракса у оба ентитета када се одлучује о виталном националном интересу, кроз установљено Вијеће односно Савјет за заштиту виталних интереса уставних судова ентитета,⁷¹ који имају исти број судија и истог националног састава, као и успостављање одговарајућег тијела Уставног суда Босне и Херцеговине.

⁷⁰ К. Трнка, *Конститутивност народа, Поводом одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине о конститутивности Бошњака, Хрвата и Срба на нивоу ентитета*, Сарајево, 2000, 117.

⁷¹ Види: Обавјештење о неким питањима остваривања уставности у Федерацији Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ број 29/05 од 8. маја 2005) и Обавјештење о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости у Републици Српској, Бања Лука, март 2011. године.

Онемогућавање или чак блокада рада било којег органа или институција законодавне, извршне и судске власти противан је Уставу и другим прописима. Очигледно је да се многи оглушавају на позиве да се дијалогом са надлежним институцијама, а у складу са предвиђеном процедуром, ријеше сва отворена питања.

Умјесто тога, они су се определијели да питања правне природе покушају да ријеше најлошијим политичким средствима користећи инструменте политичког притиска и уцјене. Наглашавамо да демократски систем и односи у модерним друштвима не познају институт „замрзавање“ рада органа и институција или тзв. политичког штрајка.

Умјесто закључка

При томе, неприхватљиве су „...оцјене да је пријем Босне и Херцеговине у Савјет Европе, истовремено, и њена обавеза“ да трансформише своју унутрашњу државотворну структуру и постојање и статус ентитета доведе у упитност.

Ентитети су, у ствари, двије државе са ограниченим суверенитетом, који имају два различита политичка, правна и економска система, унутрашњу сувереност, линију разграничења, територијални интегритет, полицију и друге институције. Примијењена су два сасвим различита и супротна облика унутрашњег уређења – *федерално и унитарно*; прво изузетно децентрализовано, а друго централизовано. Институције Босне и Херцеговине и успостављени механизми за њихово остваривање функционишу са доста тешкоћа или нису довољно ефикасни. 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. У том смислу, потребно је децидирано остваривање њеног Устава и успостављеног типа државног и политичког уређења и облика државне власти у Босни и Херцеговини, са њена два равноправна, државотворна ентитета и предвиђеним заједничким институцијама. Период од ступања на снагу Општег оквирног споразума показао је да је његова имплементација, уз веће или мање потешкоће, могућа и једино прихватљива.

За остваривање устава није довољно то да се они формално поштују – потребно је много више, а прије свега, њихово интегрисање у

акте ниже правне снаге, у свакодневни живот, односе и понашање свих, како органа власти тако и појединаца. Устав мора бити прихваћен као основни и највиши општи правни акт у који се вјерује, којем се стварно жели његова примјена. Зато су непотребна његова стална тумачења и објашњења, што његово остваривање чини видно ограниченим и неизвјесним. То се одражава и на стање у којем се бројне правне норме, посебно тзв. „кровни закони“ Босне и Херцеговине, а који су већином и наметнути, споро и са тешкоћама проводе.

У оцјењивању догађаја из претходног рата, мора постојати довољно објективног, уравнотеженог и уједначеног приступа свих страна у Босни и Херцеговини и ван ње, а посебно када је у питању кршење међународног и хуманитарног права и однос према узроцима, карактеру и посљедицама ратних сукоба. Негативна квалификација појединих догађаја била је основа бројних облика сатанизације српског народа. Коначно, „трагични ратни сукоби“ у Босни и Херцеговини, што потврђују научни, стручни и историјски критеријуми и стандарди, имају карактер грађанског, вјерског и религијског рата, са високим степеном укључености међународног фактора.

Потребно је имати у виду да готово сви народи чине националну хомогенизацију и удруживање. Национално питање, уз остало, одавно је примарно демократско питање. Да „Босна и Херцеговина није ни српска, ни хрватска, ни муслиманска, него и српска, и хрватска и муслиманска“ – није комунистичка флоскула већ је овдашња и чињеница, и судбина, која упозорава и опомиње да ова земља може опстати, и у њој ће се нормално живјети само договором њених народа: Бошњака, Срба и Хрвата и осталих.

Основна нит која повезује народ у Босни и Херцеговини јесу истинит одговор на историјски, национални и културни идентитет и могућност успостављања и одржавања мултинационалне, мултикултуралне и мултирелигијске заједнице државотворних колективитета, конститутивних народа, осталих и грађана.

Неопходно је постојање одговорности и носилаца власти и грађана. Јер, одговорност је истовремено и уставни, правни, политички и морални принцип, али и свијест, култура рада и живота, владавина права, гаранција сигурној будућности.

Све је мање оних иницијатива, рјешења и акција којима је у средишту човјек, његов социјални и материјални положај и будућност.

У том циљу, заједно би требало да раде политика, наука и струка, да сарађују државне и академске институције, а то је у нашим приликама тешко замисливо.

Честа упозорења на недопустиво понашање, оштре и опоре јавне ријечи и осуде, примједбе на рад правосудних органа Босне и Херцеговине, затим неких политичких странака и њихових лидера, медија, неких невладиних организација – нису имали никакве резултате. Не постоји јасан заједнички став о томе да нико над овом земљом нема ексклузивитет нити договорено старатељство, ни право на протекторат, аутократско управљање или октроисану управу, због чега посебно институционалне, легалне и легитимне државне власти, слободни и демократски избори и представничке институције губе смисао и дјелотворну сврху.

Постоји одсуство политичког идентитета и “уставног патриотизма” (Ј. Хабермас), раскол у националним и политичким корпусима и оријентацијама, наглашена улога етничке компоненте у процесима персоналне, друштвене и социјалне интеграције. „...Стога је изградња опће привржености новој босанскохерцеговачкој држави могућа само потпуним поштовањем засебних идентитета, а не њиховим потирањем и потискивањем.” (М. Касаповић)

Литература

- Кецмановић Н., *Немогућа држава*, Глас Српске, Бања Лука, 2007.
- Касаповић М., „Босна и Херцеговина: Десет година након Дејтона“, *Статус* – магазин за политичку културу и друштвена питања, Мостар, бр. 8/2006.
- Мијановић Г., уводно излагање „Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета“, Округли сто у Бањој Луци, 25.11.1999.
- Кривокапић Б., *Лексикон међународног права*, Радничка штампа и Институт за упоредно право, Београд, 1998.
- Шарчевић Е., *Устав из нужде*, Сарајево, 2010.
- Фила А., „Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља“. Том IV *Уставно право БиХ*, САНУ – Агенција „Мир“ Нови Сад, 2002.

- Перовић С., Ријеч на Савјетовању „Октобарски правнички дани”, *Правна ријеч*, часопис за правну теорију и праксу, Бања Лука 30/2011.
- Чомски Н., *Контролисана демократија*, ЦИД Подгорица, 1999.
- Кузмановић Р., „Вријеме старатељства и туторства, прошлост“, *Аргументи*, Бања Лука, 2009.
- Јовичић М., *Разматрање о „најбољем“ уставу*, Београд, 1984.
- Кузмановић Р., *Нови есеји о уставности и државности*“, Бања Лука, 2010.
- Поповић М., *Правна природа Републике Српске*, Научни скуп Изградња и функционисање правног система Републике Српске, Бања Лука, 1977.
- Кузмановић Р., *Уставно право*, Бања Лука 2002.
- Johnstone D., *Nato and the New World Order*, London 2000.
- Мијановић Г., *Систем заштите уставности и законитости у Републици Српској*, Зборник радова “Изградња и функционисање правног система Републике Српске”, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 1997.
- Лукић Р., *Појам устава. Устав као највиши правни акт*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XIV 1980.
- Вучић О., *Промјене и трајање устава*, Досије, Београд, 2005.
- Фира А., *Уставно право Босне и Херцеговине*, Н. Сад, 2002.
- Касаповић М., *Босна и Херцеговина – подијељено друштво и нестабилна држава*, „Политичка култура“, Загреб, 2005.
- Вуковић Ђ. и Врањеш А., *Национални и политички идентитет у контексту медијске одговорности*, “Политеиа”, Научни часопис ФПН, Бања Лука, 2011.
- Душанић Ј., *Транзиција – велика шанса или опасна замка*, Београд, 2001.
- Стиглић Џ.Е., *Противречности глобализације*, Београд, 2004.
- Хајден Р. М., *Скице за подељену кућу – Уставна логика југословенских сукоба*, Београд, 2003.
- Игњатијеф М., *Људска права као политика и идолопоклонство*, „Службени гласник“, Београд, 2006.
- Кавран Д., „Правна држава и реформа јавне управе“, *Правни живот*, бр. 9/96. Београд, 1996.
- Јовичић М., *Закон и законитости*, Београд, 1997.

- Кузмановић Р., *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004.
- Екмечић М., Предговор у: *Српски писци и научници о Босни и Херцеговини*, приредио Антонић З., “Службени лист СРЈ”, Београд, 1995.
- Кузмановић Р., Савремене уставне промјене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва, у књизи *Устав lex superior*, Београд, 2004.
- Вукадиновић Р. Д., *Право Европске уније*, Бања Лука – Крагујевац, 2006.
- Томаш Р. Реферат у Зборнику „Босна и Херцеговина – 2014. Гдје желимо стићи?“, Фондација „Фридрих Еберт“, Сарајево, 2009.
- Мил Џ. С., *О слободи*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Пауновић М., Царић С., *Европски суд за људска права – надлежност и поступак*, Београд, 2007.
- Марковић Р., *Уставно право*, четрнаесто осавременењено издање, Београд, 2010.
- Савић С., *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*, Бања Лука, 2002.
- Марковић Г., *Уставноправни положај „Осталих“ у Босни и Херцеговини*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, година II, 1/2011.
- Марковић Г., *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд–Сарајево, 2011.
- Трнка К., *Уставно право*, Факултет за јавну управу, Сарајево 2006.
- Побрић Н., *Уставно право*, Слово, Мостар 2000.
- Миљко З., *Уставно уређење Босне и Херцеговине*, Хрватска свеучилишна наклада, Загреб 2006.
- Мијовић Љ., Уводно излагање, Округли сто: Пресуда Европског суда за људска права у предмету „Сејдић и Финци против БиХ“, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2010.
- Адемовић Н., *Пресуда Финци и Сејдић против БиХ“: quo vadis?*, Зборник радова „Мјесто и улога ‘осталих’ у Уставу БиХ и будућим уставним рјешењима за БиХ“, Центар за људска права и ФПН у Сарајеву, Сарајево, 2010.
- Марко Ј., Прерађено усмено излагање на Конференцији „Мјесто и улога ‘осталих’ у Уставу БиХ и будућим уставним рјешењима за Босну и Херцеговину“, Сарајево, 2010.

- Савић С., Излагање на округлом столу „Пресуда Европског суда за људска права у предмету „Сејдић и Финци против БиХ“, Зборник радова, Академија наука и умјетности Републике Српске, 2010.
- Кузмановић Р., *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука 2004.
- Мијановић Г., *Систем заштите уставности и законитости у Републици Српској*, Зборник са научног скупа “Изградња и функционисање правног система Републике Српске”, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 1997.
- Јовичић М., *Закон и законитости*, Београд, 1997.
- Хајден Р. М., *Скице за подељену кућу – Уставна логика југословенских сукоба*, Београд, 2003.
- Марковић Г., *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд–Сарајево, 2012.
- Бачић А., *Уставно право*, Правни факултет у Сплиту, 1997.
- Шијаковић И., *Политичке коалиције и њихово друштвено упориште*, Зборник радова „Избори и изборне коалиције“, ИДЕС, Бијељина, 2006.
- Касаповић М., Изборни лексикон, *Политичка култура*, Загреб, 2003.
- Побрић Н., „Партијске коалиције и формирање владе“, *Ревивија за право и економију*, бр. 21, Мостар, 2013.
- Трнка К., *Конститутивност народа*, Поводом одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине о конститутивности Бошњака, Хрвата и Срба на нивоу ентитета, Сарајево, 2000.

Mile Dmičić, PhD

Professor at the Faculty of Law of the University in Banja Luka

**(NOT) ACCOMPLISHING SOME OF THE ESSENTIAL ELEMENTS
OF THE CONSTITUTIONAL MODEL OF BOSNIA AND
HERZEGOVINA**

Summary

Bosnia and Herzegovina as a country, even after more than two decades, is still in process of constitution. Its vision, responsibility, system of values, identity, tolerance, dignity of a man and a citizen, are all being developed slowly. There are currently active various interpretations of its legal nature, administration model, government, political system, and especially of the cause, character and consequences of “tragic regional conflicts”. It is necessary to objectively determine the truth and reach an agreement in terms of determining the final constitutional model of Bosnia and Herzegovina as a state.

Constitutional organization of legal institution of constitutive nations and constitutional position of citizens and groups of “others”, also the possible scope, content and character of constitutional changes, especially when it comes to enforcement of the European Human Rights Court verdict, are also being analysed in this paper.

*Constitutional changes should not jeopardize the existing constitutional model of administration of Bosnia and Herzegovina, which is based on the Dayton solutions and established principles, the nation-building model of two entities, equal representation of three constitutive nations and “others” in administrative institutions on all levels of government, which, among other things, represent *cindicio sine qua non* of its existence, sustainability, development and stability.*

Keywords: *Bosnia and Herzegovina and its constitutional model, entities, legal system and orded, constitutive nations and “others”, human rights and freedoms.*

УДК: 336.227.8:339.972(497.6)

doi 10.7251/PR5017063N

Излагање са научног скупа

**ОСВРТ НА ОБАВЕЗНА „ОБЈАШЊЕЊА, МИШЉЕЊА,
ИНСТРУКЦИЈЕ, УПУТСТВА И СЛИЧНЕ АКТЕ“ У ОБЛАСТИ
ПОРЕСКОГ СИСТЕМА
– Пример Републике Србије –**

Проф. др Боса М. Ненадић*

***Апстракт:** Адресати пореске обавезе и надлежни државни органи који доносе појединачне акте и предузимају (правне) радње у пореском поступку, морају имати јасно опредељен законодавноправни оквир за своје поступање. Последице неадекватног измирења пореских обавеза услед различитог или погрешног разумевања пореских прописа могу бити врло тешке, па и погубне по пореске обвезнике, али и вишеструко штетне за државу. Да ли се проблеми у квалитету пореских прописа и њиховој примени могу превазилазити законским одређењем обавезности аката министра финансија, као што су: “објашњења, мишљења, инструкције, упутства и слични акти” који се дају пореској администрацији, питање је које се сагледава у овом прилогу.*

***Кључне речи:** акти органа државне управе, објашњења, мишљења, инструкције, упутства и слични акти Министарства финансија, „квалитет пореских закона“, пореска обавеза, Пореска управа, Уставни суд.*

I

Обавеза плаћања пореза у Републици Србији утврђена је као општа уставна обавеза (дужност), која се заснива на економској моћи пореских обвезника (члан 91 Устава из 2006. – даље: Устав). Значај пореске обавезе и важност њеног извршавања, уставотворац је додатно пот-

* Судија Уставног суда Србије.

врдио изричитим прописивањем да се пореском обвезнику може одузети или ограничити имовина ако не измири пореску обавезу (члан 58 став 4 Устава). Из Устава надаље следи да нема пореза ако није установљен законом, нити се конкретна пореска обавеза од стране надлежних органа може утврдити мимо поступка прописаног законом. Сложеност односа који настају у остваривању ове уставне обавезе захтева ближе законско уређивање, као што и спровођење (извршавање) и примена пореских закона тражи доношење бројних подзаконских прописа и других (општих) аката од стране надлежних државних органа. Сагласно начелу легалитета, којим уставотворац стриктно везује све органе извршне и управне власти, па и органе надлежне за припрему, спровођење и примену пореских прописа, сви акти и радње које доносе, односно предузимају порески органи у одлучивању о правима, обавезама или на закону заснованим интересима пореских обвезника, морају бити у сагласности с Уставом и засновани на закону, без изузетка, како у формалном (процедуралном), тако и материјалном (супстанцијалном) смислу.

Већ на почетку ваља подвући да остваривање владавине права и у домену опорезивања претпоставља и захтева правну сигурност и извесност, односно одговарајући квалитет пореског законодавства и других пореских прописа у погледу јасноће, прецизности и одређености њихових норми, јер порески обавезници и надлежни порески органи морају имати јасно опредељен законодавноправни оквир за своје поступање. У супротном, последице могу бити врло тешке, па и погубне по пореске обвезнике¹, али и вишеструко штетне за државу, због непредвидивог или арбитарног поступања пореске администрације.

Како су и норме пореских прописа опште (често и непотпуне, донете у одређеним друштвеним околностима и времену) оне, по природи ствари, не могу да покрију и обухвате бројност и разноврсност конкретних пореских ситуација које се у пракси појављују. Стога норме пореских прописа, с времена на време, захтевају појашњење, па и ближе тумачење од стране надлежних органа, ради обезбеђења њихове уједначене и ефикасне примене. Међутим, та појашњења и ближе интерпретације поре-

¹ *Напомена:* Аутор овог прилога је, као судија Уставног суда, предлагала Суду да *ex officio* подвргне оцени уставности одредбе ст. 3 и 4 члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, што већина у Суду није прихватила. У припреми анализе о спорним уставноправним питањима, која је пратила поменути предлог за оцену уставности учествовала је и Наташа Гатарих, млађи саветник у Стручној служби Суда, на чему јој аутор овом приликом захваљује. Више о томе Д. Поповић, *Пореско право*, Београд, 2013, 154 и д.

ских закона, које ови органи дају последњих година најчешће у облику “мишљења” и “објашњења”, постали су толико бројни да се може основано претпоставити да ни сам орган који их издаје – министарство надлежно за послове финансија (даље: Министарство финансија), нити они којима су упућени, не знају поуздано број ових аката који су “обавезни у поступању Пореске управе”.² У правној литератури констатовано је да је Министарство финансија издало више стотина „ако не и хиљаде, мишљења, односно објашњења о примени одредаба пореских закона и подзаконских аката“, те да „готово да нема одредаба српских пореских прописа чије тумачење и примена нису били предмет додатног појашњавања од стране Министарства финансија.“³ И управо ови обавезујући акти Министарства финансија изазвали су бројна питања у вези са њиховом правном природом и дејством, односно питање колико су они својом формом, садржином и последицама које производе у области опорезивања у складу са уставним и законским одређењем надлежности органа државне управе, те колико је њихово постојање у суштини утицало на степен правне сигурности и извесности пореских обвезника у извршавању уставне обавезе плаћања пореза.

II

Законом о пореском поступку и пореској администрацији од 26. новембра 2002. године, Народна скупштина РС уредила је „поступак утврђивања, наплате и контроле јавних прихода... права и обавезе пореских обвезника, регистрацију пореских обвезника и пореска кривична дела и прекршаје...“⁴ Законом је образована Пореска управа, као орган управе (у саставу министарства надлежног за послове финансија), уређена њена надлежност, послови и организација⁵, те наведени акти

² То је делом последица не толико честог мењања пореских закона и других прописа, већ и врло честог издавања бројних мишљења и објашњења, те њихове замене, по правилу без икакве констатације о томе, односно њиховог изричитог стављања *ad acta*.

³ С. Костић, „Обавезност мишљења Министарства финансија Републике Србије и правна (не) сигурност“, Зборник *Правна сигурност у условим транзиције*, Правни факултет, Београд, 2014, 287.

⁴ Закон је објављен у „Службеном гласнику РС“, број 80/02, од 26. новембра 2002. године – ступио је на снагу 4. децембра 2002. године, а почео је да се примењује 1. јануара 2003. године.

⁵ Пореска управа је Законом о министарствима („Службени гласник РС“, бр. 44/14, ... и 96/15) и Законом пореском поступку и пореској администрацији опредељена као орган државне управе у саставу министарства надлежног за послове финансија. Према Закону о министарствима,

министра надлежног за послове финансија и директора Пореске управе који се доносе, односно дају „ради координације рада и јединствене примене пореских прописа“. Тако, према ставу 3 члана 167 текста Закона (из 2002) „директор Пореске управе обезбеђује координацију рада и јединствену примену пореских прописа на целокупној територији Републике“, која се остварује „актима министра (правилници, наредбе, упутства, обавезне инструкције)“ и „непосредним издавањем интерних аката за рад (упутства, наредбе, инструкције и др.)“⁶. Дакле, као акти које доноси министар финансија „ради координације рада и јединствене примене пореских прописа на целокупној територији Републике“ овом одредбом Закона таксативно су наведени: „правилници, наредбе, упутства и обавезне инструкције“, док листа „интерних акти за рад“ није законом затворена – законодавац поред изричитог навођења „упутства, наредбе, инструкције“ пружа могућност доношења и „других“ интерних аката за рад.

Након десет година од примене основног текста Закона, тј. 2013. године, допуњена је Глава три Закона, која је иначе посвећена „Станкама у пореском поступку“, и то одредбе члана 11, који носи назив „Пореска управа у пореском поступку“ (!!!), са два нова става у којима су утврђени акти које доноси министар финансија, односно лице које он овласти, овог пута „у циљу обезбеђења јединственог спровођења прописа из надлежности министарства надлежног за послове финансија“. Након тога члан 11 Закона у интегралном тексту гласи:

„Пореска управа у пореском поступку

Члан 11.

Пореска управа, у оквиру послова државне управе, води првостепени и другостепени порески поступак, јединствени регистар пореских

Пореска управа обавља стручне послове и послове државне управе који се односе на: регистрацију и вођење јединственог регистра пореских обвезника; утврђивање пореза; пореску контролу; редовну и принудну наплату пореза и споредних пореских давања; откривање пореских кривичних дела и њихових извршилаца; примену међународних уговора о избегавању двоструког опорезивања; јединствени порески информациони систем; пореско рачуноводство, као и друге послове одређене законом (члан 3 став 2).

⁶ Поред наведеног, у члану 167 Закона утврђено је да министар финансија уређује на предлог директора Пореске управе: 1) унутрашње уређење и систематизацију радних места у Пореској управи, којом се прописују посебна знања и способности за поједина радна места; 2) права и обавезе запослених у Пореској управи (у даљем тексту: порески службеници) из радног односа које се односе на: висину основног и додатног коефицијента, платне групе и платне разреде за звања пореских службеника...; 3) стручно образовање, оспособљавање и усавршавање пореских службеника; 4) правила понашања пореских службеника; 5) послови који су неспојиви са службеном дужношћу; 6) друга питања у складу са овим и другим законима.

обвезника и пореско рачуноводство..., открива пореска кривична дела и прекршаје и њихове извршиоце, надлежном прекршајном суду подноси захтеве за покретање прекршајног поступка за пореске прекршаје, ... издаје прекршајне налоге за ове прекршаје и обавља друге послове одређене овим законом.

Пореска управа самостално извршава послове из става 1 овог члана на целокупној територији Републике Србије (у даљем тексту: Република) и организује се тако да обезбеђује функционално јединство у спровођењу пореских прописа.

У циљу обезбеђења јединственог спровођења прописа из надлежности министарства надлежног за послове финансија акти (објашњења, мишљења, инструкције, упутства и сл.) о примени тих прописа које даје министар надлежан за послове финансија, односно лице које он овласти, обавезујући су за поступање Пореске управе.

Акти из става 3 овог члана објављују се на интернет странама министарства надлежног за послове финансија и Пореске управе.⁷

У образложењу Предлога закона о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији из 2013. године⁸ (део II „Разлози за доношење закона“) стоји да је један од циљева за доношење овог закона „утврђивање *правила* које ће ојачати јединствено спровођење прописа и допринети повећању правне сигурности у примени прописа из надлежности Министарства финансија и привреде, што се постиже установљавањем обавезности аката (упутстава, мишљења, објашњења и слично – инструкција се не наводи – прим. Б. Н.) у поступању Пореске управе, а које даје министар надлежан за послове финансија или лице које он овласти“. Такође, у делу III образложења („Објашњење основних правних института и појединачних решења“) наведено је да се поменути одредбама Закона „прописује обавезност примене мишљења, објашњења, инструкција и упутстава које даје министар надлежан за послове финансија (или од њега овлашћено лице) у поступању Пореске управе у пореском поступку“. И из наведеног образложења неспорно је да се овом одредбом Закона тежило решавању само „једног од

⁷ Вид. члан 4 Закона о изменама и допунама Закона о Пореском поступку и пореској администрацији („Службени гласник РС“, број 47/13), односно члан 11 интегралног текста Закона о пореском поступку и пореској администрацији („Службени гласник РС“, бр. 80/02,... и 15/2016).

⁸ Предлог закона о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији од 20. маја 2013. на: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/1997-13.pdf

многобројних проблема који су везани за однос Министарства финансија и Пореске управе“ у примени пореских прописа⁹. Но, питање је да ли је законодавац то учинио на начин сагласан Уставу и праву, и како је у свом науку успео. Опште је познато да је уношење ових одредаба учињено на брзину, недовољно промишљено и без вођења рачуна о постојању одредаба члана 167 истог закона и релевантних одредаба Закона о државној управи, које садрже изричита и јасна правила о врсти, правној природи и дејству прописа и других аката органа државне управе.

Наведене одредбе ст. 3 и 4 члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији одмах по свом доношењу изазвале су у правној струци озбиљну упитаност о њиховом правом значењу, за разлику од пореске јавности, односно боље рећи пореских обвезника, који су законско одређење обавезности објашњења и мишљења Министарства дочекала у суштини са „великим и општим одобравањем“. Но, пракса ће врло брзо показати да је то одушевљење било “крајње преурањено” и да је “додатно утицало и на онако значајан степен правне несигурности који у овом тренутку постоји у домену примене пореских прописа у нашој држави”.¹⁰ И најопштији увид у цитиране одредбе Закона намеће питање правне природе (карактера и својстава) и дејства аката под називом „објашњења, мишљења, инструкције, упутства и сл.“, односно њихове правне обавезности, коју је законодавац у ставу 3 члана 11 Закона изричито утврдио, прописујући да су ти акти „обавезујући за поступање Пореске управе“, а то значи и за поступање Управе у поступку доношења „пореских решења“ којима се утврђују појединачне пореске обавезе.¹¹ Одговор на ова, само наизглед „мала питања“, јесте од изузетне важности, како за пореске обвезнике, тако и за надлежне државне органе који одлучују о пореским обавезама, односно правима и правним интересима пореских обвезника и он се не може свести, како неки кажу: „на термилошкој недоследност законодавца“. Спорови о правној природи и дејству ових аката расправљани су и пред највишим судовима у

⁹ И ми делимо утисак, исказан више пута у правној литератури, да је законодавац „брзоплетим и исхитреним“ допунама члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији и увођењем „обавезујућих објашњења, мишљења, инструкција, упутстава и сличних акта“ покушао да реши функционалне проблеме и персонална спорења која су настајала у односима Министарства финансија и пореске администрације. Вид. опширније С. Костић, 285–298.

¹⁰ Исто, 297.

¹¹ Појам „поступање Пореске управе“, није једнозначан, али он свакако обухвата деловање Управе у смислу члана 4 Закона о пореском поступку и пореској администрацији и члана 5 Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“ број 33/97 ... и „Службени гласник РС“, број 30/10).

земљи, а не само пред Управним судом, који су ова мишљења „стављала на додатне муке“.¹² На крају, треба рећи да ове акте и сам Уставни суд „има у виду“ у поступку одлучивања по уставним жалбама поднетим на поједине пресуде, односно одлуке Министарства и Пореске управе.¹³ Дакле, питање правне природе, дејства и места ових аката у правном поретку Србије, на које се Пореска управа позива у поступцима које води (као да је у питању извор пореског права), те питање последица које овакви акти могу произвести, није само ствар академске расправе. Тим пре, ако се има у виду да се у пракси неки од поменутих аката (пре свих: мишљења и објашњења) веома често „дају“ од стране министра финансија или лица кога он овласти, те да се ови акти неретко користе и мимо циљева који су им законом намењени: често се њима у суштини не појашњава, већ мења законска одредба, или се пак установљавају нова правила којих у закону уопште нема.¹⁴

Због важности начела легалитета, односно правне сигурности и предвидљивости у остваривању пореске обавезе, подвлачимо још једном да се у разматрању наведених спорних питања изазваних уношењем и применом одредаба члана 11 ст. 3 и 4 Закона увек мора поћи од тога да је начело законитости основно, фундаментално начело (принцип) на коме почива функционисање Министарства финансија и Пореске управе, као органа државне управе, сагласно одредбама члана 136 став 1 Устава¹⁵ и члана 7 Закона о државној управи.¹⁶ Начело легалитета је вишеструко потврђено и наглашено самим Законом о пореском поступку и пореској администрацији. Најпре треба констатовати да је начело законитости у поступању Пореске управе и вођењу управног поступка за-

¹² Наиме, то се дешава у присуству, са једне стране, одредаба Устава и закона о судовима које су изричите да се „судске одлуке заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“ (члан 145 став 2 Устава), а са друге, противречних одредаба Закона о пореском поступку и пореској администрацији и Закона о државној управи о (не) обавезности мишљења која дају органи државне управе.

¹³ Вид. тако одлуке Уставног суда, односно његових великих већа, у предметима Уж-2006/2014, Уж-3009/2014 и Уж-2852/2011.

¹⁴ Конкретне примере таквих мишљења видети и код С. Костић, 289–297.

¹⁵ Чланом 136 став 1 Устава утврђено је да је „државна управа самостална, везана Уставом и законом...“.

¹⁶ У члану 7 Закона о државној управи („Службени гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, 95/10, 99/14) прописано је да су органи државне управе самостални у вршењу својих послова и да раде у оквиру и на основу Устава и закона, других прописа и општих аката. Наравно, чињеница да је Пореска управа орган управе у саставу, не доводи у питање законитост њеног рада, јер и у члану 32 Закона о државној управи стоји да „послове из свог делокруга орган у саставу врши самостално“, а да „министар усмерава рад органа у саставу и доноси прописе из његовог делокруга“.

узело почасно место у овом закону – као првонаведено од десет начела својствених поступању Пореске управе (члан 4). Место овог начела логична је последица општеприхваћеног становишта да је законитост рада управе темељни принцип остваривања правне државе уопште, а то значи и у домену вршења управне пореске власти. Конкретизујући даље ово начело, законодавац је потом изричито утврдио да Пореска управа: утврђивање пореза врши у складу са законом; пореску контролу врши у складу са законом и обавља друге послове у складу са законом (члан 160 став 1 тач. 2), 3) и 14)). И не само то, из Закона следи да и у случајевима када је Пореска управа овлашћена да делује на основу дискреционих овлашћења, она је и тада дужна да делује у складу са сврхом тих овлашћења и у оквиру закона (члан 4 став 2). Начело законитости рада и поступања Пореске управе, као органа државне управе, произлази потом и из низа других закона, а пре свега закона о општем управном поступку. Тако је чланом 5 став 1 Закона општем управном поступку (који се примењивао до 31. маја 2017) било утврђено да органи управе „који поступају у управним стварима решавају на основу закона и других прописа“, односно да су државни органи управе „дужни да поступају по овом закону када у управним стварима, непосредно примењујући прописе, решавају о правима и обавезама или правним интересима физичког лица, правног лица или друге странке, као и кад обављају друге послове утврђене овим законом“.¹⁷ Важећи Закон о општем управном поступку, који се примењује на поступање у свим управним стварима, па тако и у пореским¹⁸, изнова афирмише начело законитости (увезујући га сада и са начелом предвидљивости) и додаје да надлежни орган у управним стварима поступа не само на основу закона и других прописа, већ и на основу општих аката.¹⁹ Следом изнетог, неспорно је да се начело за-

¹⁷ Начело самосталности представља најизраженији део функционалне самосталности и овог органа управе, које следи и из уставног одређења државне управе (члан 136 Устава). У Закону о пореском поступку и пореској администрацији изричито стоји да „Пореска управа самостално извршава послове из своје надлежности на целокупној територији Републике Србије и организује се тако да обезбеђује функционално јединство у спровођењу пореских прописа“ (члан 11 став 2 Закона), док је одредбама члана 11 Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“ бр. 33/97 и 31/2001 и „Службени гласник РС“ бр. 30/2010) који се примењивао и на порески поступак, било прописано да управни орган „води поступак и доноси решење самостално, у оквиру овлашћења утврђеног законом, односно другим прописом“.

¹⁸ Нови Закон о општем управном поступку („Службени гласник РС“, број 18/16), који је почео да се примењује од 1. јуна 2017. године, пружа могућност да се поједина питања управног поступка „могу посебним законом регулисати, само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у складу са основним начелима одређеним овим законом и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом“. Вид. члан 3 Закона.

¹⁹ Вид. чл. 3 и 5 Закона о општем управном поступку (2016). Иначе, овај закон управну ствар

конитости деловања органа управе зајамчено одредбама Устава, а потом вишеструко потврђено у законима, односи и на Пореску управу када ова управа води првостепени и другостепени поступак и доноси пореска решења, која морају бити заснована на законима. Међутим, питање је да ли је законодавац наведено начело недвосмислено и јасно потврдио и исказао у одредбама ст. 3 и 4 члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, када је утврдио да су „објашњења, мишљења, инструкције, упутства и слични акти“ о примени прописа из надлежности Министарства финансија које даје министар, или лице које он овласти обавезујућа за поступање Пореске управе у одлучивању о пореским обавезама, односно о правима и правним интересима обвезника пореза.

III

У тражењу одговора на наведена питања, неопходно је најпре поћи од релевантних одредаба Устава и Закона о државној управи, којима су на системски, општи начин утврђене врсте и својства прописа и других аката које доносе органи државне управе у извршавању закона, а потом од одредаба става 3, члана 167 и ст. 3 и 4 члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, као посебног закона у области пореског систем, чије одредбе имају карактер одредаба *lex specialis* у односу на одредбе Закона о државној управи. У наведеним одредбама утврђени су акти које министар финансија, директор Пореске управе и друга лица која овласти министар “доносе”, “утврђују” и “дају” у области пореског система.

Устав изричито именује само поједине опште (правне) акте, и то оне најзначајније, односно најтипичније за поједине гране власти, као што су закон,²⁰ уредба,²¹ указ, одлука, статут, пословник и др. Све друге акте који се доносе од стране државних органа (и организација које врше јавна овлашћења) Устав не именује, већ их подводи под опште појмове: „општи акти“, „општи правни акти“, односно „подзаконски општи акти“. Наиме, увид у одредбе Устава показује да Устав не утврђује врсте аката

дефинише као „појединачну ситуацију у којој орган непосредно примењује законе, друге пропис и опште акте...“ (члан 2 став 1 Закона).

²⁰ Народна скупштина, према члану 99 став 1 тачка 7 Устава, поред закона доноси „и друге опште правне акте.“

²¹ Поред уредбе, према члану 123 став 1 тачка 3 Устава, Влада доноси „и друге опште правне акте ради извршавања закона“.

које „доносе“ („дају“, „издају“) министарства, односно органи државне управе. Речју, врсте, карактер и правно дејство „подзаконских прописа“, односно „општих (правних) аката“, које доносе органи државне управе, није *materia constitutionis*, већ је уређивање тих питања уставотворац препустио законодавцу, али уз одређене захтеве, односно налоге опредељујући тако (не)посредно и нормативну функцију државних органа управе. Тако је Уставом наложено да „сви ... други општи акти у Републици Србији морају бити у сагласности са Уставом“ (члан 194 став 3), а „сви подзаконски општи акти Републике Србије, општи акти организација којима су поверена јавна овлашћења... морају бити сагласни закону“ (члан 195 став 1). Поред тога, Устав изричито налаже и да се „закони и сви други општи правни акти, објављују пре ступања на снагу“ (члан 196 став 1), односно да се „...и подзаконски општи акти Републике Србије објављују у републичком службеном гласилу...“, те да закони и други општи акти ступају на снагу осмог дана од дана објављивања, а могу да ступе на снагу раније само ако за то постоје нарочито оправдани разлози, утврђени приликом њиховог доношења (члан 196 ст. 2 до 4). Контрола уставности и законитости подзаконских аката и других прописа у надлежности је Уставног суда. Уставни суд одлучује не само о уставности закона, већ (као ретко који савремени уставни суд) и о „сагласности свих других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима“, као и о „...сагласности других општих аката са законом...“ (члан 167 став 1. тач. 1 и 3).

Полазећи од наведених одредаба Устава, *Уставни суд* је више пута исказивао своја становишта о појединим питањима везаним за акте које „дају“ органи државне управе. У вези са опредељивањем правне природе аката чија форма *prima facie* не говори да ли се ради о општем правном акту или не, Уставни суд у суштини има добро установљену праксу, коју не спори ни наша правна теорија. Наиме, у више својих одлука Суд се руководи ставом да код опредељења правне природе оспорених аката не треба полазити само од назива, односно форме тих аката, већ у случају спора треба ући у анализу њихове садржине.²² Из јуриспруденције Суда, утемељене на Уставу као највишем праву, потом следи да надлежна министарства и државни органи управе немају генерално овлашћење за доношење подзаконских прописа за извршење закона, већ се ови акти могу доносити само када су за то државни органи

²² Вид. нпр. одлуке Суда у предметима: IУ-164/2005, IУ-412/2003, IУо-1177/2010 и IУо-577/2011.

управе изричито овлашћени актом за чије се извршење доносе; да акти органа државне управе имају искључиво спроведбени карактер и њима се не могу „установљавати“ права и обавезе субјектима која нису већ установљена законом, нити се њима „могу мењати правне ситуације које је установио закон“, те да се „интерним актима органа управе не могу ближе разрађивати одредбе закона и других прописа за чије извршење се доносе, већ само подзаконским прописима“.²³

И у правној теорији су исказана становишта по којима органи управе могу доносити прописе, и то: правилнике, наредбе и (управна) упутства, те да њихов значај „иде редом по ком су наведени“ (Р. Лукић). У литератури се даље констатује да органи управе, поред доношења поменутих прописа, могу „издавати инструкције или стручна упутства и давати објашњења, која немају својство обавезности.“²⁴ На наведеним становиштима грађена је у основи и наша уставносудска јуриспруденција и заснована решења у системским законима о државној управи и управном поступку, а што ће се презентовати у тексту који следи.

Законом о државној управи законодавац је, с ослонцем на уставне одредбе (као и на становишта исказана у нашој управноправној теорији), утврдио врсте општих правних аката (подзаконских прописа) које доносе министарства и посебне организације и определио њихова основна својства (карактеристике). Тако у члану 15 овог закона стоји да министарства (и посебне организације) доносе *три врсте прописа: правилнике, наредбе и упутства*. Определујући изричито предмет уређивања ових аката, законодавац је утврдио да се: *правилником* разрађују поједине одредбе закона или прописа Владе; *наредбом* наређује или забрањује неко понашање у једној ситуацији која има општи значај, а *упутством* одређује начин на који органи државне управе и имаоци јавних овлашћења извршавају поједине одредбе закона или другог прописа. Треба указати и на то да у члану 15 Закона стоји обавеза да се наведени прописи објављују у „Службеном гласнику РС“. Надаље, органи државне управе су Законом овлашћени да у вршењу надзора над радом *издају инструкције* (члан 47 став 1 тачка 3); да се инструкцијом усмерава организација послова и начин рада запослених у органу државне управе и имаоцу јавних овлашћења у вршењу послова државне управе (члан

²³ Упор. *Ставови Уставног суда*, Уставни суд, Београд, 2015, 42. и д.

²⁴ Вид. Н. Стјепановић, *Управно право СФРЈ*, Књига I, Београд, 1964, 46 и 47. Упор. Крбек, *Управно право ФНРЈ*, Београд, 1955, 125; П. Димитријевић и Р. Марковићем, *Управно право*, Београд, 1986, 303; З. Томић, *Опште управно право*, Београд, 2009, 114–115, 186. и д.; и Б. Милосављевић, *Управно право*, Београд, 2008, 232–234.

48 став 1); да се инструкцијом не може одређивати начин поступања и решавања у управној ствари (члан 48 став 2). И на крају, Законом је утврђено и да су на тражење физичких и правних лица, органи државне управе дужни да дају *мишљење* о примени одредаба закона и других општих аката, у року од 30 дана (члан 80 став 1), те да мишљења органа државне управе *нису обавезујућа* (члан 80 став 2).

Дакле, поменуте одредбе Закона о државној управи представљају *sedes materie* у овој области, тј. одредбе којима се опредељују врсте аката које доносе органи државне управе без изузетка, а то значи и Министарство финансија и органи (организације) у његовом саставу. Отуда, у посебним законима, какав је и Закон о пореском поступку и пореској администрацији, када се наводе подзаконски прописи и други акти које доносе органи државне управе, Закон о државној управи мора бити „закон вертикала“, о чијим решењима се има водити рачуна. Наравно, поједина питања остваривања нормативне функције надлежних пореских органа могу се посебним законом – законом *lex specialis*, уредити посебно, ако је то неопходно због специфичности материје опорезивања, али и та решења морају бити у сагласности са основним решењима утврђеним у системском закону о државној управи.

Међутим, као што је већ претходно наведено, Закон о пореском поступку и пореској администрацији у члану 11 став 3 прописује да „у циљу обезбеђења јединственог спровођења прописа из надлежности министарства надлежног за послове финансија, акти (објашњења, мишљења, инструкције, упутства и сл.) о примени тих прописа које даје министар надлежан за послове финансија, односно лице које он овласти, обавезујући су за поступање Пореске управе.“ Даље, у члану 167 у ставу 3 прописано је да „директор Пореске управе обезбеђује координацију рада и јединствену примену пореских прописа на целокупној територији Републике, која се остварује *актима министра (правилници, наредбе, упутства, обавезне инструкције) и непосредним издавањем интерних аката за рад (упутства, наредбе, инструкције и др.)*. Из наведених одредаба може се уочити да исти Закон као „акте министра, односно лица које он овласти о примени прописа у циљу обезбеђења јединственог спровођења прописа“ (члан 11 став 3) и „акте министра којима се обезбеђује координација рада и јединствена примена прописа“ (члан 167 став 3) наводи прво: *објашњења, мишљења, инструкције, упутства и сл., а затим правилнике, наредбе, упутства, обавезне инструкције*. Додатно, трећу групу аката који се доносе са истим циљем чине интерни

акти за рад које непосредно издаје министар према одредби члана 167 став 3: *упутства, наредбе, инструкције и др.* При томе, ни акте наведене у члану 11 став 3 Закона законодавац не назива „прописима“ (мада се међу њима налазе и упутства, која Закон о државној управи изричито опредељује као пропис), ни „интерним актима за рад“, као што то чини у члану 167 став 3 Закона за неке од наведених аката (нпр. инструкције), нити „општим правним актима“, тј. „општим актима“. Треба нагласити и то да неке од аката наведених у члану 11 став 3 Закона, овај закон уопште није познавао (мишљења и објашњења) све до 2013. године, када су одредбе ст. 3 и 4 члана 11 унете у основни текст Закона из 2002. године. Ти акти, под називом „мишљења“ и „објашњења“, проглашавају се обавезним, док се у Закону о државној управи изричито каже да мишљења о примени одредаба закона и других општих аката које органи државне управе дају на тражење физичких или правних лица нису обавезујућа (члан 80), а акт под називом „објашњења“ Закон о државној управи уопште не познаје. Дакле, мишљење које министар даје обавезује орган да по њему поступа, а уколико то исто мишљење орган даје по захтеву физичког или правног лица – оно није обавезујуће. Надаље, акти наведени у члану 11 став 3 Закона које „даје министар, или лице које он овласти“ *ex lege* су „обавезујући за поступање Пореске управе“, док таквог изричитог одређења нема када су у питању акти наведени у члану 167 овог истог закона. Разлика између аката наведених у поменутом два члана Закона огледа се и у њиховим циљевима: акти из члана 11 став 3 Закона дају се „у циљу обезбеђивања јединственог спровођења прописа из надлежности министарства надлежног за послове финансија“,²⁵ а акти министра наведени у члану 167 став 3 тог истог закона доносе се ради „координације рада и јединствене примене пореских прописа на целокупној територији Републике“.²⁶ И на крају, акти наведени у ставу 3 члана 11 Закона се објављују на интернет страницама Министарства и Пореске управе, а не у „Службеном гласнику РС“.

Све изнето показује да се под истим називом у самом Закону о пореском поступку и пореској администрацији појављују акти различите форме, садржине и дејства. Отуда акти које „доноси“, односно „издаје“ („даје“) министар финансија, тако како су опредељени у новододатом

²⁵ Посебно је питање шта у ствари значи синтагма „обезбеђења јединственог спровођења прописа из надлежности министарства надлежног за послове финансија“ – који су то прописи: само они које доноси ово министарство или закони и други прописи које доноси Скупштина и Влада, а за чије спровођење је надлежно Министарство финансија.

²⁶ Упор. Д. Поповић, *Пореско право*, Београд, 2011, 151.

ставу 3 члана 11 Закона, изазивају упитаност због свог назива, садржине, начина објављивања, а посебно свог дејства обавезности у поступању Пореске управе. *Prima facie* се може констатовати да акти под називом „упутства“, „инструкције“, „мишљења“, „објашњења“ и „слични акти“ из члана 11 став 3 Закона, тако како су опредељени у поменутој одредби Закона нису довољно одређени, нити издиференцирани, како у односу на акте које „даје“ министар финансија у области пореског система, а који су наведени у одредбама става 3 члана 167 Закона, тако ни у односу на акте под истим називима које доносе сви други органи државне управе сагласно одредбама чл. 15, 47, 48 и 80 Закона о државној управи, па и само Министарство финансија у свим другим областима из његове надлежности.

Следом наведеног, у вези са актима под називом „објашњења, мишљења, инструкције, упутства и слични акти“ из члана 11 став 3 Закона отворила су се бројна спорна питања: да ли и ове акте министар може доносити само када је другим законом или другим прописом изричито овлашћен, тј. када је такво овлашћење изричито садржано у законима и другим прописима чије извршење спада у надлежност министарства финансија, или се сматра да ова одредба на општи, генерални начин овлашћује министра финансија да увек када оцени да је то неопходно „ради обезбеђивања јединственог спровођења било ког прописа из његове надлежности“ може он (али и лице које овласти) „дати“ један од наведених аката, који ће бити обавезујући за поступање Пореске управе; да ли се ови акти „издају“ на захтев поступајућих пореских службеника или се издају на захтев пореских адресата и других заинтересованих лица у роковима и под условима прописаним у члану 80 Закона о државној управи или их пак Министарство даје и *ex officio*, односно у поводу решавања конкретног случаја, односно спора пред овим органом; да ли ове акте може да „даје“ једино министар финансија или лице која он овласти, а не и други министри који такође у саставу министарства којим руководе имају и органе управе, па ни сам министар финансија у односу на друге органе и организације у свом саставу; где је садржано овлашћење министра да може на било које друго лице пренети овлашћење за доношење аката за примену (спровођење) прописа из надлежности министарства, а посебно аката који обавезују „орган у саставу“; да ли се наведени акти припремају и „дају“ по процедури за доношење подзаконских прописа и других општих аката или не; којим је то законом опредељен предмет, односно садржина ових аката и за-

што се ови акти доносе са другим циљем у односу на циљеве због којих се доносе акти наведени у члану 167 истог закона и у члану 15 Закона о државној управи; да ли порески обвезници могу водити спорове против аката Пореске управе ако Управа у поступку њиховог доношења не би поступала у складу са мишљењем Министарства; да ли ови акти ступају на снагу или не, с обзиром на то да се они не објављују у „Службеном гласнику РС“, и како стичу законом прописану обавезност, тј. од ког момента они постају „обавезни“ за поступање Пореске управе (моментом издавања, након објављивања на интернет сајту Министарства или на сајту оба, или само једног од ова два органа управе).²⁷ Не спорећи корисност и распрострањеност објављивања акта државних органа и на наведени начин, ипак се поставља питање да ли је такав начин објављивања аката за које је законодавац утврдио да су „обавезни у поступању Пореске управе“ у складу са чланом 196 Устава,²⁸ одредбама члана 15 став 1 Закона о државној управи и члана 7 Закона о објављивању закона и других прописа и аката.²⁹ Укратко, из свега наведеног следи питање да ли акти министра чија правна природа и садржина законом није опредељена, и који се не објављују на Уставом предвиђен начин, могу имати својство обавезности, тј. могу бити „обавезни у поступању Пореске управе“, како то стоји у ст. 3 и 4 члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији. Другим речима, основно је питање да ли су акти наведени у одредби става 3 члана 11 Закона, по својој природи подзаконски прописи, мимо оних „аката“ које даје министар финансија („правилници, наредбе, упутства, обавезне инструкције“) и који су наведени у одредбама члана 167 став 3 Закона, или су општи правни акти, или пак додатни „интерни акти за рад“, тј. акти интерне (управне) регулативе (поврх оних који су такође наведени у истој одредби члана 167

²⁷ Питање је и да ли ови акти морају бити истовремено објављени, тј. истог момента на интернет странама оба органа и шта бива ако се акт објави само на интернет страници једног органа (нпр. Министарства, а не и Пореске управе) или у различито време.

²⁸ Уставни је услов за ступање на снагу општих правних акта, а тиме и за отпочињање њихове важности, односно обавезности, према одредби члана 196 Устава, садржан у одређењу да се, не само закони, већ и „други општи правни акти“ – „подзаконски општи акти“ објављују пре ступања на снагу, у републичком службеном гласилу, те да по правилу ступају на снагу осмог дана од дана објављивања.

²⁹ Наведена, уставна обавеза потврђена је додатно и у Закону о објављивању закона и других прописа и аката. Вид. члан 7 Закона о објављивању закона и других прописа и аката („Службени гласник РС“, број 45/13). Тако је и овим законом утврђено да се „у Службеном гласнику обавезно објављују ‘акти министарства и посебних организација’, односно да се у ‘Службеном гласнику објављују прописи које доносе министарства и посебне организације (правилници, наредбе и упутства)’ и други акти министарства и посебних организација за које је то одређено посебним законом“.

Закона а које може „непосредно“ да даје и директор Пореске управе), или су то овим законом, по својој природи, унапред неодређени акти, од којих неки могу бити општи акти – прописи (попут упутства), али и интерни акти за рад (нпр. инструкције) и који би се једино доносили “ради обезбеђивања јединствене примене прописа” (значи свих прописа, а не само закона – прим. Б. Н.) из надлежности Министарства финансија (а не само из надлежности Пореске управе – прим. Б. Н.) и који су *ex lege* (по овом закону), обавезни (само) за Пореску управу у њеном поступању (не и за друге органе у саставу – којих иначе у Министарству финансија данас има седам: Пореска управа, Управа царина, Управа за трезор, Управа за дуван, Управа за спречавање прања новца, Управа за јавни дуг, Управа за слободне зоне).

Из досадашњег поступања Уставног суда у вези са захтевима за оцену уставности одредба члана 11 ст. 3 и 4 Закона може се закључити да је у Суду преовладало становиште да се не ради о неуставности ових законских одредаба, већ „само о терминолошкој разлици“ присутној у поменутиим одредбама закона, да су акти утврђени у одредбама става 3 члана 11 Закона у суштини интерни акти³⁰, те да су они, само примера ради, наведени у Закону (стога у овом члану и стоји „сл.“). Нама се наведена оцена Суда чинила упитном, јер је очигледно да се акти из члана 11 ст. 3 и 4 Закона који су *ex lege* обавезни за поступање Пореске управе, под називом „упутства“, „објашњења“, „мишљења“, „инструкције“ и „слични акти“ које „даје“ министар финансија, односно лице које он овласти, по својим својствима разликују од аката под истим називом наведеним у одредбама става 3 члана 167 истог закона,³¹ с једне стране, а с друге, у односу на акте под истим називом опредељене одредбама чл. 15, 47, 48 и 80 Закона о државној управи.

IV

Ради разјашњења постављених питања везаних, пре свега, за правну природу обавезних мишљења и објашњења Министарства финансија

³⁰ Вид. Закључак II Малог већа Суда у предмету IУз -262/2013 о одбацивању иницијативе Савеза рачуновођа и ревизора Србије за покретање поступка за оцењивање уставности члана 11 ст. 3 и 4 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, од 17. јула 2013. године.

³¹ Овом приликом само указујемо на то да су и у одредби става 3 члана 167 Закона поједини „интерни акти за рад“ означени истим називом као и тзв. екстерни општи акти, те и ово питање захтева посебно сагледавање.

(која се најчешће дају од стране овлашћених лица у Министарству), подсећамо и овом приликом да је нормативна функција органа државне управе у уставноправном поретку савремене Србије вишеструко ограничена и особена, те системским Законом о државној управи увелико опредељена, почев од врсте аката, њихових својстава, предмета уређивања, дејства и сл. Следећи наведено, указаћемо на одређене особености аката наведених у одредби става 3 члана 11 Закона.

Међу актима наведеним у члану 11 став 3 Закона стоји „упутство“ (и то као четврти акт по редоследу) – акт који познаје и члан 15 Закона о државној управи. Стога и питање да ли је ово „упутство“ које има својство обавезности у поступању Пореске управе, исти онај акт који је чланом 15 Закона о државној управи опредељен као подзаконски пропис министарства, који се доноси ради извршења закона (прописа) – на основу изричитог законског овлашћења и којим се „одређује начин на који органи државне управе и имаоци јавних овлашћења извршавају поједине одредбе закона или другог прописа“, те који се сагласно закону обавезно објављују у „Службеном гласнику РС“, или се пак под упутством из члана 11 став 3 Закона има подразумевати „општи акт“ или „интерни акт за рад“ Пореске управе – тако како је речено у члану 167 став 3 Закона (али који према овој одредби може донети – издати, не само министар, већ и директор Пореске управе непосредно).

Подсетићемо и на становишта изнета у нашој правној теорији о природи аката под називом „упутство“. Н. Стјепановић каже да се упутством „ради извршења прописа утврђују правила за поступање и пословање органа управе или за вршење управних послова“.³² Када су у питању упутства (и инструкције), по становишту З. Томића, „квалификат“ непосредног извора управног права заслужују једино правно обавезна, екстерна упутства (и инструкције). Заправо, она упутства која се тичу усмеравања управног рада приликом извршавања прописа и општих аката.³³ Б. Милосављевић наводи да је упутство „превасходно техничког карактера и тиче се начина рада и обављања послова управе приликом извршавања закона. Када има екстерна дејства од интереса је за управно право јер се тиче извршавања закона, а тиме и начина остваривања права и обавеза грађана и правних лица. Има и упутстава која су чисто интерног карактера“.³⁴

³² Вид. Н. Стјепановић, 1964, 46.

³³ Вид. З. Томић, 2009, 115.

³⁴ Б. Милосављевић, 2008, 134.

Уставни суд је у својој досадашњој пракси, по правилу, полазио од тога да су упутства која доносе (дају) министарства (односно министри) или други државни органи и организације, подзаконски прописи донети у извршавању закона, односно да су то општи правни акти који подлежу уставносудској контроли. Овај суд и данас стоји на становишту да акти министра под називом „упутство“, донети за извршавање (примену) закона – по својој форми и садржини имају карактер општих правних аката сагласно члану 15 Закона о државној управи, а тиме и аката за чију оцену уставности и законитости је надлежан Уставни суд, на основу члана 167 Устава.³⁵ У нашој уставносудској јуриспруденцији бројне су уставносудске одлуке донете у случајевима када су пред Уставним судом оспоравана упутства донета у извршавању (спровођењу и примени) појединих закона утемељене на наведеном становишту.³⁶

Следом реченог, поменуто решење члана 11 Закона дакле тражи одговор и на питање: да ли има разумног оправдања да један акт као што је „упутство“, под истим називом доноси министар (како стоји у члану 15 Закона о државној управи) као пропис (општи правни акт) када је за то законом овлашћен, потом као акт који „даје“ министар сагласно члану 167 Закона, те интерни акт за рад који непосредно „издаје“ директор Пореске управе (без да га за то овлашћује министар) и, на крају, упутство као акт који „даје“ министар финансија или лице које он овласти (по основу члана 11 став 3 Закона). Одговор је, по нама, више него јасан.

³⁵ Вид. нпр. одлуке Суда у предмету *УО–124/2007* од 17. марта 2010. године, у коме је Суд оцењивао уставност и законитост Упутства о методологији утврђивања трошкова школовања и цена за обрачун тих трошкова и поступку наплате укупних трошкова школовања („Службени војни лист“, број 17/02 и 29/04). Уставни суд ценио је уставност и законитост аката под називом „упутство“, а које су доносили не само органи државне управе, већ и други државни органи и организације, као што су упутства: Народне банке (вид. нпр. предмет *УО–208/2003* од 14. октобра 2004 – Упутство о начину привременог обављања одређених послова платног промета на територији СРЈ и предмет *УО 446/2003* од 23. децембра 2004 – Упутство о спровођењу Одлуке о начину принудне наплате са рачуна клијената); Републичке изборне комисије (вид. нпр. предмет *УО–69/2008* од 4. априла 2012. године – Упутство за спровођење локалних избора расписаних за 11. мај 2008. године на територији АП Косово и Метохија; Савета Републичке радиодифузне агенције (вид. нпр. предмет *УУ–108/2007* од 12. јуна 2008. године – Обавезујуће упутство Савета број 880/07 од 24. септембра 2004. године („Службени гласник РС“, број 90/07) и предмет *УО–8/2008* од 11. јула 2014. године – Опште обавезујуће упутство о понашању емитера (Кодекса понашања емитера) – „Службени гласник РС“ број 63/07), и др.

³⁶ Једини изузетак од наведеног представља Закључак Суда донет у предмету *УО–157/2006* од 17. фебруара 2011. године. Закључком је одбачена иницијатива за оцену неуставности и незаконитости Упутства о поступку за остваривање права запослених у Министарству одбране и војсци Србије и Црне Горе да стамбено питање решавају учешћем личним средствима („Службени војни лист“, број 7/05). У овом случају Суд је, по нашем мишљењу, занемарио не само форму конкретног упутства (да је упутство донео министар у извршавању закона, да је то упутство објављено у службеном гласилу и да је ступило на снагу), већ и његову садржину.

Слична питања могу се поставити и у вези са правном природом аката под називом „инструкција“. Наиме, из става 3 члана 11 Закона проилази да је то акт који „даје министар надлежан за послове финансија, односно лице које он овласти“ и да су „обавезне у поступању Пореске управе“. Међутим, инструкције као акти помињу се на још два места у овом закону, и то у члану 167 Закона: најпре као „обавезне инструкције“, односно „акт министра“, а потом као „интерни акт за рад“, који „непосредно“ даје директор Пореске управе. Подсећамо да Закон о државној управи акт под називом „инструкција“ најпре помиње у одредбама члана 47 Закона према којима је „орган државне управе овлашћен да у вршењу надзора над радом издаје инструкције“ (члан 47 став 1 тачка 3); а потом у члану 48 Закона изричито утврђује да се инструкцијом „усмерава организација послова и начин рада запослених у органу државне управе и имаоцу јавних овлашћења у вршењу послова државне управе“, те да се овом „инструкцијом не може одређивати начин поступања и решавања у управној ствари“.

Иначе, у нашој правној литератури стоји записано да инструкција или стручно упутство садржи правила за стручно организовање службе и стручни рад службеника или правила о начину извршења појединих управних послова. Слажући се са наведеним, Н. Стјепановић каже и да се законом може одредити да су инструкције издате у одређеним пословима (значи не уопште, генерално – прим. Б. Н.) обавезне за орган коме су издате, иначе нису обавезне.³⁷ З. Томић, као што је већ наведено, указује на разлику између „правно обавезујуће инструкције“ и „интерне управне инструкције“, и каже да интерну управну инструкцију – било да је она хијерархијски обавезна или само стручно – упућујућа (саветодавна) – увршћујемо, насупротив, у посредне изворе управног права (у општа интерна управна правила).³⁸

Поводом одређивања правне природе акта министра под називом „инструкција министарства“, Уставни суд је изнео став да по својој форми и садржини инструкције не представљају опште акте из члана 167 Устава, већ представљају „инструктивно – препоручујући акт ради лакше примене закона у пракси“ ... „и једнообразног понашања субјеката на које се оспорени акт односи.“³⁹ Надаље, по оцени Суда, инструкцијом се

³⁷ Н. Стјепановић, 46-47.

³⁸ З. Томић, *исто*.

³⁹ Вид. тако Закључак Уставног суда, број IУо–275/2009 од 19. новембра 2009. године – Инструкција Министарства здравља о примени Закона о здравственом осигурању број 011-00-77/2007-03 од 19. јула 2007. године.

„не уређују права и обавезе“, већ „појашњава примена одређених одредаба закона ради јединственог и једнообразног поступања надлежних установа“, односно дају „упутства (инструкције) у погледу организације и спровођења закона“.⁴⁰ Врховни суд Србије отишао је и корак даље, те је децидирано исказао правно становиште „да инструкција органима управе о спровођењу закона не представља материјалноправни пропис на који се може позивати приликом одлучивања у управној ствари“, нити инструкција „има обавезујућу правну снагу за органе који по оваквим захтевима одлучују“. Поред наведеног, овај суд је и изричитог становишта „да се надлежан порески орган не може позивати на обавезујуће акте Министарства финансија приликом доношења конкретног пореског акта, нити инструкција има обавезујућу правну основу за надлежни орган.“⁴¹

Због изузетно великог броја „датих“ аката под називом „мишљење“, односно њихове својеврсне пролиферације у пракси,⁴² те неретког позивања Пореске управе на ове акте као „одлучне изворе пореског права“, изузетно важно постаје тражење одговора на питање карактера и својстава „мишљења“ као акта наведеног у члану 11 став 3 Закона (и њима „сличних аката“), те њихове (правне) обавезности у поступању Пореске управе. Најпре ћемо констатовати да члан 167 Закона не познаје акт под називом „мишљење“, док према члану 80 Закона о државној управи, мишљење не спада ни у групу „аката“ које доносе органи управе у извршавању закона, али ни у „опште интерне акте за рад“. Већ је констатовано да се у члану 80 Закона о државној управи, који је систематизован у одељку под називом „Однос грађана и органа државне управе“, утврђује дужност органа државне управе да „на тражење физичких и правних лица, дају мишљење о примени одредаба закона и других општих аката, у року од 30 дана“, и изричито прописује да „мишљења органа државне управе нису обавезујућа.“ Дакле, питање је може ли у правном поретку акт једног истог доносиоца (надлежног министра) и под истим називом, бити опредељен са различитим својствима и дејствима, и има ли за такво поступање законодавца разумног оправдања са становишта обезбеђења предвидљивости и правне сигурности, односно јединства правног поретка и хармоније аката у било којој области права, па тиме и у области опорезивања као његовог важног дела.

⁴⁰ Вид. тако Закључак Уставног суда, број IУ-177/2008 од 10. децембра 2009. године – Инструкција Министарства рада о допунском раду здравствених радника број 011-00-112/2008-03 од 10. октобра 2008. године.

⁴¹ Вид. пресуду Врховног суда Србије У 2721/2008(1) од 11. марта 2009. године у ком је овај суд исказао своје становиште у вези са инструкцијама о спровођењу Закона о финансијској подршци породици са децом.

⁴² Вид. ФН под редним бројем 3.

На проблеме које ови акти изазивају у пракси указује се и у нашој правној литератури и управној и судској пракси, али и у поднесцима упућеним Уставном суду за оцену уставности одредаба члана 11 ст. 3 и 4 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, као и у уставним жалбама изјављеним на пореска решења, односно друге акте Пореске управе, Министарства финансија, па и на пресуде Управног суда донете у области пореског система. Тако у пореско-правној литератури стоји записано да се увидом у мишљења Министарства може доћи до закључка да је „њихов издавалац у њима пронашао средство за постизање одређених циљева којима она свакако нису намењена и тиме додатно утицао на повећање степена правне несигурности“. Изриче се и врло оштра тврдња да је „Министарство финансија... злоупотребило своја мишљења како би утицало не на тумачење пореских закона, већ на њихову измену и допуну, што је недвосмислено у искључивој надлежности законодавне власти“.⁴³ Надаље, стоји и оцена да се поред случајева да су мишљењима вршене измене законских решења, односно да се путем њих уводе обавезе које законом нису прописане, правну несигурност у погледу тумачења пореских прописа увећава и склоност Министарства да једну исту норму временом различито тумачи, на два потпуно различита начина, „при чему се не стара да се нејасна норма измени или допуни“.⁴⁴ Уочљива су и мишљења Министарства којима се мења устаљена пракса Пореске управе, па и она која не следе добру праксу судова.

Илустративни су и наводи дати у иницијативи Савеза рачуновођа и ревизора Србије упућеној Уставном суду, у којој је, поред осталог, наведено да су оспорене одредбе ст. 3 и 4 члана 11 Закона несагласне Уставу и да су унеле видну правну несигурност у област опорезивања. Иницијатор најпре тврди да се ови “обавезујући акти” (објашњења,

⁴³ С. Костић, 289. Да би оправдао овај став, аутор наводи неколико примера. Упечатљив је случај у коме Министарство издаје Мишљење бр 414-00-118/2006-04 од 18. јула 2006, које је „у потпуној супротности са изричитом законском нормом при чему се на ту исту норму уопште и не осврће, односно понаша се као да она и не постоји“. Међутим, како је Пореска управа доследно примењивала „тумачење у наведеном мишљењу... па ће Врховни суд Србије бити приморан да је у својим пресудама подсећа на постојање *заборављене* одредбе Закона о порезу на доходак грађана“ (290–291). Такође, Министарство је 12. маја 2011. издало Мишљење бр 413-00-304/2010-04 путем кога је увело „нов предмет опорезивања“ који законом уопште није предвиђен, при чему је оно што је исказано у мишљењу унето у Закон тек 2012. године“.

⁴⁴ Вид. нпр. став у Мишљењу бр 430-07-155/2005-04 од 7. априла 2005. године Министарство је потпуно променило већ 23. маја 2005. у Мишљењу бр. 430-07-00224/2005-04, што је у овом мишљењу наведено, тј. назначено да је њиме „заменењено“ раније дато мишљење. Иначе, ово је једно од ретких мишљења у коме Министарство упућује на чињеницу промене става исказаног у мишљењима и објашњењима, јер таквих упозорења, по правилу, нема. Вид. С. Костић, 291–295.

мишљења, инструкције, упутства и сл.), противно Уставу, не објављују у службеном гласилу, нити је прописано када ступају на снагу. Надаље, по мишљењу иницијатора, спорним одредбама се “одговарајућем министарству дају надлежности законодавног органа”, а “мишљења које ово министарство даје су често мање јасна од самог прописа” или се њима “суштински мења право значење и домаћај појединих законских одредаба”. Такође, истиче се да су многа мишљења и међусобно контрадикторна и “да се наплаћују по изузетно високим тарифама”, те да има и случајева злоупотреба, односно да ове одредбе поспешују могућност злоупотребе од стране државних чиновника (широј јавности познатије као “трговина мишљењима”) и др.⁴⁵

Оглашавајући се ненадлежним за оцену уставности и законитости мишљења (и то управо мишљења министарства финансија), Уставни суд је с позивом на одредбе члана 15 и 80 Закона о државној управи, у предмету број IУ-293/2004, заузео став да „мишљење министарства финансија“, као органа државне управе, не представља „пропис или општи правни акт“.⁴⁶ Слично становиште је на општи начин Уставни суд изразио и поводом поднете иницијативе, а потом и предлога уставног судије (аутора овог текста) за оцену уставности одредаба ст. 3 и 4 члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, не доводећи у питање ни једном речју уставност, па ни “квалитет” ових законских одредаба. Наиме, Суд се у суштини и није бавио анализом садржине наведених одредаба Закона и њиховим односом са одредбама Устава и других закона, нити је пружио одговоре на наводе из иницијативе и предлога, занемарујући чак и то да је овим одредбама мишљење и објашњење министра финансија, односно лица које он овласти учињено обавезним у поступању Пореске управе, уз истовремено постојање јасне одредбе системског закона о државној управи о необавезности мишљења органа државне управе и уставног налога о службеном објављивању обавезујућих аката државних органа. Изгледа да је Врховни касациони суд ипак опрезнији, јер и даље стоји на становишту по коме се „...порески орган не може позивати на обавезујуће акте Министарства финансија (нпр. мишљења) приликом доношења конкретног пореског акта“.⁴⁷

Када су питању „објашњења“, ваља констатовати да наше савремено законодавство (изузев наведеног случаја) нема на уму било какав

⁴⁵ Вид. иницијативу Савеза рачуновођа и ревизора Србије од 17. јула 2013. године поводом које је у Уставном суду формиран предмет IУз-262/2013.

⁴⁶ Закључак Уставног суда, број IУ-293/2004 од 29. јуна 2006. године – Мишљење Министарства финансија број 011-00-00363/2005-8 о одредбама Закона о финансирању политичких странака.

⁴⁷ Вид. пресуду Врховног суда Србије У-2721/2008.

општи правни акт, односно обавезујући акт под овим називом. Стога и оправдана упитаност да ли се Законом о пореском поступку и пореској администрацији, актима под називом „објашњења“ које „даје“ министар финансија, или лице које он овласти, може генерално утврдити обавезујући карактер. И наша теорија је јединствена у становишту да објашњења нису општи акти, тј. да „нису обавезна“.⁴⁸

И на крају, треба додати и то да листа аката из члана 11 став 3 Закона који су обавезујући у поступању Пореске управе није утврђена *numerus clausus*, већ је законодавац након навођења „објашњења, мишљења, инструкција, упутстава“ употребио и реч „и сл.“.⁴⁹ У Уставном суду је провејавало мишљење да су поменути акти само примера ради наведени у члану 11 став 3 Закона. Следом изнетог могло би се закључити да министар финансија, односно лице које он овласти, на темељу поменуте одредбе Закона, може „дати“ и акте који овим законом нису ни поменути, а који ће бити подупрти не само ауторитетом свог даваоца – Министарства финансија, већ и изричитом законском нормом о њиховој обавезности у поступању Пореске управе. Чињеница је да се у законодавној пракси, као акти министра, односно руководиоца органа управе, срећу и акти под другим називима (директиве,⁵⁰ закључци, препоруке), али се при томе не сме превидети да су и ти акти изричито опредељени Законом о државној управи или посебним законима (нпр. Законом о Влади), и по форми и по садржини.

Након свега наведеног, озбиљно се питамо који је то уставноправни разлог због кога се у циљу „обезбеђења јединственог спровођења прописа“ како то стоји у члану 13 Закона, не доносе подзаконски прописи и други акти, у форми, по процедури и са садржином одређеном За-

⁴⁸ Вид. тако и Н. Стјепановић, по коме се „објашњењем даје мишљење које се односи на примену одређених прописа и оно није обавезно“. Н. Стјепановић, 47

⁴⁹ И у члану 167 став 3 Закона, када се наводе „интерни акти за рад“, такође стоји речица „др.“, што би значило да се и по основу ове одредбе могу очекивати и други, овим законом непоменути акти.

⁵⁰ Примера ради, тако је у члану 44 Закона о државној управи утврђено да „руководилац органа државне управе може да издаје директиве којима одређује начин рада, поступања и понашања запослених у органу државне управе“, с тим да се „директивом не може одређивати начин поступања и решавања у управној ствари“. С позивом на наведену одредбу Закона, директор Пореске управе издао је Директиву о пословима који су неспојиви са службеном дужношћу запослених и постављених лица у Пореској управи, број: 110-47/2005-05 од 27. децембра 2005. године. Међутим, ову директиву је касирао Уставни суд, нашавши да директор Пореске управе није имао законско овлашћење за доношење оспореног акта, јер је уређивање ових питања према одредби члана 167 став 4 тачка 5 Закона о пореском поступку и пореској администрацији изричито дато министру. Вид. Одлуку Суда ГУ-24/2006 („Службени гласник РС“, број 98/2010).

коном о државној управи, или пак чланом 167 став 3 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, а чија решења не доводе у питање ни наша управно-судска струка, ни правна теорија.

V

Како форма и садржина аката наведених у члану 11 ст. 3 и 4 Закона о пореском поступку и пореској администрацији није ближе одређена овим законом као посебним законом (којим би се поједина питања могла, због специфичности пореског система, уредити и на другачији начин него што је то учињено у Закону о државној управи), то по нашем мишљењу има за последицу да се форма и садржина, а тиме и дејство аката које „даје“ министар финансија у области опорезивања (уосталом као и у свим другим областима које спадају у делокруг Министарства финансија), имала опредељивати у складу са релевантним одредбама Закона о државној управи. Наиме, не споримо да су министарства као органи државне управе овлашћени да у оквиру своје Уставом и законом утврђене надлежности, доносе различите опште (правне) и друге акте, укључив и интерне управне акте, а којима ће се обезбеђивати „координација рада“ и „јединство у спровођењу прописа из своје надлежности“, односно правна сигурност и извесност у примени тих прописа. Међутим, исто тако, сматрамо неспорним да акти које доносе органи државне управе у области опорезивања, законом морају бити опредељени у складу са решењима утврђеним у одредбама системског Закона о државној управи, почев од њихове форме и садржине, па до дејства, а да би евентуално одступање од тих решења у посебним (пореским) законима, када за то постоји објективно и разумно оправдање, морало бити прецизно уређено и опредељено. Стога, уколико је законодавац у Закону о пореском поступку и пореској администрацији желео да на другачији начин уреди нека питања која се тичу врсте, природе и дејства аката које доноси министар финансија, због специфичности и сложености односа који су установљени у примени финансијских прописа у области опорезивања, односно да их уреди различито од општих решења системског закона, он је у овом закону (као закону *lex specialis*), морао јасно да определи та одступања, тј. њихову специфичну форму, садржину, дејство и сл., те да у образложењу Закона наведе разумне и уверљиве аргументе за такво одступање. У супротном, кад се министар-

ство, односно министар само законом овлашћује да доноси подзаконске прописе или даје интерна акта за рад, они би своја овлашћења требало да врше актима и радњама који су и по својој форми и садржини у складу са Законом о државној управи. Но, очигледно је да законодавац тако није поступио у одредбама ст. 3 и 4 члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

И да закључимо, у ситуацији када је законодавац на општи, системски начин у Закону о државној управи изричито утврдио врсте и природу аката које доносе министарства и јасно определио њихов назив, предмет уређивања и дејство, тада се називи, односно категорије аката које доноси надлежно министарство, односно други орган управе имају доследно користити у законодавној пракси у целини, у складу са одређењима датим у системском закону. Подсетићемо да је општеприхваћено становиште у правним системима утемељеним на владавини права, да се одређени законски појмови (а то у конкретном случају значи и они који се односе на акте органа управе), морају у принципу користити на стандардизован начин у истом или сличном значењу не само у једном (истом) акту, већ и у свим законима, другим прописима и општим актима у правном поретку једне земље. Наравно, уколико за одступање од системског закона постоји заиста разумно оправдање, тј. легитиман циљ, тада се сама по себи намеће обавеза законодавца да учињене разлике и одступања јасно определи и изрази.

И Уставни суд је у више својих одлука прихватио доктрину да посебни закони не могу да одступају од основних решења системских закона, ако за то не постоји разумно и уверљиво оправдање.⁵¹ Таквог уставноправног оправдања за одредбе члана 11 ст. 3 и 4 наведеног закона по нашој оцени нема. Потврду за наведени став налазимо и у нашој теорији, која сматра да се овде ради о „сукобу Две куле“, а да објашњење за сукоб Министарства и Пореске управе у њеном саставу, односно праксу у којој Министарство има једно мишљење, а Пореска управа друго, који се жели решити „обавезним актима министра“, лежи „делом у политичкој феудализацији српске државне управе“, а „делом у њеној структури“,⁵² тј. начину избора и (не)одговорности органа управе у саставу, уз очигледне мањкавости пореског законодавства. Неспорно је, да је у нашој земљи због мањкавости пореских прописа и супротстављених приступа поре-

⁵¹ Примера ради вид. тако одлуке Уставног суда у предметима IУз-53/2006, IУз-231/2009, IУз-850/2010, IУз- 17/2011, IУз-51/2012. и др.

⁵² С. Костић, 288–289

ских органа у погледу њихове примене и тумачења завладала „очигледна глад пореских обвезника“ за поменути „обавезујућим“ актима Министарства финансија. То питање свакако представља сигурно упозорење, пре свега Министарству као органу надлежном за спровођење пореских прописа, али и припрему измена и допуна пореских закона, али и законодавцу, па и Уставном суду на недостатке законских (правних) норми, који би се у правној држави морали отклањати. Но, уместо тога, те подизања квалитета пореског законодавства и јачања одговорне државне управе, кључни елемент за подизање степена правне сигурности пореских обвезника наш законодавац још увек види у обавезујућим мишљењима и сличним актима министра, односно лица кога он овласти. Стога и не чуди оштра оцена да “српски законодавац и надлежни порески органи нису у потпуности свесни размера правне несигурности у области примене пореских прописа”, коју додатно поспешује издавање обавезујућих мишљења и сличних аката Министарства финансија.⁵³

VI

Захтев за владавином права, односно устава и закона, подразумева не само просту хијерархију правних аката у јединственом правном поретку, већ и одговарајући квалитет њихових норми, које морају бити јасне и прецизне, односно одређене. И Европски суд за људска права, који у својој пракси данас следи европско уставно судство,⁵⁴ у својим бројним одлукама указивао је на одређена својства која морају карактерисати законе земље чланице Савета Европе и потписнице Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, да би својом формом и садржином обезбеђивали владавину права и били јемства правне сигурности. Правна норма, по мишљењу Европског суда, мора бити „прецизна и јасно формулисана, тако да појединци, али и државни органи који примењују право, могу према њој да управљају своје понашање“.⁵⁵

⁵³ Исто, 297.

⁵⁴ И Уставни суд Србије је у више својих одлука исказао становиште да начело владавине права не поставља само апстрактни захтев за повиновањем власти Уставу и закону, већ пред органе државне власт поставља захтеве који се тичу квалитета прописа за чије су доношење овлашћени. Вид. тако одлуке Суда ИУз-107/2011 од 24. новембра 2011. године, ИУз-51/2012 од 23. маја 2013. године, ИУз-299/2011 од 17. јануара 2013. године и ИУз-53/2006 од 19. јуна 2012. године.

⁵⁵ Вид. пресуде пресуду у предмету *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, ECHR-2000-XI-317; у предмету *Silver and Others v. United Kingdom* 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75 од 25. марта 1983. и предмету *Sunday Times v. The United Kingdom* 6538/74 од 26. априла 1979. године.

Позитивни смисао захтева за одређеношћу и прецизношћу правне норме није испуњен ако грађани, као савесне и разумне особе, нагађају о њеном смислу и садржају, а они који је примењују често се разилазе у њеном тумачењу и примени. Негативни смисао захтева за одређеношћу и прецизношћу правне норме упућен је органима државне власти и значи да њен налог (заповест) мора „везати те органе тако да им не допушта поступање изван сврхе одређене њеним садржајем“. То је посебно важно за поступање органа државне управе, који могу поступати у смислу „добре управе“ само на темељу довољно јасних и прецизних законских одредаба које их (правно) везују, па и у случају када им правне норме допуштају одређени степен слободне процене (најчешће у облику дискреционе оцене). У супротном, законске (правне) норме угрожавају права и слободе грађана и не штите их од самовоље и злоупотребе државне власти, посебно у случајевима мера и радњи које ови органи предузимају према грађанима. Кратко, захтев за одређеношћу и прецизношћу законске (правне) норме представља један од конститутивних (темељних) елемената начела владавине права у савременим европским државама⁵⁶ и кључан је за настанак и одржавање легитимитета правног поретка.

О значају квалитета пореских прописа и њиховом утицају на примену одредаба Европске конвенције, тј. члана 1 Протокола бр. 1 уз Конвенцију (који јемчи “мирно уживање својине“) Европски суд се посебно изјаснио у предмету *Shchokin v Ukraine* (бр. 1518, 14. октобар. 2010). У овој одлуци Суда стоји: „Чак и под претпоставком да је тумачење домаћих органа било прихватљиво, Суд није задовољан са општим стањем домаћег законодавства, које је било на снази у посматраном периоду, у погледу предметног питања. Суд примећује да су правни акти од значаја за решавање случаја били јасно међусобно неусаглашени. Стога као последица те неусаглашености домаћи органи су примењивали, по сопственој дискреционој оцени, супротстављене приступе у погледу тих правних аката. Мишљење Суда је да је недостатак јасноће и прецизности домаћег законодавства, које је омогућавало различита тумачења овако важног пореског питања, био у супротности (није био у складу) са Конвенцијом захтеваним ‘квалитетом закона’ и да није пружао адекватну заштиту против произвољног ометања уживања приватне својине тужиоца од стране државних органа.“

И из нашег Устава јасно следи захтев да законодавац подробније разрађује основна права и слободе и уређује поступак и начин њиховог

⁵⁶ Вид. пресуду Европског суда у предмету *Beian protiv Rumunije*, 6. децембра 2007, захтев бр. 30658/05, § 39.

остваривања и заштите, те да то исто чини и када су у питању Уставом утврђене обавезе (дужности). Тако је уставотворац најпре овластио законодавца на нормативно уређивање пореског система у целини, а потом је изричито установио посебну обавезу законодавца да уреди поступке пред свим државним органима, а то значи и пред органима пореске власти пред којима се остварује дужност плаћања пореза. То је веома значајно уставно јемство и налог законодавцу, како би органи пореске власти располагали јасним законским мерилима за своје одлуке⁵⁷ и једнако поступали према свим пореским обвезницима. Међутим, увид у одредбе члана 11 и 167 Закона о пореском поступку и пореској администрацији очигледно показује видне (и то не само нотехничке и језичке) разлике у решењима садржаним у одредбама ова два члана истог закона, у погледу форме, садржине и дејства аката који се доносе од стране министра финансија и директора Пореске управе у циљу јединственог извршавања закона у области пореског система, с једне стране, а са друге, још је уочљивија неусклађеност ових одредаба са одговарајућим одредбама Закона о државној управи. Стога се само по себи намеће питање да ли порески обвезници (па и сама Пореска управа) поуздано знају на основу којих се то све аката утврђује њихова пореска обавеза, те да ли својом садржином наведене одредбе Закона обезбеђују претпоставке за законит рад Пореске управе и правну сигурност пореских обвезника. Нејасно одређен карактер и природа аката које доноси министар финансија на темељу одредаба ст. 3 и 4 Закона⁵⁸ и контроверзе које изазивају ове одредбе, довеле су у питање делотворност остваривања судске и уставносудске заштите пореских обвезника. Занемаривање наведеног, уз видне мањкавости пореског законодавства уопште, те прелажење преко чињенице постојања „обавезујућих аката у области опорезивања“ који не подлежу ни судској, ни уставносудској контроли, води угрожавању правне сигурности као кључног дела начела владавине закона и права у овој изузетно важној, а осетљивој области, која се у савременом свету традиционално сматра високо корумптивном.

⁵⁷ Упореди пресуду Савезног уставног суда Немачке, 1 BvR 370/07 од 27. фебруара 2008, § 209.

⁵⁸ По речима С. Костића, одредба ст. 3 и 4 члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, управо је илустрација задуго присутне склоности нашег савременог законодавца „да се увек почиње из почетка, бежи и од саме назнаке одговорности, као и да се јасноћа правних норми мери у броју словних знакова које садрже“. *Исто*, 297.

Закључак

Захтеви правне сигурности и владавине права и на подручју извршавања уставне обавезе плаћања пореза, траже да правне норме које регулишу ова питања буду за адресате предвидиве и доступне, тј. такве да с једне стране, грађани и правна лица могу стварно и поуздано знати своје обавезе (и права), како би се према њима могли и понашати, а не да „нагађају шта је садржај“ те обавезе, а с друге стране, да надлежни порески органи (у конкретном случају Министарство финансија и Пореска управа) знају докле сежу њихова овлашћења у овој области. Да ли су наведени захтеви поштовани у поменутим одредбама чл. 11 и 167 Закона о пореском поступку и пореској администрацији и да ли су ове одредбе Закона у тој мери одређене, прецизне и међусобно конзистентне да не стварају простор за субјективно, односно арбитражно одлучивање управне власти у домену остваривања пореске обавезе јесу питања на која је Уставни суд након поднете иницијативе,⁵⁹ а потом и учињеног предлога у самом Суду⁶⁰ био у прилици да дâ одговор, тј. да уђе у поступак мериторног одлучивања и решавање спорних питања изазваних решењима садржаним у одредбама члана 11 ст. 3 и 4 Закона. Ово тим пре, што се о овим одредбама критички изјаснила и наша правна доктрина пореског права. Најмање што је, по нашем мишљењу, Уставни суд у целини (а не његово Мало веће), требало да учини, јесте да макар у једној интерпретативној одлуци (која би била објављена у службеном гласилу) определи уставноправно значење одредаба члана 11 ст. 3 и 4 и члана 167 став 3 Закона и дâ целовит и конкретан одговор на спорно питање правне природе и законом установљене (не)обавезности ових аката. Он то није учинио, а морао је, јер недостаци у прецизности и одређености правних норми у пореским прописима, поред осталог, онемогућавају установљење ефикасног и функционалног пореског

⁵⁹ Уместо тога, у Закључку (који је донело Друго мало веће Суда) којим је одбачена иницијатива за оцену уставности члана 11 Закона, у суштини је само наведен општи став Суда да интерни акти државних органа „не представљају опште правне акте који се обавезно објављују у службеном гласилу и ступају на снагу по истеку прописаног рока од дана објављивања, већ представљају интерне акте државног органа...“, „који су *инструктивног карактера*“ и доносе се „*ради уједначавања поступања надлежних органа у истим или сличним случајевима*“, односно „у циљу обезбеђења јединственог спровођења прописа из надлежности одговарајућег министарства“. Вид. Закључак донет у предмету Уз-262/2013.

⁶⁰ Децембра 2015. године упутили смо предлог Суду да покрене поступак за оцену уставности одредаба ст. 3 и 4 члана 11 овог закона. Међутим, на седници Суда од 21. јануара 2016, већина судија није прихватила поднети предлог, позивајући се између осталог на закључак донет у предмету Уз-262/2013.

система, са делотворним судским (па и уставносудским) надзором над радом и актима Пореске управе. Контролисати законитост и уставност аката и поступање оних који примењују правне норме могуће је само на основу јасних и прецизних правних мерила исказаних у Уставу и закону. Дакле, захтев за одређеношћу и прецизношћу правних норми у области пореског система, није само семантички захтев који тражи да се однос између њених адресата и органа државне (јавне) власти који их примењују „одвија уз што мање комуникацијске неодређености“, већ ти захтеви представљају темељна мерила за остваривање нормативне контроле уставности правних норми, али и судске контроле појединачних аката и радњи органа државне управе (најпре пред надлежним судовима, а потом и пред Уставним судом).

Закључићемо да решења попут оних садржаних у поменутих законским одредбама дају могућност да министар финансија, односно лица која он овласти, својим актима разводњавају одредбе закона – и то у области у којој би неспорно требало да буде непорецив принцип законитости – принцип који је уставотворац у овој области и додатно зајамчио и потврдио у више одредаба Устава. Бекство у (интерне) акте министра, а посебно акте лица која он овласти, неспорно представља опасност за правну државу, а нарочито када „давање“ ових аката у пракси узме маха. Непрецизне законске одредбе о овлашћењима органа управе и акти „дати“, односно издати по основу њих, попут „мишљења“, „објашњења“ и сличних (законом неименованих) аката, који у досадашњој пракси у принципу не подлежу контроли уставности и законитости, прете да пониште и саме одредбе закона. У прилог изнетог су и наводи садржани у иницијативи Савеза рачуновођа и ревизора Србије за оцену уставности члана 11 ст. 3 и 4 Закона о пореском поступку и пореској администрацији (вид. предмет ИУз-262/2013), као и наводи садржани у уставним жалбама (вид. тако предмет Уж-1882/2014). Неспорно је да недостаци у правном (и институционалном) оквиру олакшавају корупцију уопште, а посебно у оним областима у којима овај ризик традиционално постоји (међу којима је и област опорезивања) и којима због тога треба посвећивати нарочиту пажњу. На то је јасно указано и у препорукама Европске уније у вези са спровођењем Акционог плана Републике Србије уз Поглавље 23, тј. констатовано да су квалитетна законска решења и у области пореског система, један од кључних стубова борбе против корупције, јер се њима смањују ризици да до корупције дође у једној изузетно важној области⁶¹ – области опорезивања грађана и јавних финансија уопште.

⁶¹ Вид. *Извештаје о скринингу за Републику Србију за Поглавље 23 „Правосуђе и основна права“*,

Bosa M. Nenadić, PhD
Judge of the Constitutional Court of Serbia

**AN OVERVIEW OF THE OBLIGATORY „EXPLANATIONS,
OPINIONS, INSTRUCTIONS, GUIDELINES AND SIMILAR ACTS“
WITHIN A TAX SYSTEM: EXAMPLED BY THE REPUBLIC OF
SERBIA**

Summary

Tax payers and the competent state bodies which pass individual acts and take (legal) actions in tax collection procedure must have a clearly defined legislative and legal framework for its functioning. The consequences of inadequate settlement of tax dues due to a different or erroneous interpretation of tax regulation may be very sever, and even disastrous for the tax payers, while multiple damage may be suffered by the state. Can the problems concerning the quality of tax regulation and its application be overcome by legally prescribing the acts of the Minister of Finance, such as „explanations, opinions, instructions, guidelines and similar acts“, which are given to the tax administration, to be obligatory – is the question this paper deals with. The author holds that the solutions such as those contained under Article 11 paragraph 3 and 4 of the Law on Tax Procedure and Tax Administration of the Republic of Serbia, offer a possibility for suspending individual provisions of tax laws by acts of the Minister of Finance or any person authorized by him or her – in the field which should be unambiguously run by the principle of legality. Resorting to such acts is undoubtedly risky for the rule of law, especially when this becomes a wide-spread practice. Imprecise legal provisions concerning the competences of administrative bodies and acts issued based on them, such as „opinions“, „explanations“ and similar (unprovided by law) acts which in principle have not been subject to review of the constitutionality and legality so far, threaten to annul the legal provisions themselves.

Keywords: *legal documents of state administration institutions; explanations, opinions, instructions, guides, and similar documents of the Ministry of Finance, “quality of tax laws”, tax liability, Tax Administration, Constitutional Court.*

од јула 2014, са препорукама Европске уније, које би Република Србија требало да реализује ради испуњења европских стандарда у процесу придруживања Унији.

**ПРИБЛИЖАВАЊЕ И ПРИЛАГОЂАВАЊЕ МОДЕРНЕ
СРПСКЕ ДРЖАВЕ ПАРЛАМЕНТАРНОМ СИСТЕМУ ВЛАСТИ
(ДЕМОКРАТИЈЕ)**

Др Владан Михајловић*

***Апстракт:** Парламентаризам је класична европска идеја поникла у Енглеској, али широко прихваћена и развијана на европском континенту и ван њега. Србија је све до почетка XIX века била ван европских токова и стремљења, да би од средине XIX века почела да се либерализује и демократизује. Такав тренд кулминирао је демократским процватом Србије и успостављањем доследног парламентарног режима. Но, каснији развој Србије текао је са променљивом срећом и није више био успешан као пре. У XX веку српски парламентаризам доживљава кризу и пад. Краљевина СХС, односно Југославија (у чијем је саставу била и Србија), спроводила је ауторитарну политичку идеју која је била на штету доктрине и праксе доследне поделе власти и парламентаризма.*

Комунизам је Србију (у оквиру Друге, комунистичке Југославије) вратио уназад у епоху ауторитарне и диктаторске владавине и на концепт формалног јединства власти, оличеног у скупштинском систему. Стварно то онда није био нити демократски нити скупштински систем власти јер су државни органи имали само формални значај. Ти органи представљали су оруђе или средство трансмисије партијске политике и идеологије владајуће комунистичке партије.

Након слома комунизма (90-их година XX века) Србија је коначно добила шансу да крене демократским путем и започне изградњу модерне државне организације, засноване на начелу поделе власти. Њен Устав од 1990. год. прокламовао је начело поделе власти, али га није спровео чисто и доследно. Тај Устав је применио један недоследан, деформисан систем поделе власти који је остварио значајну превагу из-

* Редовни професор на Правном факултету у Косовској Митровици.

вршине власти над Народном скупштином. То је било карактеристично пре свега за време Милошевићевог режима, али и касније, након 5. октобра 2000. год. и за режим Бориса Тадића, када је у организацији власти Србије доминирала јака председничка власт. Промењене друштвене и политичке околности у Србији након одласка јаких председника Републике са њене политичке сцене нису биле у корист Народне скупштине, а на штету извршне власти. Оне, дакле, нису уклониле хроничну неравнотежу између законодавне и извршне власти и створиле услове за усклађивање односа у систему власти Србије. Актуелна извршна власт је и даље доминантна, у предности над Народном скупштином, само што је сада оличена у моћној Влади и њеном председнику. Такав систем неравнотеже између законодавне и извршне власти онемогућава развој парламентарне демократије и Србију враћа у епоху ауторитарне и недемократске власти. Србија је данас на прекретници: или ће одлучно кренути напред и развијати доследну парламентарну демократију засновану на равноправности и равнотежи законодавне и извршне власти или ће застати, па и назадовати. Ако се то догоди, Србија ће остати под стегом ауторитаризма и диктатуре једне партије или једног човека, чиме ће дефинитивно изгубити шансу да се прикључи породици напредних европских, грађанских држава демократске и парламентарне оријентације.

Кључне речи: *почетак српског парламентаризма у XIX веку, Устав од 1888. год. и процвет српске парламентарне демократије, криза и пропаст парламентарног режима у Краљевини Југославији, оживљавање идеје парламентаризма у Србији у њеној постсоцијалистичкој епохи, квазипарламентарни систем власти у српском Уставу од 1990. год. Српски Устав од 2006. год. и перспективе развоја доследнијег парламентарног режима, тешкоће и изазови на путу изградње правога и чистог српског парламентарног система и напуштање решења и праксе мешовитог система.*

Увод

Србија је културолошки и географски вековима била ближа Истоку и зависила од источњачке (отоманске) цивилизације. Такво стање почиње да се мења средином XIX века када се Србија модернизује, окреће Европи, прихвата идеје и вредности западњачке цивилизације. То

се догађа већ са Сретењским уставом од 1835. год. Овај Устав је у државни живот Србије унео напредне европске идеје државности, пре свега принцип поделе власти. Он се инспирисао Француском револуцијом и за ондашње српске прилике је био изузетно напредан и слободоуман, а како примећује Слободан Јовановић, од француских конституција је преузео и спољашњи облик.¹ Али Србија овим Уставом није постала демократска, није стекла услове за то јер Народна скупштина није била у правом смислу демократско тело, израз народне суверености која се оживотворује у законодавној власти. Народна скупштина је била другоразредни орган, ни приближно утицајна и равноправна са кнезом и Државним саветом као кључним чиниоцима власти. Зато Србија тада још није одлучно кренула путем демократије, а одрекла се недемократије и ауторитаризма. Српска државна и уставна историја је одувек била бурна и противуречна. Током ње су се смењивале и напредне и назадне идеје и снаге, ишло се убрзаним корацима напред, али и враћало уназад. Не чуди што већина аналитичара српских политичких прилика износи констатацију да је Србија и током своје новије уставне и политичке историје била више неуставна (и недемократска) него уставна и демократска држава.

Идеја демократије и дух модерног уређења друштвених односа су се споро и тешко пробијали кроз патријархални начин живота Србије и ауторитарни менталитет њених владара. То се и може разумети и оправдати српским друштвеним, економским и културним приликама (боље рећи неприликама) које су Србију учиниле инфериорном у односу на напредне и развијеније земље у њеној ближој и даљој околини. Србија је од заостале, сељачке земље са претежно неписменим становништвом имала да пређе тежак и дуг пут да би сустигла, приближила се модерним европским државама. То је и довело дотле да је у својој државној организацији више нагињала конзерватизму него модернизму и демократизму. Штавише, и кнез Михаило Обреновић, као први велики српски државни реформатор, заговарао је и спровео умерене и постепене промене које су од Србије створиле једну више бирократску него демократску творевину и организацију. Зато и не чуди што је био против преурањеног парламентаризма у земљи у којој су на прсте могли да се преброје учени људи. Можда је Михаило и био у праву када је тврдио да је неозбиљно увести парламентаризам у земљи зарад парламентарних беседа неколицине учених људи какав је био Милован Јанковић и њему слични.² Као такав, није био присталица либералног, европског модела

¹ Слободан Јовановић, *Политичке и правне расправе*, I, Београд, 1932. год., стр. 10.

² Слободан Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, Београд, 1933. год., стр. 218–219.

парламентаризма са развијеним демократским установама попут слободе штампе, политичког удруживања и сл. Његовом менталитету био је ближи уставноправни модел државног уређења са доминантном позицијом кнеза. Но, онако како су се мењале српске друштвене и политичке прилике, тако су се мењала и схватања и концепције у односу на уставноправну и политичку организацију Србије. Томе је доста допринело и то што су у либералној и демократској Европи крајем XIX века ауторитарне и недемократске идеје и политичка пракса постали анахронизам. У таквом окружењу ни Србија није могла да одолева и уставноправно се организује на стари, превазиђени начин. Она је морала да се модернизује и демократизује, што је и започето њеним Уставом од 1869. год. а нарочито Уставом од 1888. год.³ При томе је пре свега овај Устав од 1869. год. наговестио прекретницу у уставном и државном развоју Србије, зачео нову фазу у смислу њене европеизације.⁴

I

Идеја парламентаризма полако је улазила у уставни и политички живот Србије. Везује се за први пад, односно одступање владе пред Народном скупштином 1874. год. али и раније за мисао Стојана Бошковића који је још 1860. год. величао енглески парламентаризам.⁵ И Намеснички устав од 1869. год. значио је један корак напред у развоју представничког система и приближавању парламентарном режиму. За њега се тврдило да је увео једну врсту стидљивог парламентаризма⁶ мада са њим Народна скупштина још није постала стуб парламентарног режима нити је функционисала парламентарна влада. Намеснички устав од 1869. год. уводи Народну скупштину у организацију врховне државне власти Србије. Он јој даје широка овлашћења, али их и анулира јаком влашћу кнеза који је задржао централну позицију у државној организацији и као

³ Видети Устав Кнежевине Србије од 1869. год. и Устав Краљевине Србије од 1888. год. објављени у књизи Душана Мрђеновића, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835–1941)*, Нова књига, Београд, 1988. год.

⁴ Др Марко Павловић, *Уставноправна европеизација, Кнежевина и Краљевине Србије*, из зборника „Србија и Европско право”, књига III Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 1998. год., стр. 185.

⁵ Драгољуб Поповић, *Препочетак српског и парламентаризма, лице и преурањени пад*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1996. год., стр. 5.

⁶ Милован Миловановић, *Државно право и начела спољне политике Краљевине Србије*, „Филип Вишњић”, Београд, 1998. год., стр. 185.

фактор извршне, али и законодавне власти. Народна скупштина је делала законодавну власт са кнезом, али је он (кнез) био претежнији чинилац, и као носилац законодавне иницијативе и законодавне санкције. Народна скупштина је изгласавала законе тако да “без њеног пристанка никакав закон није могао бити издат, укинут, измењен или протумачен”.⁷ Но, овај Устав, иако је значио напредак у јачању представничке власти и улоге Народне скупштине, није спровео принцип парламентарне одговорности владе. Скупштина није могла да изгласа неповерење влади нити је могла да је натера на оставку неизгласавањем буџета. То значи да влада и министри нису одговарали Скупштини нити су зависили од ње, већ су зависили од кнеза који је постављао и смењивао све државне службенике.

То што је започео Устав Кнежевине Србије од 1869. год. али и застао на пола пута, до краја је довео Устав Краљевине Србије од 1888. год. Он је означио почетак нове политичке ере Србије, њене парламентарне историје. Њиме је успостављен парламентарни систем који је био на снази до 1894. год., када је прекинут самовољом краља Александра Обреновића.⁸ Како је овај Устав обновљен 1903. год. и важио све до настанка државе СХС, може се рећи да је то био најдужи, најуспешнији и најплоднији период развоја парламентарне демократије у Србији. Овим Уставом је Народна скупштина постала стуб парламентарног режима. Она је постала равноправни чинилац власти са краљем: вршила је законодавну, пуну буџетску (финансијску) власт а у духу усвојеног парламентаризма јој је припало и право постављања питања, интерпелације, право анкете, вођења истраге у изборним и административним питањима, примање петиција, молби, жалби и др.⁹ Свакако најизразитији елемент тадашњег парламентарног система представљало је право Скупштине да одбаци буџет, као и право да путем интерпелације изазове политичку одговорност владе и министара и натера их на оставку. Парламентарном карактеру власти у српској монархији тог доба одговарала је и институција премапотписа аката краљевске власти. Тиме се показало да ефективну извршну власт врши влада (министарски савет) јер одговорност за те краљеве акте пред Скупштином преузима надлеж-

⁷ Видети члан 55 Устава Кнежевине Србије од 1869. год. објављен у књизи Душана Мрђеновића, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835–1941)*, Нова књига, Београд, 1988. год.

⁸ Драган Суботић, *Краљ Петар Први Карађорђевић и институције уставне (парламентарне) монархије у Србији (1903–1914)*, “Српска политичка мисао”, Београд, бр. 1/1995. год., стр. 14–15.

⁹ Видети Устав Краљевине Србије од 1888. год. објављен у књизи Душана Мрђеновића, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835–1941)*, Нова књига, Београд, 1988. год.

ни министар. Све поменуте установе представљају тековину парламентаризма и оне говоре у прилог констатације да је Србија тада ушла у породицу европских држава парламентарне демократије. Иако се Србија након једног века вратила на позиције парламентаризма, чињеница је да до данас није успела да досегне (а камоли превазиђе) онај ниво квалитета парламентарне демократије који је досегла крајем XIX века заслугом радикала, Радикалне странке Николе Пашића. На нашем, српском примеру се најбоље види да је пут до развијеног парламентаризма дуг и тежак. На крају, и Енглеска је као колевка парламентаризма показала да је та борба за јачање представничког система власти трајала вековима. Зачета је још у XIII веку, а окончана, крунисана тек средином XIX века, када је коначно уобличен развијен парламентарни режим са парламентарном владом.

II

Успешан развитак српског парламентаризма с краја XIX века није се поновио половином XX века. Након Првог светског рата Србија је променила своје државно, уставноправно устројство, утопила се у заједничку државну творевину, Краљевину СХС. Од те нове државе очекивало се да задовољи заједничке политичке, националне економске и социјалне тежње југословенских народа – Срба, Хрвата и Словенаца. Краљевина СХС је требало да преузме и следи либерално-демократске тековине и вредности демократизоване Европе, ослобођене стега ауторитаризма и недемократије. У те нове европске идеје и вредности улазе социјална и економска демократија, јачање владавине права, ширење корпуса људских права и слобода, пре свега социјално-економских, и, свакако, јачање и ширење парламентаризма. Краљевина СХС је Видовданским уставом од 1921. год. прихватила и следила све ове идеје, мада не доследно и успешно како се очекивало. То се, између осталог, односило и на спровођење парламентарног режима. Ова нова, заједничка држава је Уставом прокламована као уставна, парламентарна и наследна монархија¹⁰ али то није успела да буде до краја. Иако је прокламована као парламентарна монархија, по Уставу су постојала бројна ограничења и деформације парламентаризма као последица

¹⁰ Видети члан 1 и 3 Устава Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 28. јуна 1921. год. објављено у књизи Душана Мрђеновића *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835–1941)*, Нова књига, Београд, 1988. год.

јаких овлашћења и ингеренција краља, његове јаке, централне уставне позиције, његовог положаја самог центра власти. Супротно правом, доследном парламентаризму, у овој краљевини краљ је био претежнији, јачи чинилац и у сфери законодавне и извршне власти, а имао је и јак утицај на судство. Као законодавни фактор, краљ је располагао правом законодавне иницијативе, као и правом да потврђује и проглашава законе, а према Народној скупштини да је сазива у редовни и ванредни сазив, закључује њене седнице и распушта је, дакле, да је ставља у покрет. У судској власти краљ је давао помиловања, постављао судије а такође се и судило у његово име. Уз све то, краљ је неприкосновени носилац извршне власти, њен ефективни део, јер је покривао и владу, боље рећи, потчинио је себи. Супротно доследном, чистом парламентаризму где је влада јачи чинилац у односу на шефа државе, овде у Краљевини СХС је било обрнуто. У смислу те јаке, доминантне извршне функције, краљ је представљао државу, закључивао уговоре, постављао државне службенике и министре, давао одликовања, оглашавао рат и закључивао мир, а био је и врховни заповедник војске.¹¹ За разлику од правога парламентаризма, овај видовдански је био деформисан и припадао је типу тзв. дуалистичког парламентаризма. За тај дуалистички парламентаризам¹² је карактеристично да у њему влада одговара и пред парламентом али и пред краљем. У том монархијском парламентаризму краљ је именовао министре, што значи да су зависили од њега, а нису произлазили из парламентарне већине. То је изазивало нестабилно политичко и парламентарно стање у земљи, са нестабилним владама којима је управљао, боље рећи манипулисао краљ и тако изазивао честе министарске кризе. Тако, рецимо, од укупно 39 влада, колико их се смењивало на власти током двадесетогодишњег трајања Југославије, само су две владе пале у Скупштини, а све остале је смењивао краљ према оцени целисходности таквог поступања.¹³ Дакле, влада (министарски савет) је у овом деформисаном парламентарном систему била потчињена краљу, зависила од њега, настајала његовом вољом а не вољом парламента. Влада (министарски савет) је одговарала и пред Скупштином а не само пред краљем, али је њу стварно постављао и смењивао краљ, а не Скупштина. Прави, доследни парламентарни систем подразумева да влада произлази из

¹¹ Видети члан 49, 50 и 51 Устава Краљевине СХС од 28 јуна 1921. год.

¹² Видети Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, “Службени гласник” са п.о. Београд, 1995. год., стр. 226, па онда Ратко Марковић, *Извршина власт*, “Савремена администрација”, Београд, 1980. год., стр. 72.

¹³ Владимир Килибарда, *Политички и уставни системи*, практикум, Научна књига, Београд, 1985. год., стр. 289.

парламентарне већине и само њој одговара за свој рад. То је тзв. монистички парламентаризам у коме је парламент јачи од шефа државе (монарха) и где влада произлази из парламента и њему одговара, а не шефу државе (владару). Видовдански монархијски парламентаризам је био у ствари тај дуалистички парламентарни режим у коме је владин положај био компликован и зависан од променљивог односа снага између краља и Скупштине. Истина, и монархијски парламентаризам може да буде и јесте прави онда када у њему влада произлази из парламента и њему одговара, а не зависи од краља нити је он контролише. Такав монархијски (монистички) парламентаризам данас постоји у већини европских држава (Великој Британији, Шпанији, Белгији и др.) и то доказује да улога краља мора и може да се доведе у оквире парламентарног режима. То ће бити онда када се монарх поставља и делује као равноправни орган власти са другим властима, пре свега законодавном. То није био случај у Краљевини СХС и то је свакако значило и враћање Србије корак назад у развоју њеног демократског парламентарног режима.

Са таквим стањем се наставило и у Краљевини Југославији па је Уставом од 1931. год. практично суспендован парламентаризам. Овим Уставом земља је добила дводомно Народно представништво (са Сенатом и Народном скупштином), али не и парламентаризам, јер су политичке странке биле забрањене (осим режимске), а без њих нема услова за функционисање парламентарног система власти.¹⁴ Парламентаризам је био потиснут урушавањем система поделе и равнотеже посебних власти. То је довело до стварања моћне краљевске власти која је апсорбовала остале па је уместо поделе власти практично функционисало јединство власти оличено у моћном владару, краљу. Краљ је био одлучујући државни фактор и од њега је зависила организација и деловање осталих власти. То се посебно односи на управну власт коју је краљ вршио преко министарског савета чије је чланове (и председника) именовоао и разрешавао по својој вољи.¹⁵ Дакле, влада као кључан фактор у парламентарној систему, по овом уставу није могла да функционише као парламентарна влада. Она је била у потпуности под краљевим утицајем, краљева влада, а не она која зависи од парламента (Народне скупштине) и пред њим одговара.

¹⁴ Драгослав Јовановић, Марко Марковић, *Државноправна историја*, треће издање, Београд, 1987. год., стр. 392.

¹⁵ Видети Устав Краљевине Југославије од 1931. год. објављен у књизи Душана Мрђеновића, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС – Краљевине Југославије (1835–1941)*, Нова књига, Београд, 1988. год.

Неславни крај српског (југословенског) парламентаризма под монархијском владавином у Краљевини Југославији отворио је дилему колико је Србија након педесетогодишње ере социјализма (комунизма) спремна да реафирмише идеју и праксу парламентарне демократије, али сада у оквирима републиканске владавине. Јер ако онај монархијски парламентаризам није успео или је доживео деформацију, шта нам гарантује да ће успети овај републикански? Уставна и политичка историја Србије (и Југославије) нам говори да је Србија више и дуже била недемократска, ауторитарна држава под републиканском него под монархистичком владавином. Зато се Србија након слома комунизма (90-их година XX века) нашла пред великим изазовом да покаже и докаже да је спремна да настави и изграђује парламентарну демократију и то у условима републиканске владавине. Она је остала привржена републици и идеји парламентаризма иако је било и озбиљних заговорника идеје о стварању парламентарне монархије у Србији, враћању њеним монархијским коренима.

III

Након епохе социјалистичке уставности, Србија је започела свој поход ка демократији и постсоцијалистичком развоју доношењем Устава од 1990. год. Штавише, Србија је била прва од република бивше Социјалистичке Федеративне Југославије која је кренула у ту редемократизацију¹⁶ али није била истрајна на том путу падова и успона. Она је већ на почетку запала у ћорсокак, нашла се пред великим искушењем и суочавањем са изазовом ауторитарног Милошевићевог режима. Управо је Устав од 1990. год. прокрчио пут том режиму иако то нико није желео, нити се томе надао. Српски устав од 1990. год. донет је након славне антибирокуратске револуције “у којој се догодио народ” и која је најавила крај партијске и бирократске државе и почетак истинске демократије, што се није догодило. Овај Устав је, истина, раскинуо са социјализмом јер је одбацио скупштински систем власти, али није спровео парламентарни који би одговарао модерној и напредној држави за коју се залагао и декларисао. Супротно очекивању, цео систем власти се центрирао према положају и улози популистичког лидера Слободана Милошевића. Он је са позиције председника Републике деловао као моћан и независан

¹⁶ Верица Михајловић, Зоран Радоњић, *Две деценије вишестраначја у Републици Србији, Устави, избори и носиоци власти, 1990–2010.* год. ЈП “Службени гласник” Београд, 2011. год., стр. 13.

чиниолац државне власти. Као такав је контролисао и Владу и Народну скупштину па је Србија, уместо поделе и равнотеже власти, добила систем недемократског јединства власти, оличеног у моћном председнику Републике. Због тога, као и због недоследних уставних решења која нису омогућила праву парламентарну демократију, Устав од 1990. год. је трпео оштре критике са разних страна. Тако је Павле Николић, наш уважени професор уставног права, тврдио да је Милошевић, не хајући ни за народ, демократију и саму Србију и њене интересе, донео нелегитимни Устав¹⁷ јер српском народу није омогућено да се изјасни у каквом облику државе жели да живи: сам или у заједници са још неким и да ли ће то бити република или монархија. По Уставу од 1990. год. организација власти у Србији је попримила обележје мешовитог система. Како добро примећује већ поменути професор Павле Николић, то је био један неуобичајени систем поделе власти у коме није остварена равнотежа законодавне и извршне власти, него је остварена значајна превага извршне власти у лицу председника Републике.¹⁸ Но, без обзира на ове различите оцене, стоји објективна констатација да Србија овим Уставом није добила парламентарни већ један квазипарламентарни или, још тачније, мешовити систем власти. За тај мешовити систем власти је карактеристично да су се елементи парламентарног система преплитали са елементима и установама председничког система. То се најбоље огледа у уставном решењу о непосредном избору председника Републике и његовим овлашћењима према Народној скупштини. Са таквим решењем положаја председника, Република Србија је Уставом од 1990. год. одустала од парламентарног система. Она се определила за недоследан и неуобичајен систем поделе власти у коме није остварена равнотежа између посебних власти. Или, једноставно речено, Устав од 1990. год. је председнику дао јака овлашћења и обезбедио његов независан положај у читавом државном систему.¹⁹ Поред оних уобичајених, посебно јака и широка овлашћења председник Србије је имао у случају да је на делу територије Србије угрожена њена безбедност, слободе и права човека и грађанина или рад државних органа. У таквој ситуацији, а на предлог Владе, он (председник) је проглашавао ванредно стање, доносио акте и

¹⁷ Павле Николић, *Од устава до Устава*, реферат са међународног округлог стола: „Доношење нових (првих) устава у земљама у транзицији“, објављено у “Правни живот”, часопис за правну теорију и праксу, Удружење правника Србије, бр. 12, Београд, 2002. год., том 4, стр. 1053.

¹⁸ Павле Николић, *Парламентарни систем у Југославији и његова извитопереност*, “Архив за правне и друштвене науке”, бр. 2/94, стр. 325.

¹⁹ Павле Николић, *Уставно право*, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997. год., стр. 339.

предузимао мере које изискује таква ситуација.²⁰ Уз право да на предлог Владе може (без ограничења) да распусти Народну скупштину и изазове превремене парламентарне изборе, а имајући у виду да је биран (и опозиван) непосредно од народа те да његови акти нису подлежали премапотпису Владе, јасно је да тада у Србији није функционисао парламентарни већ мешовити систем власти. Но, изузимајући специфичности уставног положаја председника Републике из кога је настајала највећа деформација система власти, у односу Владе и Народне скупштине је успостављен парламентарни режим. Народна скупштина је највише представничко и законодавно тело које обавља све оне функције које му у том својству припадају²¹ а и Влада је доследно изведена према правилима парламентарног система. Њу бира Народна скупштина (председника, потпредседника и министре) и то на почетку свог изборног периода односно после свог конституисања у новоизабраном саставу.²²

Влада се бира по поступку који познаје, предвиђа парламентарни систем, што значи да је њен избор у рукама и председника Републике и саме Скупштине. Председник Републике предлаже мандатара, кандидата за председника Владе, који потом образлаже на седници Народне скупштине свој програм и износи предлог састава Владе, о чему се води скупштинска расправа. Након те расправе се Влада бира тајним гласањем, и то већином од укупног броја народних посланика.²³ Сходно правилима парламентаризма, Влада одговара пред Народном скупштином и то колективно, али и појединачно, сваки њен члан сноси одговорност за успешност свог рада у Влади. Та одговорност Владе реализује се путем изгласавања неповерења Влади (или њеним појединим члановима) и то на предлог најмање 60 посланика, с тим да се гласању приступа на првој наредној седници, а најраније пет дана од дана подношења предлога.²⁴ Но, и Влада са своје стране може да постави питање свог поверења пред Народном скупштином, као што и сама, али и сваки њен члан, може бити разрешена од стране Народне скупштине и то на предлог председника Владе. У смислу своје политичке одговорности, Влада (и сваки њен члан) може поднети и оставку због нецелисходног поли-

²⁰ Видети: члан 83 Устава Републике Србије од 1990. год., “Службени гласник РС” бр. 1 од 28 септембра 1990. год.

²¹ Драган М. Стојановић, *Уставно право*, књига II, Свен, Ниш, 2003. год., стр. 221.

²² Видети члан 93 Устава Републике Србије од 1990. год.

²³ Видети члан 192 Пословника народне скупштине Републике Србије, “Службени гласник РС”, бр. 56/05.

²⁴ Видети члан 132 и 133 Устава Републике Србије од 1990. год.

тичког деловања, с тим да оставка (или разрешење) председника Владе нормално повлачи и оставку целе Владе.

Да Устав од 1990. год. није до краја био склон и доследан парламентарним уставним решењима, види се и по томе што није предвидео установу посланичког питања и интерпелације,²⁵ а без њих нема ефикасне парламентарне контроле Владе. Гледано у целини, овај период уставног развитка Србије, трасиран Уставом од 1990. год., карактерисала је недоследност у спровођењу система поделе и равнотеже власти, као и жеља владајућег режима да очува привид легитимности и поштовања уставности.²⁶ То је чињено уз бројне ексцесе, случајеве материјалне и формалне противуставности (нпр. изборне крађе на локалним изборима 1996. год.) као и сталног оспоравања легитимитета ондашње власти.²⁷

Од Устава Републике Србије од 2006. год. (тзв. Митровданског устава) се очекивало да побољша ствари, отклони слабости оног претходног, Милошевићевог, и да у организацији власти Србије доследније спроведе принцип парламентаризма. У томе је овај Устав донекле успео, али се ипак није удаљио од мешовитог система власти, како се очекивало. Како примећује проф. Срђан Ђорђевић, позиција председника Републике се померила са тачке мешовитог система организације власти и приближила парламентарном, али да још нема елемената да се ова институција смести у оквире искључиво парламентарног система.²⁸ Ова констатација проф. Ђорђевића је на месту, с обзиром на усвојена, примењена уставна решења која се односе на избор, положај и донекле овлашћења која Устав од 2006. год. предвиђа за председника Републике. Тако и по овом, Митровданском уставу (донетом на празник Митровдан) председник Републике се бира непосредно, тајним гласањем, на време од пет година, и то највише два пута.²⁹ Из оваквог, непосредног избора председника Републике произашла су и његова још увек значајна и широка овлашћења у којима има и елемената председничког система. Тако он (председник) својим указом проглашава законе које доноси Народна скупштина, и то најкасније у року од 15 дана (или 7 дана ако се ради о законима донетим по хитном поступку) од дана њиховог изгласавања, а овлашћен је и да у том року Народној скупштини врати на

²⁵ Владан Петров, *Парламентарно право*, Београд, 2010. год., стр. 153.

²⁶ Срђан Ђорђевић, *О Митровданском уставу*, Крагујевац, 2009. год., стр. 19.

²⁷ Ибид, стр. 19.

²⁸ Срђан Ђорђевић, *О Митровданском уставу*, Крагујевац, 2009. год., стр. 101.

²⁹ Видети члан 114 и 116 Устава Републике Србије од 2006. год., “Службени гласник РС”, бр. 98/2006.

поновно одлучивање и изгласавање закон са којим се не слаже.³⁰ Истина, јака позиција председника Републике је донекле ублажена тиме што он више нема право да сам проглашава ратно одн. ванредно стање, као што је чинио раније. Како добро примећује проф. Ђорђевић, председник је сада само супсидијарни чинилац доношења одлуке о проглашењу ратног, односно ванредног стања у случају да Народна скупштина није у стању да се састане.³¹ У ствари, ту одлуку председник доноси уз супотпис, садејство и других најважнијих органа државне власти – Народне скупштине и Владе. При томе Народна скупштина има примарну улогу у доношењу аката које изискује таква ситуација. Раније (по Уставу од 1990. год.) то није био случај јер је у тим ванредним околностима председник Републике доносио акте са законском снагом, оне из надлежности Народне скупштине. Но, председник Републике је и даље Врховни командант, командује Војском Србије а такође и поставља, унапређује и разрешава официре Војске Србије.³² Председник Републике и даље задржава право да на образложен предлог Владе распусти Народну скупштину и тако изазове превремене парламентарне изборе. То је у логици парламентарног режима који предвиђа да извршна власт може повратно да утиче на егзистенцију законодавне власти, њено распуштање.

Радикално ублажавање елемената председничког система власти, по Уставу од 2006. год. учињено је у односу на пређашње решење о уставној одговорности председника Републике. Наиме, док се по Уставу од 1990. год. председник Републике опозивао одлуком грађана на референдуму, сада се због повреде Устава разрешава одлуком Народне скупштине.³³ То је свакако мотивисано жељом уставотворца да ублажи елементе председничког система и смањи моћ председника, стављајући га у оквире парламентарног режима. У односу Владе према Народној скупштини, Устав од 2006. год. не мења важећа правила парламентарног режима. Народна скупштина бира Владу и ова пред њом одговара (установом изгласавања неповерења),³⁴ с тим да је постојећи арсенал контролних права Народне скупштине према Влади проширен, обogaћен. Устав од 2006. год. уводи и установу посланичког питања и интерпелацију,³⁵ што онај ранији, Устав од 1990. год., није предвиђао.

³⁰ Видети члан 113 Устава Републике Србије од 2006. год.

³¹ Срђан Ђорђевић, О Митровданском уставу, Крагујевац, 2009. год., стр. 95.

³² Видети члан 112 Устава Републике Србије од 2006. год.

³³ Видети члан 130 Устава Републике Србије од 2006. год.

³⁴ Видети члан 130 Устава Републике Србије од 2006. год. и члан 217 став 1 Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010. год.

³⁵ Видети Устав Републике Србије од 2006. год. и чл. 206 и чл. 220 став 1 Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010. год.

У условима функционисања овог модерног система власти Србије, ове контролне мере, функције парламента према Влади треба да обезбеде избалансиране односе између законодавне и извршне власти. Оне никако не коче Владу, не умањују њену ефикасност, већ напротив, само подстичу јачање равноправности посебних власти, успостављање стабилних односа на релацији парламент – Влада и опозиција – Влада. Нажалост, у нашој парламентарној пракси ове мере Народне скупштине према Влади не користе се често и нису делотворне да би утицале на то да Влада не буде прејака, не “искаче” из система уравнотежених власти, не угрожава стабилност и функционалност нашег (постојећег) система власти.

IV

Парламентарни режим је рођен у Енглеској, из ње се развијао и ширио Европом и светом. Тај енглески парламентаризам је од почетка особен и изражава специфичности енглеске политичке културе и традиције. Као такав се разликује од континенталног (европског) модела парламентаризма у много чему, а пре свега по односу између парламента и владе. Још је Слободан Јовановић, у своје време, добро приметио да је у енглеском парламентарном систему влада (кабинет) претежнији чинилац од парламента и да она (влада) води парламент, а да је у француском парламентарном систему парламент претежнији чинилац и да он заповеда влади.³⁶ Но, и за енглески, француски, као и остале парламентарне режиме, карактеристично је да су то режими гипке поделе власти. У њима се сарадњом и међусобним утицајем једне власти на другу (законодавне на извршну и обрнуто) постиже равнотежа, хармонија и равноправност посебних власти. Али то је само принцип, тако стоје ствари теоретски, док у пракси, животу, ништа није идеално па нема ни идеалне пропорције између појединих власти. Суштина парламентарног режима је у томе да се постигне да власти сарађују и узајамно зависе једна од друге,³⁷ тако да не претегне једна на рачун друге и обрнуто. Но, парламентаризам не значи статичан однос у коме се позиције власти не померају час у корист једне или на штету друге власти. То значи да и парламентарни режим пролази кроз фазе у којима се уочава преимућство једне власти над другом. Истина, то преимућство једне власти над дру-

³⁶ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год., стр. 372 и 373.

³⁷ Павле Николић, *Уставно право*, НИУ “Службени лист СРЈ”, Београд, 1994. год., стр. 249.

гом не сме да буде трајно јер би се парламентарни систем деформисао и извргнуо или у скупштински систем (ако би претегао парламент) или у ауторитарни систем, ако би превагу однела извршна власт. Која ће од ових власти у пракси да преовлада и колико ће то да траје, фактичко је питање. Важно је да тај поремећај не сме да доведе до трајне и потпуне премоћи једне или друге власти. Ту се више догађају одређене повремене осцилације у корист једне или друге власти, с тим да систем мора да тежи равнотежи и односима између власти које у принципу морају да буду равноправне. То се ипак тешко постиже и одржава па се тако и у парламентарном режиму уочава еволуција у смислу промене, померања положаја појединих власти. Тако, рецимо, В. Васовић уочава на почетку парламентарно стање ограничене монархове суверености, затим период уравнотежене краљевско-парламентарне власти, да би се преко система парламентарне суверености данас дошло до премоћи егzekутиве, односно ограничене супрематије извршно-управне власти.³⁸

Парламентарни режим је данас свуда (па и код нас) дошао до те тачке развоја у којој је влада постала јак и стабилан фактор власти, доминантан над парламентом. То није добро и озбиљно нарушава изворне принципе и доктрину парламентаризма која истиче равнотежу и равноправност подељених власти. У ствари, влада је свуда постала толико моћна да се тежиште система померило са парламента на њу.³⁹ Због тога владе све ређе падају у парламенту иако се између њих и парламента одвија скоро свакодневна комуникација посредством посланичких питања. Док је пракса посланичких питања развијенија, она друга са подношењем интерпелација и предлога за гласање о неповерењу влади је ређа, све више замире. Зато и владе више падају на изборима него у парламенту, што је типично за енглеску парламентарну праксу. У духу доследног парламентаризма је да влада више зависи од парламента, у њему добија или губи поверење (и мандат), а не на изборима. Уколико се владина одговорност изведе из оквира парламента, онда бисмо уместо парламентарне владе добили председничку владу, а уместо парламентарног председнички систем власти.

Тај ризик али и подужа пракса поремећених односа између законодавне и извршне власти присутни су у нашој, српској организацији државне власти. Са Милошевићевим режимом остварена је превага јаке председничке власти (председника Републике) над Народном скупшти-

³⁸ Видети Јован Комшић, *Теорије о политичким системима*, Институт друштвених наука, Београд, 2000. год., стр. 425.

³⁹ Миодраг Јовичић, *Велики уставни системи, елементи за једно упоредно уставно право*, ИРО "Светозар Марковић", Београд, 1984. год., стр. 405.

ном као и Владом. Такво стање се продужило и након демократских промена 5. октобра 2000. год. И у време председничког мандата Бориса Тадића, функција председника Републике је претегла и над Народном скупштином и Владом, да би данас под мандатом Александра Вучића била остварена превага Владе (њеног председника) и над Народном скупштином а и функцијом председника Републике. Такво стање се променило након српских, председничких избора (2. априла 2017. год.) где је победио кандидат Александар Вучић па се реална власт из Владе поново сели у кабинет председника Републике на Андрићевом венцу у Београду.

Као што је извршна власт својевремено била извор ауторитарног режима, тако је данас парламент, као представнички орган, извор парламентарног режима. Док је ауторитарни режим почивао на вољи, сили мањине, дотле демократски режим почива на вољи и пристанку већине грађана. Дакле, парламентарна демократија се заснива на парламенту, подразумева да он ужива примат над извршном влашћу. Из таквог његовог преимућства произлази и његова контролна функција, право да контролише извршну власт, пре свега владу, и санкционише њене активности које нису политички целисходне. Као такав, парламент је ближи демократији него извршна власт а то значи да је и ближи народу који “има известан (развијен) осећај за демократију”.⁴⁰ Иако парламентаризам подразумева аранжман подељених власти које су равноправне, уравнотежене, он ипак означава такав систем власти у коме парламент ужива супрематију у односу на друге две власти.⁴¹ У ствари, моћ парламента, барем у раној фази либерализма, произлазила је из његове владавине путем дискусије. Дакле, парламент је помоћу своје отворености и дискусије владао путем говора, односно контролисао извршну власт тим путем.⁴² Касније је то тзв. дискусионо значење парламента ограничено, умањено ауторитетом и повећаном улогом владе. Влада је у постлибералној фази грађанске државе парламенту значајно скратила ту дискусионую слободу и усмерила га на расправљање о оним питањима и стварима које она жели и иницира. Уместо да парламент веже владу и усмерава је, догодило се супротно. Он више нема ону предност, надмоћност над владом коју је имао у фази либералне демократије. То значи да је и та слобода говора у парламенту, његова расправљајућа власт ограничена.

⁴⁰ Алекс Драгнић, *Развој парламентаризма у Србији у XIX веку*, “Дечије новине”, Горњи Милановац, 1989. год., стр. 142.

⁴¹ Др Зоран Крстић, *Политичка улога и моћ парламента у парламентарним системима*, Београд, 2008. год., стр. 16.

⁴² Ибид, стр. 16.

Посланици сада нису самостални у парламенту, везани само вољом грађана (нације). Они су постали страначке личности, поданици своје партије, који дисциплиновано извршавају оно што од њих тражи партија. Посланици у својим парламентарним иступањима, дискусијама, воде мање рачуна о интересима грађана, а више брину о томе да буду по вољи и укусу својих партијских шефова. Зато данас и имамо такву ситуацију да уместо праве, слободне и парламентарне демократије функционише ограничена, диригована, партијска демократија у којој посланичко дискусионо право и слобода постаје пука формалност. Пошто је данас реална, ефективна власт у влади, она сама се налази пред искушењем да себе обуздава. Она (влада) иде “ивицом ножа”, стоји на самој граници легислативно-егзекутивног еквилибријума и дозирањем партијског утицаја на парламентарни живот.⁴³ У ствари, влада је под притиском да може више него што би смела, дакле, да има моћ са којом надилази улогу и моћ парламента. Зато је и принуђена да одржава привид парламентаризма, да се понаша као да је ограничена парламентом, како би остала у режиму парламентарне владе. Стварно, влада данас све мање зависи од парламента, а више од парламентарних избора. Због тога се и питање политичке контроле рада владе све више помера из парламента и сели у сферу реалне политике и избора. Ако желимо да имамо и одржимо парламентаризам, морамо да се изборимо да се одржи равнотежа између парламента и владе. Таква је ситуација данас и у нашем парламентарном режиму па би и мала премоћ парламента над владом била добродошла. Овако и наш парламент (Народна скупштина) каска за Владом, заостаје и губи иницијативу која је битна за креирање њене, пре свега законодавне, политике. Зато и код нас парламент мора да јача, појачава свој утицај на владу и своје право да контролише владу не своди на пуку формалност, нешто што има, а што ретко користи. Како год да гледамо на парламентарни режим, не смемо да се препустимо песимизму и поверујемо да је изгубљена битка за парламент и парламентарну демократију. И поред свих својих слабости, парламент још увек одолева притиску извршне власти, остаје веран својим изворним принципима и вредностима тако да влада још увек није стекла (преузела) апсолутну моћ.⁴⁴ Зато то делује утешно, улива наду да парламентаризам није изгубио битку, да парламент може и мора да савлада кризу у коју је запао. Он нема куда него да се избори са извршном влашћу, одоли искушењу и притиску моћи вла-

⁴³ Ибид, стр. 17.

⁴⁴ Paul Silkand and Rhodri Walthers, *How Parliament works*, Second edition, London and New York, 1989, pp. 42.

де и сачува своје место стуба и средишта парламентарне демократије. Мада и ми у Србији прижељкујемо јак и стабилан парламентарни систем власти, морамо да будемо свесни реалности, реалног односа снага и моћи појединих власти. Зато, како примећује проф. Златија Ђукић Вељковић, нема универзалног и идеалног облика парламентарног режима, већ он зависи, обликује се према конкретним друштвеним приликама које одређују које ће институције система имати стварну, а које више формалну власт.⁴⁵

V

Парламент је стално ширио, развијао и заступао идеју представништва, представљања, био језгро модерне представничке демократије све до краја Првог светског рата. Његова моћ је произлазила из демократских избора који су постали примарна база легитимне власти и представничке квалификације.⁴⁶ Парламент је у себи објединио представничку и регулаторну функцију са интегративном и едукативном. То значи да представништво, представљање, може бити успешно уколико се мноштво оних који се представљају интегришу и едукују у смислу припреме за квалитетно дискутовање, разумевање и аргументовање јавне политике.⁴⁷ Да би представништво, односно представљање било квалитетно, треба ујединити, груписати разнородна мишљења и гледишта која постоје у политици, на јавној сцени. То је сложен и тежак посао, утолико тежи што на модерној политичкој сцени доминирају бројне и различите странке које само подстичу поделе и разлике у политичком размишљању грађана.

С друге стране, јачање извршне власти угрожава парламент јер она (пре свега влада), ослањајући се на политичку већину (већинску партију), жели да преузме и потисне парламент из представничке и регулаторне сфере утицаја. Дакле, уместо да парламент буде центар представничке власти, оличење грађанске (националне) суверености и основни носилац нормативне власти, то данас постаје извршна власт, односно влада у парламентарном (представничком) режиму. Парламент је по дефиницији представничко тело и највише он може и мора да буде

⁴⁵ Др Златија Ђукић Вељковић, *Огледи о политичком представништву и изборима* (свеска прва), Правни факултет, Београд, 1995. год., стр. 15–16.

⁴⁶ Карл Јоаким Фридрих, *Конституционална демократија, теорија и пракса у Европи и Америци*, "CID", Подгорица, 2005. год., стр. 261.

⁴⁷ Ибид, стр. 261.

представнички орган и да представља грађане и њихове интересе. Ако он данас у парламентарној демократији није суверен у смислу актуелне енглеске доктрине о парламентарној суверености, није ни ниже од тога. То значи да парламент ужива ауторитет централне политичке институције према којој извршна власт има да се односи са респектом. Недопустиво је оно што се дешава у неким земљама, а и код нас, да се срозава углед и ауторитет парламента и да се средиште политичке моћи преноси са њега на извршну власт, пре свега владу. То је тенденција која прати неке државе грађанске оријентације, а пре свега оне које су одско-ро кренуле путем изградње грађанске демократије. Ту се мисли на бивше социјалистичке (комунистичке) државе које су доскоро живеле у режиму ауторитарне власти, формално оличене у систему демократског (скупштинског) јединства власти.

За представничку демократију су неодрживи, неприхватљиви аргументи који се истичу против јачања парламента, а на штету извршне власти. Они се свде на то да је јак парламент штетан, да ствара опасност од претераног мешања, задирања у рад извршне власти,⁴⁸ али и не само то. Ти приговори се истичу и у смислу “кривице” парламента што се грађани недовољно и директно не ангажују у вршењу одређених јавних послова или се онемогућава широким народним слојевима укључивање у процес политичког одлучивања.⁴⁹ Парламент сам по себи, јак или слаб, не може да отклони органске слабости представничког (парламентарног) система власти или да их преобрази у његове предности, врлине. Он, као језгро представничког система, дели његову судбину, прима на себе и оно што је добро, али и лоше од тог система. Зато нигде нема идеалног представничког система, већ се он нужно комбинује са институцијама непосредне демократије па се као најбоље решење појављује систем полунепосредне демократије. Но, и представнички систем власти, такав какав је, прихватљивији је са јачим парламентом, а слабијом и контролисаном владом него обрнуто, јаком владом и слабим и контролисаним парламентом. У ствари, парламентарни систем власти свуда тражи и јак парламент и јаку парламентарну владу.

Јачина, моћ и парламента и владе произлази из исте политичке, страначке већине. Та политичка већина даје подједнаки легитимитет и једној и другој власти, одржава их у равнотежи и држи на извесној дистанци која спречава недопустиво мешање једне власти у послове дру-

⁴⁸ Др Зоран Крстић, *Политичка улога и моћ парламента у парламентарним системима*, Београд, 2008. год., стр. 19.

⁴⁹ Ибид, стр. 19.

ге и обрнуто. Парламент нема легитимитет и мандат да управља владом и њеним пословима, већ само да је контролише. Са своје стране, влада добија средства повратног утицаја на парламент како би спречила да се он понаша као једина, искључива и највиша власт, извор осталих, нижих власти. И у нашем парламентарном систему парламент и влада траба да буду једнаки и уравнотежени, да се одржавају у својој сфери власти и утицаја, без обзира на то да ли је тренутно једно од њих јаче а друго слабије. Пожељније је (и мање опасно по опстанак парламентарног режима) да парламент буде јачи и утицајнији од извршне власти јер је он колегијалан орган, а извршна власт се третира као индивидуалан (инокосан) орган. Или, још одређеније речено, парламент је више и шире представничко и колегијално тело него што је то влада као део индивидуализоване извршне власти. Зато представништво, представнички систем власти, боље и ефикасније обезбеђује и штити парламент него извршна власт, односно влада.

На парламент не сме да се гледа као на древну, превазиђену институцију која траје од XIV века и која не може да се прилагоди духу и времену бирократског (технократског) управљања и одлучивања. Иако парламент и данас мање-више ради онако како је радио некад (почев од XIV века па до данас), дакле на класичан начин, путем дискусија, парламентарне борбе која дуго траје и исцрпљује њене учеснике, он (парламент) још увек нема замену у представничком систему власти. Не може се власт одлучивања, управљања (и нормирања) тако модернизовати да то значи заобилажење класичног начина рада и процедуре коју поштује и примењује парламент. Из такве технике и процедуре рада парламент (ма како на њу гледали или је сматрали анахроном) парламент се још увек одржава и преживљава, из ње црпи своју политичку улогу и положај у систему парламентарне демократије. Пред Србијом је озбиљан задатак да унапреди постојећи систем власти, догради га чистим и доследним парламентарним режимом. То значи и да треба да се отклоне, превазиђу елементи мешовитог система на који демократске, постоктобарске (након 5. октобра 2000. год.) снаге нису рачунале, већ су прижељкивале његову промену. Мешовити систем власти се од почетка (дакле од 1990. год.) није показао као прикладан и функционалан у српским уставним и политичким приликама. Србији је требао и данас треба чист парламентарни систем у коме се остварује доследна подела и равнотежа између законодавне и извршне власти.

То у Србији не успева већ двадесетак година, од како је напустила социјалистички, тоталитарни режим и започела изградњу грађанског демократског друштва. Остаци недемократске прошлости се у Србији огледају у уставној позицији и улози председника Републике која се не слаже, не уклапа у систем доследне поделе власти у облику парламентарне демократије. Извршна власт, односно пре свега функција шефа државе, од почетка није уставом организована и изведена на прави начин, онако како се очекивало и како одговара духу парламентаризма. У зависности од ауторитета и менталитета личности која је врши, функција председника Републике се у пракси лако преобрази и изроди у самостални и независни орган, сам центар државне власти. То се догодило у случају првог демократски изабраног председника Слободана Милошевића, али и неких после њега, пре свега Бориса Тадића. Ни после њих у српском уставном и политичком систему није отклоњен ризик, опасност од превласти извршне власти, појаве моћног председника Републике и задржавања нефункционалног мешовитог система власти. У одсуству моћног председника Републике, након Милошевића и Тадића, ауторитет одржава Влада са својим моћним шефом. То је управо случај са данашњом Србијом на чијем челу се налази моћан премијер који је својом моћи засенио и председника Републике и Народну скупштину. Тако се у политичкој и уставној пракси Србије већ двадесетак година одржава недемократска, ауторитарна извршна власт и моћ која се, према конкретној ситуацији, сели од председника Републике на Владу и обрнуто. Под тако моћном извршном влашћу нема услова да се изведе равнотежа између законодавне и извршне власти и оствари парламентарни систем власти. Народна скупштина је још од Милошевићевог режима у сенци јаке извршне власти – прво председника Републике а сада Владе и њеног моћног премијера. Како ствари стоје, у догледно време не можемо да очекујемо да се нешто промени у корист Народне скупштине и јачања парламентаризма, а слабљења и отклањања опасности од ауторитарне власти коју оличава или председник Републике или председник Владе. Нажалост, не можемо да констатујемо да Србија напредује у развоју парламентарног система власти. Штавише, догађа се супротно, да у томе чак и назадује, па вероватно још дуже времена неће себи да обезбеди место у породици развијених европских демократских и парламентарних држава, како то сви прижељкујемо. Србија се чак по степену парламентарне демократије налази далеко испод оног нивоа на коме је била у XIX веку, у време процвата њеног парламентаризма. Такво стање је неодр-

живо и мора да се мења. Србија мора да напредује, брже се креће и приближи оном нивоу парламентарне демократије са којег може да се пореди са европским државама развијене грађанске демократије.

**Mihajlović Vladan, Faculty of law, Dean,
Univerzity in Kosovska Mitrovica**

APPROXIMATION AND ADAPTATION OF THE MODERN SERBIAN STATE TO THE GOVERNMENT PARLIAMENTARY SYSTEM (DEMOCRACY)

Summary

Serbia accepted the idea of parliamentary early in the 19th century, but it has not constantly followed and developed until today. While at the end of the 19th century, it was flourishing everywhere, this was not the case at the beginning of the 20th century in the Kingdom of Yugoslavia, under the leadership of Aleksandar Karadjordjevic, the king, parliamentary democracy was demolished and a restoration of the authoritarian regime was created. In communist Yugoslavia (and Serbia) for almost 50 years a communist non-democratic regime was ruled by the dictatorship of the one communist party and the denial of the values and achievements of a democratic civilization. It was not until the 1990s that Serbia cleared up with communism and went toward democracy. The 1990 Constitution accepted the principle of the distribution of power, but in real life, it was not constantly implemented. By the circumstance, Serbia, instead of a pure parliamentary regime, accepted deformed, quasi-parliamentarianism, or even more precisely, a mixed system of the power. This system has achieved the dominance of the executive over the legislative power and in Serbia has restored undemocratic relations into practice. This mixed system is still being held in Serbia and it represents a major obstacle to progress in the direction of development of parliamentary democracy. Without a parliamentary system fully established, Serbia cannot move forwards and approach the European values of life in desires. This parliamentary regime means such an organization of the state power where equality and balance in relation to legislative and executive power are achieved.

Keywords: *establishment of Serbian parliamentary system in the 19th century, 1888 Constitution and prosperity of Serbian parliamentary democracy, crisis and downfall of the parliamentary regime in the Kingdom of Yugoslavia, revival of parliamentary system notion in Serbia during the post-socialist period, quasi-parliamentary government system in the Serbian Constitution from 1990, Serbian Constitution from 2006 and perspective of development of more moderated parliamentary regime, difficulties and challenges en route to building proper and pure Serbian parliamentary system and abandoning solutions and practices of the mixed system.*

СУДИЈСКА ОДГОВОРНОСТ И ВЛАДАВИНА ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Проф. др Игор Милинковић*

***Апстракт:** Владавина права није могућа без независног судства. Наведени став дијеле сви аутори који су настојали да одреде појам и принципе владавине права, без обзира на то да ли су заговарали уже, процедурално схватање владавине права, или су се опредјељивали за ширу, супстанцијалну дефиницију овог појма. Независност судства, међутим, не подразумијева неограничену аутономију судијског дјеловања. Неопходно је да напори ка јачању независности судства буду праћени бригом о унапређивању механизма судијске одговорности, у супротном самовоља, нестручност и произвољно дјеловање могу прожети и судске институције.*

У раду је, након кратке анализе садржине релевантних међународних докумената, испитан законски третман судијске одговорности у Босни и Херцеговини. Иако је он, највећим дијелом, у складу са утврђеним међународним стандардима, извјесне корекције законских одредаба којима се уређују различити облици судијске одговорности сугерисане су, полазећи од ставова садржаних у међународним изворима и рјешења прихваћених у упоредном законодавству.

***Кључне ријечи:** владавина права, судијска одговорност, дисциплинска одговорност, кривична одговорност, грађанска одговорност.*

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Увод. Независност судства, судијска одговорност и владавина права

Јачање владавине права третира се као један од кључних фактора у процесу изградње демократског уређења и успостављања адекватног оквира заштите људских права.¹ Иако се појму владавина права често упућују приговори због његове недовољне одређености и подложности различитим интерпретацијама (неријетко и злоупотребама), о извјесном броју принципа владавине права постигнут је својеврстан консензус. Један од таквих принципа јесте и независност судства. Аутори који настоје да дефинишу принципе владавине права, међу њих, по правилу, сврставају принцип подјеле власти, и, као његов саставни елемент, принцип независности судства. Независност судства појављује се као један од заједничких именитеља разнородних концепција владавине права, у распону од оних ужих, позитивистички и процедурално обојених (нпр. Разова (Raz))², до схватања која се одликују екстензивношћу и наглашенијим супстанцијалним карактером³. Прихватљива је, стога, Вентерова (Venter) оцјена о независности судства као једном од неспорних елемената владавине права (иако су остали елементи које овај писац наводи подложнији расправама, попут захтјева да „право мора бити правично“, те је њихова „неспорност“ упитна).⁴ Представници различитих правнотеоријских оријентација независност судства третирају као „неужну и неизбјегну претпоставку владавине права“.⁵

Владавина права „захтијева ефикасан систем хоризонталне одговорности који сачињавају институције власти које једна другу чине од-

¹ A. Seibert-Fohr, „Introduction. Challenge of Transition“, *Judicial Independence in Transition* (ed. A. Seibert-Fohr), Springer, 2012, 1.

² Ц. Раз међу принципе владавине права сврстава захтјев да „независност судства мора бити зајемчена“ (J. Raz, „The Rule of Law and its Virtue“, *The Law Quarterly Review*, Vol. 93, April 1977, 200)

³ Алан (Allan), чија се концепција владавине права често наводи као примјер ширег, супстанцијалног схватања овог појма, очигледним сматра да се појам владавине права темељи на „основној подјели власти између различитих државних органа. Улога суда као медијатора између оних који владају и оних над којима се влада захтијева брижљиво очување независности судства у односу на друге гране власти“ (T.R. Allan, „Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 1985, 125)

⁴ F. Venter, „The Rule of Law as a Global Norm for Constitutionalism“, *The Legal Doctrines of The Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)* (eds. J.R. Silkenat, J.E. Hickey, P. Barenboim), Springer, 2014, 99.

⁵ M.N.S. Sellers, „What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?“, *The Legal Doctrines of The Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)* (eds. J.R. Silkenat, J.E. Hickey, P. Barenboim), Springer, 2014, 10.

говорним праву и јавности“⁶. Да би се афирмисало као релевантан елемент система хоризонталне одговорности, самим тим и фактор јачања владавине права, судство „не смије бити подређено другим гранама власти, војсци, или моћним елементима из приватног сектора“⁷. Само као независни, судски органи могу допринијети сузбијању арбитрерних поступака власти, издићи се изнад пасивног посматрача, понекад чак и оруђа, политичке објести и самовоље. Независност судства, међутим, не подразумејева апсолутну аутономност судијског дјеловања. С правом се упозорава да независност судства не смије бити схваћена „као принцип потпуне судијске аутономије и власти, већ у својој функционалној улози у демократској држави заснованој на владавини права“⁸. Неопходно је да напори ка јачању независности судства буду праћени бригом о унапређивању механизма судијске одговорности, у супротном самовоља, нестручност и произвољно дјеловање могу прожети и судске институције. Један од највећих изазова за законодавца, стога, јесте да обезбиједи одговорност судија, а да при том у питање не доведе њихову независност.

Међународни стандарди судијске одговорности

Значај независности судства наглашен је у бројним међународним документима. Истовремено, велики број ових докумената упозорава на потребу да се осигура одговарајући ниво одговорности судија, у складу са стандардима који ће обезбиједити да институт судијске одговорности не буде злоупотребљен као средство за политички прогон припадника судијске професије.

Основним принципима независности судства⁹, документом усвојеним на Седмом конгресу Уједињених нација о спречавању злочина и поступању према преступницима у септембру 1985. године, и подржаним од стране Генералне скупштине Уједињених нација у новембру исте године, наглашен је значај постојања одговорности судија за

⁶ R.B. Chavez, „The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes“, *The Oxford Handbook of Law and Politics* (eds. K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira), Oxford University Press, 2008, 65)

⁷ Ibid.

⁸ A. Seibert-Fohr, „Introduction. Challenge of Transition“, *Judicial Independence in Transition* (ed. A. Seibert-Fohr), Springer, 2012, 4.

⁹ Доступно на: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/basic-principles-on-the-independence-of-the-judiciary/>

њихово професионално дјеловање, али и потреба да границе судијске одговорности буду јасно дефинисане и да њено утврђивање буде засновано на принципима правичног поступка. Принципом 16 предвиђено је да: „Не дирајући у дисциплинске поступке, право на правни лијек или обештећење од државе, у складу са националним правом, судије треба да уживају лични имунитет од грађанских тужби за накнаду штете за непрописне радње или пропуштања у вршењу судијске дужности.“ Принципом 17 упозорено је на потребу да одговорност судија буде утврђивана у складу са одговарајућим стандардима правичног поступка: „Оптужбе или жалбе против судија, поднијете у вези са судијским и професионалним способностима, биће брзо и праведно размотрене у одговарајућем поступку“. Истим принципом предвиђено је да судија има право на правично саслушање и да почетна фаза разматрања случаја треба да буде повјерљива, осим ако судија не захтијева друкчије. Принципом 18 утврђено је да судија може бити удаљен с дужности или разријешен, само уколико је неподобан да настави с обављањем своје функције због неспособности или недоличног понашања. Документом је предвиђено да одлуке у свим дисциплинским поступцима и поступцима за удаљење с дужности или разрјешење треба да буду донесене у складу с установљеним правилима понашања судија (Принцип 19) и да наведене одлуке треба да подлијежу независном преиспитивању (Принцип 20).

Активности усмјерене ка регулисању основних питања судијског статуса и стандарда њиховог професионалног дјеловања, укључујући и напоре ка дефинисању одговарајућег оквира за утврђивање судијске одговорности, континуирано се предузимају и у оквиру Савјета Европе. Најзначајнији извор европских стандарда судијске одговорности представља Препорука Министарског комитета Савјета Европе R(10)12 о независности, ефикасности и улози судија.¹⁰ Препоруком је наглашен значај постојања судијског имунитета, али и потреба да судије сносе одговорност за своје незаконито и непрофесионално дјеловање. У Поглављу VII Препоруке, у чл. 66, прописано је да мишљење судије дато приликом тумачења правних норми, вредновања чињеница или разматрања доказа, када он врши своју службену дужност, не може представљати основ за дисциплинску или грађанскоправну одговорност, осим уколико је судија поступао злонамјерно (*in cases of malice*) или с крајњом непажњом. У погледу грађанскоправне одговорности судија, утврђено је да захтјев за на-

¹⁰ Доступно на: <https://rm.coe.int/16807096c1>

кнаду штете против судије може поднијети искључиво држава у судском поступку (чл. 67). Судије у обављању службене дужности не могу бити сматране кривично одговорним за мишљење дато приликом тумачења правних норми, оцјењивања чињеница или разматрања доказа, осим уколико су поступале злонамјерно (чл. 68). Препоруком је предвиђена могућност покретања дисциплинског поступка против судија које своје дужности не обављају на ефикасан и правилан начин. Такав поступак треба да спроводи независно тијело или суд, уз поштовање правила правичног поступка, и судији треба бити омогућено да поднесе жалбу на одлуку којом му је изречена санкција. Дисциплинске санкције треба да буду пропорционалне учињеном прекршају (чл. 69). Препоруком је ажуриран текст Препоруке R(94)12¹¹, коју је, под истим називом, Министарски комитет Савјета Европе усвојио 1994. године.

Иако не представља званичан документ усвојен од стране органа Савјета Европе, Европска повеља о закону за судије¹² садржи релевантне смјернице за регулисање низа питања повезаних са статусом судије, укључујући и проблем судијске одговорности. Овај документ усвојен је на мултилатералној међународној конференцији о статусу судија у Европи, одржаној у Стразбуру од 8. до 10. јула 1998. године. Чланом 5 ст. 1 Повеље, предвиђено је да у случају повреде законом прописане дужности, судији санкција може бити изречена „једино на основу одлуке донесене по приједлогу, препоруци или уз сагласност суда или другог органа, који чини најмање половина изабраних судија, у оквиру поступка који укључује потпуно саслушање странака и у коме судија против кога је поступак покренут има право на заступање“. Санкције које могу бити изречене судији морају бити прописане законом, а приликом њиховог изрицања мора бити поштован принцип пропорционалности. Одлука органа овлашћеног за изрицање санкције треба да буде подложна испитивању од стране више судске инстанце.

Повеља третира и проблем грађанскоправне одговорности судија. Према чл. 5 ст. 2 Повеље, законом може бити предвиђено право државе да, у одређеном року, покрене поступак за регрес од судије у случају тешког и неопростивог кршења правила која регулишу обављање судијских дужности. Подношењу тужбе надлежном суду треба да претходи договор са независним тијелом, које чини најмање половина изабраних судија (и чије образовање је сугерисано Повељом).

¹¹ Доступно на: <https://rm.coe.int/16804c84e2>

¹² Доступно на: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1766485&direct=true>

Повељом се захтијева и да свим грађанима буде омогућено, без посебних формалности, подношење пријаве независном тијелу, у оним случајевима када сматрају да је право погрешно примијењено. Повељом је сугерисано образовање посебног тијела, независног у односу на орган који спроводи дисциплински поступак, које би било овлашћено да пријаве упућене од стране грађана размотри и, уколико утврди да је до повреде несумњиво дошло грешком судије, предмет прослиједи надлежном дисциплинском органу, или да то препоручи органу који је по закону за то надлежан (чл. 5 ст. 3 Повеље). Занимљиво је да су покушаји да се ова одредба примијени у пракси били праћени бројним контроверзама.¹³

За дефинисање стандарда судијске одговорности велики значај имају и активности Консултативног савјета европских судија (КЕСЕ), савјетодавног тијела образованог од стране Министарског комитета Савјета Европе 2000. године, у циљу јачања положаја судске власти у државама-чланицама, унапређивања међусобног уважавања између законодавне, извршне и судске власти и постизања већег повјерења грађана Европе у правосудни систем.¹⁴ У мишљењима која издаје, КЕСЕ је изнио и ставове о проблему судијске одговорности, на које ће, у кратким цртама, овом приликом бити упозорено.

У Мишљењу КЕСЕ-а бр. 1¹⁵, истакнута је потреба да принцип сталности судијске функције, као значајан елемент судијске независности, буде заштићен на највишем унутрашњем нивоу, и да процедуре утврђивања дисциплинске одговорности судија треба да подразумијевају учешће независног тијела, уз пуно поштовање права на одбрану оптуженог судије. КЕСЕ сугерише израду стандарда којима би било дефинисано не само понашање судије које може довести до разрјешења од дужности, већ и свако друго понашање које може резултирати изрицањем дисциплинске мјере или промјеном статуса.

¹³ У Македонији је, у фебруару 2015. године, усвојен Закон о утврђивању чињеница и покретању процедуре за утврђивање одговорности судија. Законом је основан Савјет за утврђивање чињеница, с намјером да се Судски савјет Републике Македоније ослободи дијела послова повезаних са утврђивањем дисциплинске одговорности. Законом је Савјету за утврђивање чињеница повјерено иницирање дисциплинских поступака и поступака за неетичко и непрофесионално понашање судија пред Судским савјетом. Овлашћење Савјета које је примљено с нарочитим подозрењем јесте његово право да одбаци пријаву као неосновану, чиме се могућност вољења дисциплинског поступка гаси. (Више о томе у: N. Chalovska et al., "Judiciary and Human Rights in Macedonia", Helsinki Committee of Human Rights in Macedonia, Skopje, 2015)

¹⁴ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/presentation/ccje_en.asp

¹⁵ Доступно на: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp

У Мишљењу КСЕС-а бр. 3¹⁶ из 2001. године, упозорено је на чињеницу да овлашћења и повјерење које друштво указује судијама условљавају постојање извјесних мјера за обезбјеђење судијске одговорности (укључујући и могућност да судије буду разријешене дужности, у случајевима када њихово недолично понашање оправдава такву санкцију). У погледу кривичне одговорности судија, Мишљењем је констатовано да судије треба да подлијежу кривичној одговорности у општем праву, за дјела учињена изван судијске функције. Став КСЕС-а је да кривична одговорност не би требало да буде предвиђена у случајевима када судија, обављајући службену дужност, поступа с крајњом непажњом. У погледу грађанске одговорности судија, Мишљењем се заговара општи принцип да судије треба да уживају потпуни имунитет у погледу захтјева за накнаду штете упућених директно против судије, уколико службену дужност врше „у доброј вјери“. Овим се, међутим, не искључује могућност регресног захтјева од стране државе (став КСЕС-а је да је регресни захтјев против судије оправдан само у случајевима када је он штету проузроковао намјерно, не и у оним случајевима када му се на терет ставља крајња или неопростива непажња). Мишљење уређује и материју дисциплинске одговорности. Поновљени су захтјеви да понашање које представља основ за вођење дисциплинског поступка буде дефинисано законом или статутом, на што прецизнији начин, и да вођење поступка буде у надлежности независног тијела. Мишљењем се захтијева да судијама буде осигурано право жалбе суду, као и да дисциплинске санкције треба да буду сразмјерне тежини дисциплинског прекршаја.

Потреба да се онемогуће злоупотребе института судијске одговорности, као пријетња независности судства и владавине права, наглашена је у Мишљењу КСЕС-а бр. 10¹⁷, као и посебна одговорност коју за спречавање наведених појава имају судски савјети. Мишљењем се констатује да у условима гдје судија подлијеже законским или дисциплинским санкцијама због одлука које доноси није могуће одржати баланс између судијске независности и демократских овлашћења. Задатак је судског савјета да недвосмислено осуди политичке пројекте осмишљене да се судијама ограничи слобода доношења одлука. Овим се, међутим, не умањује обавеза судија да поштују закон. Мишљењем је још једном подвучена неопходност да судије које занемарују пред-

¹⁶ Доступно на: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1046405&Site=C&direct=true>

¹⁷ Доступно на: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp

мете, усљед немара или очигледне некомпетентности, буду подвргнуте дисциплинским санкцијама, изреченим од стране независног тијела ослобођеног сваког политичког утицаја, на основу јасно дефинисаних дисциплинских прекршаја (представници политичке власти, попут шефа државе или министра правосуђа, не смију бити чланови дисциплинског тијела).

У Мишљењу КСЕС-а бр. 18 из 2015. године, посвећеном положају судске власти и њеном односу с другим гранама државне власти у модерној демократији, истакнуто је да судска власт, као и све друге власти, мора заслужити повјерење јавности показујући одговорност према друштву и другим државним властима. Неопходно је да недолично понашање судија, у зависности од природе прекршаја, буде подвргнуто кривичној, грађанскоправној или дисциплинској одговорности. Мишљењем није извршена шира елаборација наведених облика одговорности, али су ипак наглашени неки од раније дефинисаних принципа. Тако је констатовано да задаци тумачења правних норми, разматрања доказа и оцјењивања чињеница које судије реализују приликом доношења одлука не би смјели довести до грађанскоправне или дисциплинске одговорности судија, осим у случајевима зле намјере, намјерне повреде или, према потреби, грубе непажње. Уколико држава треба платити одштету страни у спору због пропуста у раду суда, искључиво држава, а не оштећена страна у спору, треба имати овлашћење за успостављање, кроз судски поступак, грађанскоправне одговорности судије.

КСЕС је 2010. године усвојио Велику повељу судија (*Magna Carta of Judges*)¹⁸, чији фундаментални принципи уређују и питање судијске одговорности. Повељом је, као једно од јемстава независности судства, наведен захтјев да дисциплинске поступке против судија треба да спроводи независно тијело, уз прописивање могућности жалбе судском органу (чл. 6). Неправилно понашање које за посљедицу може имати изрицање дисциплинских санкција мора бити утврђено законом или основном повељом (чл. 19). Чл. 20 Повеље прописано је да ће судије бити кривично одговорне за прекршаје почињене ван судијске дужности (за ненамјерне пропусте приликом обављања службене дужности неће се сматрати кривично одговорним). Није примјерено да судије буду изложене било каквом облику личне одговорности за поступке предузете приликом обављања судијске дужности, чак ни у форми регресног захтјева од стране државе, осим у случају намјерног пропуста (чл. 22).

¹⁸ Доступно на: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1707925&direct=true>

Анализа одредаба релевантних међународних докумената говори о својеврсном консензусу када је о основним питањима судијске одговорности ријеч. У наредним редовима биће анализирани одговарајуће одредбе законодавстава Босне и Херцеговине (БиХ) и њених ентитета: Републике Српске (РС) и Федерације Босне и Херцеговине (ФБиХ), и размотрена њихова усклађеност са међународним стандардима судијске одговорности. Имајући у виду да се одговорност судија превасходно реализује посредством одговорности за дисциплинске прекршаје, док су други видови судијске одговорности рестриктивније постављени и ограничени на оне најдрастичније случајеве злонамјерног или неодговорног поступања судија, у наставку текста прво ће бити размотрен нормативни оквир дисциплинске одговорности судија у БиХ, а потом уставне и законске одредбе које третирају кривичну и грађанску одговорност припадника судијске професије.

Одговорност судија у Босни и Херцеговини

Дисциплинска одговорност

Дисциплинска одговорност судија дефинише се као одговорност „за повреду судијске дужности прописану законом, за коју се у прописаном поступку изриче законом одређена казна“.¹⁹ Основни циљ дисциплинске одговорности јесте „да осигура, пријетњом и примјеном дисциплинских санкција ... да судије, у својој улози јавних службеника, иако посебне врсте, поштују своје службене дужности, тј. своје јавноправне дужности према држави и грађанима“²⁰. Специфичност дисциплинске одговорности судија, која проистиче из посебног друштвеног значаја судијске функције, огледа се у чињеници да дужности судије, чије се повреде квалификују као дисциплински прекршаји, нису нужно ограничене на понашање у суду. Дисциплинска одговорност судија „обично се проширује на извјесне нејасно дефинисане облике понашања изван суднице, као што су поступци за које може да се сматра да нарушавају углед

¹⁹ М. Галиот, С. Човић, Д. Јурас, „Казнена и стеговна (дисциплинска) одговорност судца“, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријечи, бр. 34/2, 2013, 867.

²⁰ М. Cappelletti, “Who Watches the Watchmen?” *The Comparative Study on Judicial Responsibility*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, 1983, 46.

судства или повјерење грађана у независност судије²¹. Постојање таквих дисциплинских прекршаја говори о посебним, вишим стандардима понашања судија, који нису стриктно повезани са обављањем судијске функције.

Закон о Високом судском и тужилачком савјету (ВСТС) БиХ²² не садржи општу дефиницију дисциплинског прекршаја, за разлику од закона неких других земаља гдје је она наведена у посебном члану. Законом о судијама Републике Србије²³ (иако овај закон конкретне дисциплинске прекршаје, њих 18, и таксативно набраја)²⁴, дисциплински прекршај дефинисан је као „несавесно вршење судијске функције или понашање судије недостојно судијске функције, прописано овим законом“ (чл. 89). Навођење једне опште дефиниције дисциплинског прекршаја оправдано је, утолико, што се посебном законском одредбом дефинише оквир прихватљивог понашања судија, одн. претходно оцртава општи правац у коме ће конкретни дисциплински прекршаји бити утврђени. Неприхватљиво је, међутим, да се законодавац ограничи само на једну уопштenu формулацију дисциплинског прекршаја, чије би тумачење у конкретним случајевима носило ризик произвољности и отворило врата могућим злоупотребама. Такво рјешење било је предвиђено италијанским Законом бр. 311 од 31. маја 1946. године. Законом је, у чл. 18, дисциплински прекршај дефинисан као понашање судије „који не поштује своје дужности, или се понаша, у служби или ван службе, на начин који га чини недостојним повјерења и положаја, или нарушава углед судске организације“²⁵. Потреба да основ за покретање дисциплинског поступка буде прецизно дефинисан, нарочито у оним случајевима када постоји могућност да судија буде разријешен дужности, наглашена је и Препоруком Министарског комитета Савјета Европе R(94)12. С друге стране, у виду треба имати чињеницу да идеал апсолутне прецизности није могуће реализовати. Како је упозорено у Мишљењу КСЕС-а бр. 3, и у оним државама у којима се дисциплински прекршаји таксативно наводе (као примјер је наведена Словенија), њихови описи садрже уопштене (catch-all) формулације и подразумевају оцјењивање степена кривике

²¹ Ibid, fn. 223.

²² Службени гласник БиХ, бр. 25/04, 93/05 и 15/08.

²³ Службени гласник Републике Србије, бр. 116/08, 58/09, 104/09, 101/10, 8/12, 121/12, 124 /12, 101/13, 117/14, 40/15, 63/15, 106/15, 63/16 и 47/17.

²⁴ Чл. 90 Закона.

²⁵ A. Suterardo, “Judiciary Liability in Italian System”, MEDEL Report, 1. (Доступно на: <http://www.medelnet.eu/images/stories/docs/Judiciary%20liability%20italy.pdf>)

у сваком конкретном случају. Стога ово тијело заступа мишљење а „није неопходно ... или чак могуће на европском нивоу настојати да се опише прецизним или детаљним појмовима природа свих прекршаја који би могли довести до дисциплинских поступака или санкција“.

Законом о ВСТС настојало се предвидјети средње рјешење. У чл. 56 Закона, дисциплински прекршаји судија таксативно су набројани. Након што су у 22 тачке описани конкретни дисциплински прекршаји, у тачки 23 утврђено је да ће се прекршајем сматрати и „било какво друго понашање које представља озбиљно кршење службене дужности или доводи у питање повјерење јавности у непристрасност и кредибилитет судства“. Једном општом формулацијом жељело се омогућити дисциплинским органима да санкцију изрекну и за оне облике судијског понашања које није могуће подвести под претходно дефинисане дисциплинске прекршаје. Истовремено је, међутим, у значајној мјери проширени простор дискреционог одлучивања дисциплинских тијела.

Закон о ВСТС не предвиђа подјелу дисциплинских прекршаја на лакше и теже. Теоретски, то значи да за сваки дисциплински прекршај, без обзира на озбиљност деликта, може бити изречена било која од законом предвиђених дисциплинских мјера (изузетак представља једино најтежа дисциплинска мјера, разрјешење дужности, гдје је законодавац предвидио да она може бити изречена само за „озбиљне“ дисциплинске прекршаје, не прецизирајући, додуше, у чему нарочита тежина прекршаја треба да се огледа). Таквим приступом повећава се ризик од арбитрерности и неуједначеног поступања приликом изрицања санкција. Посљедице одсуства подјеле на лакше и теже дисциплинске прекршаје, у извјесној мјери, ублажене су одредбама чл. 59 ст. 1 Закона, којим су утврђени принципи за изрицање дисциплинских санкција. Овим чланом прописано је да се приликом изрицања дисциплинских мјера мора узети у обзир принцип пропорционалности, одн. водити рачуна о сљедећим чињеницама: броју и тежини учињеног дисциплинског прекршаја и његовим посљедицама, степену одговорности, околностима под којима је прекршај учињен, дотадашњем раду и понашању учиниоца прекршаја и свим другим околностима које могу утицати на одлуку о тежини и врсти дисциплинске мјере, укључујући степен кајања и/или сарадње коју је прекршитељ показао током дисциплинског поступка.

У упоредном праву наилази се на примјере класификовања дисциплинских прекршаја према њиховој тежини. Постојање различитих врста дисциплинских прекршаја, по правилу, праћено је и

прописивањем различитих процедура за утврђивање судијске одговорности (за лакше прекршаје предвиђена је мање компликована процедура, одн. утврђивање дисциплинске одговорности судије повјерено је различитим тијелима). Ограничења се предвиђају и у погледу санкција које могу бити изречене за поједине категорије дисциплинских прекршаја. Закон о судијама и судијама поротницима Словачке из 2000. године, чл. 117, увео је подјелу дисциплинских прекршаја на: дисциплинске прекршаје, озбиљне дисциплинске прекршаје и озбиљне дисциплинске прекршаје неспојиве са дужношћу судије (санкција разрјешења дужности може се изрећи искључиво за трећу, најтежу врсту дисциплинских прекршаја). Овим законом напуштена је дотадашња дихотомна подјела на дисциплинске прекршаје и озбиљне дисциплинске прекршаје.²⁶ Разгранату класификацију дисциплинских прекршаја предвиђа и Закон о Судском савјету и судијама Црне Горе²⁷. Чл. 108 Закона предвиђено је да: „Судија и предсједник суда као судија дисциплински одговара за лакше, теже и најтеже дисциплинске прекршаје“. Санкција разрјешења судије може се изрећи само за најтеже дисциплинске прекршаје (чл. 109 ст. 2 Закона).²⁸ Законом је предвиђена различита процедура за утврђивање дисциплинске одговорности судије, у зависности од тежине дисциплинског прекршаја. Поступак утврђивања дисциплинске одговорности судије за лакше и теже дисциплинске прекршаје спроводи Дисциплинско вијеће (које чине три члана Судског савјета – двојица судија и један члан из реда угледних правника, који је предсједник Вијећа), док дисциплинску одговорност за најтеже дисциплинске прекршаје спроводи Судски савјет.²⁹ У Шпанији, Органским законом о судству³⁰ из 1985. године дисциплински прекршаји подијељени су на лакше, озбиљне и веома озбиљне (чл. 416, ст. 1 Закона). Подјелу дисциплинских прекршаја судија на лаке, озбиљне и најтеже предвиђа и Органски закон бр. 9877 о организацији судства Републике Албаније из 2008. године (чл. 32).³¹

²⁶ D. Kosar, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, Cambridge University Press, 2016, 274–275.

²⁷ Службени лист Црне Горе, бр. 11/2015 и 28/15

²⁸ Најтежи дисциплински прекршај судије постојаће уколико је судија: 1) осуђен за дјело које га чини недостојним за вршење судијске функције; 2) ако нестручно или несавјесно обавља судијску функцију. (Чл. 108, ст. 4, т. 1 и 2 Закона)

²⁹ Чл. 114 Закона.

³⁰ Organic Law 6/1985, of 1st July, on Judiciary (доступно на: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Subjects/Compendium-of-Judicial-Law-/Laws/>)

³¹ *Minimum Judicial Standards V. Disciplinary Proceedings and Liability of Judges* (ENCJ Report 2014-2015), European Network of Councils for the Judiciary, 2015, 78.

Непостојање подјеле дисциплинских прекршаја према њиховој тежини могло би бити оцијењено као слабост Закона о ВСТС.³² Међународни документи садрже захтјев да основ изрицања дисциплинске санкције треба бити прецизно дефинисан, нарочито када је ријеч о најтежој мјери разрјешења од дужности. Класификовањем прекршаја на лакше и теже, или чак прописивањем треће категорије најтежих дисциплинских прекршаја који би једини могли бити санкционисани мјером разрјешења од дужности, законодавац би ограничио могућност изрицања најтежих дисциплинских санкција и обезбиједио виши степен сигурности судија против којих се дисциплински поступак води. И Препорука Европске комисије заснована на стручној анализи дисциплинских поступака у БиХ, сугерише да је потребно прецизније дефинисати дисциплинске прекршаје судија.³³ Може се очекивати да ће приликом израде нацрта новог закона о ВСТС, што се већ извјесно вријеме најављује, предмет разматрања бити и наведено питање.

Увођењем подјеле дисциплинских прекршаја на лакше и теже, створила би се претпоставка и за прописивање различитих процедура за утврђивање дисциплинске одговорности.³⁴ У упоредном законодавству, како је упозорено, за утврђивање одговорности за лакше дисциплинске прекршаје предвиђа се бржи и мање компликован поступак. Ова потреба нарочито је изражена у земљама које предвиђају сложу процедуру утврђивања дисциплинске одговорности судија, међу које спада и БиХ³⁵. Препоруком Европске комисије заснованој на стручној ана-

³² У том смислу и Б. Перић, „Нека отворена питања дисциплинске одговорности судија и тужилаца“, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 15/2008.

³³ Доступно на: <https://vsts.pravosudje.ba/>

³⁴ Што као предност класификовања дисциплинских прекршаја на лакше и теже истиче и Б. Перић. Аутор као могуће рјешење предлаже да дисциплинске поступке за лакше прекршаје у првом степену воде судије појединци. Првостепени поступак за лакше дисциплинске прекршаје могао би бити измјештен из ВСТС и повјерен судијама/тужиоцима судова/тужилаштва вишег степена. (Б. Перић, „Нека отворена питања дисциплинске одговорности судија и тужилаца“, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 15/2008, 246).

³⁵ У БиХ, утврђивање дисциплинске одговорности судија повјерено је ВСТС као независном и самосталном органу, образованом са циљем „да осигура независно, непристрасно и професионално правосуђе“ (чл. 3 ст. 1 Закона о ВСТС). Дисциплински поступак покреће Канцеларија дисциплинског тужиоца пред Првостепеном дисциплинском комисијом, подношењем тужбе (чл. 67 ст. 1). Првостепена дисциплинска комисија састављена је од три члана, од којих су барем два чланови Савјета, а уколико се дисциплински поступак води против судије, већина чланова Комисије биће судије (чл. 60, ст. 3 и 5). Против одлука Првостепене дисциплинске комисије увијек је допуштена жалба Другостепеној дисциплинској комисији. Против одлуке Другостепене дисциплинске комисије о изрицању мјере може се уложити жалба Савјету као цјелини, а уколико Савјет не потврди мјеру разрјешења дужности, он може изрећи другу дисциплинску мјеру предвиђену Законом (чл. 60 ст. 6). Уколико Савјет потврди

лизи дисциплинских поступака у БиХ, као једна од мјера предлаже се поједностављивање дисциплинског поступка и његово свођење на само двије фазе: први степен и жалбу (Препоруком се наглашава потреба да буде обезбијеђена судска контрола одлука првостепене комисије). Док разлози заштите судијске независности говоре у прилог сложености процедуре утврђивања дисциплинске одговорности (како би могућност злоупотребе института одговорности била сведена на минимум), ефикасно санкционисање дисциплинских прекршаја захтијева једноставнији и бржи поступак. Издавањем лакших дисциплинских прекршаја као посебне категорије, омогућило би се не само њихово ефикасније процесуирање и санкционисање, него би се дисциплински органи ВСТС растеретили извјесног обима послова, чиме би њихова пажња могла бити фокусирана на оне најтеже и друштвено најопасније облике злонамјерног или неодговорног дјеловања судија.

Кривична одговорност

Под кривичном одговорношћу судије подразумијева се одговорност судије за кривична дјела, утврђена кривичним законодавством, извршена у обављању судијске дужности, или у вези са обављањем судијске дужности.³⁶ Релевантни међународни документи искључују кривичну одговорност судија у обављању службене дужности за мишљење дато приликом тумачења правних норми, оцјењивања чињеница или разматрања доказа, осим уколико је судија поступао злонамјерно. Кривичноправни имунитет судије предвиђен је и Законом о ВСТС БиХ. Чл. 87 ст. 1 Закона прописано је да судија „не може бити кривично гоњен, ухапшен или задржан у притвору ... за мишљења која даје или одлуке

мјеру разрјешења дужности, судија може уложити жалбу Суду БиХ, ако сматра да је: а) Савјет приликом вођења поступка учинио материјалну повреду правила поступка утврђених Законом о ВСТС, или да је б) Савјет погрешно примијенио закон (чл. 60 ст. 7). Судијама на располагању стоји још једно правно средство. Уставом БиХ предвиђено је да Уставни суд има апелациону надлежност у питањима која су садржана у Уставу, када она постану предмет спора због пресуде било ког суда у БиХ (чл. VI/3.б). Уставни суд БиХ заузео је став да су апелационом надлежношћу Уставног суда обухваћене не само одлуке Суда БиХ, већ и ВСТС. Уставни суд БиХ заузео је став „да ВСТС, иако није суд класичне врсте, може бити сматран „независним и непристрасним трибуналом, образованим на основу закона“ у смислу захтјева из члана 6. став 1. Европске конвенције“, из чега је изведен „закључак да се одлуке таквог тијела, донесене у дисциплинском поступку, морају сматрати „пресудама, односно одлукама“ у смислу члана VI/3.б) Устава Босне и Херцеговине и члана 15. став 3. Пословника Уставног суда, које Уставни суд има надлежност разматрати“. (Одлука Уставног суда БиХ, бр. АП 633/04, Службени гласник БиХ, бр. 73/05)

³⁶ М. Галиот, С. Човић, Д. Јурас, „Казнена и стеговна (дисциплинска) одговорност судца“, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, бр. 34/2, 2013, 863.

које донесе у оквиру својих службених дужности“. У ст. 2 истог члана, предвиђено је да посједовање имунитета неће спријечити или одгодити истрагу у кривичном и грађанском поступку која се о некој ствари води против судије. Правило о судијском имунитету у РС и Федерацији БиХ има ранг уставног принципа. Чл. 126 Устава РС прописано је да: „Нико ко учествује у суђењу не може бити позван на одговорност у кривичном или грађанском поступку за мишљење изражено приликом доношења судске одлуке, а у поступку покренутом због кривичног дјела учињеног у вршењу судијске функције, не може бити притворен без одобрења Високог судског и тужилачког савјета.“³⁷

Поставља се питање да ли је кривичноправни имунитет судије апсолутног карактера. У литератури се разликују два облика судијског имунитета:

Материјални имунитет, који се односи на мишљење исказано и глас дат приликом обављања судијске функције;

Процесни имунитет, који подразумијева да покретање кривичног поступка за дјела учињена у вршењу судијске функције, као и одређивање притвора судији, нису могући без претходног одобрења надлежног органа.³⁸

У Босни и Херцеговини, одговарајућим актима прописано је постојање оба облика судијског имунитета. Материјални имунитет судија није апсолутног карактера, одн. њиме нису обухваћени случајеви незаконитог поступања судије, предузетог с умишљајем. Кривични законик РС, у чл. 346 ст. 1, предвиђа посебно кривично дјело „Повреда закона од стране судије“: „Судија или јавни тужилац који у вршењу своје службене дужности у намјери да прибави себи или другом корист или да другом нанесе штету, донесе незакониту одлуку или на други начин прекрши закон, казниће се казном затвора од шест мјесеци до пет година.“³⁹ У судској пракси заузет је став да кривичноправним имунитетом судије није обухваћено кривично дјело повреде закона од стране судије.⁴⁰

³⁷ Доступно на: http://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav_republike_srpske.pdf. Чл. IV.Ц.5.2 Устава Федерације БиХ, прописано је да: „Судије судова Федерације неће бити кривично гоњени нити одговорни у грађанском поступку за било коју радњу учињену у вршењу функције.“ (Доступно на: http://www.ustavnisudfbih.ba/sr/dokumenti/ustav_precisceni_tekst.pdf)

³⁸ А. Кнежевић Бојовић, „Грађанска, кривична и дисциплинска одговорност судија – међународни документи и право Србије, *Страни правни живот*, 3/2008, 128.

³⁹ Службени гласник РС, бр. 64/17

⁴⁰ Пресудом Окружног суда у Бањој Луци број: 011 0 К 08 000 003-п, констатовано је да се одредба о кривичноправном имунитету из чл. 87 Закона о ВСТС не односи на дјело повреде

Постоје схватања да кривичним законодавством не би требало прописивати посебно кривично дјело повреде закона од стране судије, већ да незаконито дјеловање судија треба да буде подведено под кривично дјело злоупотребе службеног положаја и овлашћења, као и друга законом прописана кривична дјела, нарочито она из групе кривичних дјела против службене дужности (такво рјешење прихваћено је у Републици Хрватској).⁴¹ Посебан друштвени значај судијске функције и разлози јачања повјерења грађана у судски систем, међутим, говоре у прилог постојања посебног кривичног дјела којим би се санкционисао овај вид незаконитог понашања судије у обављању службене дужности. Ризик од могућих злоупотреба овог кривичног дјела ради вршења притиска на судије, битно је умањен захтјевом да незаконито дјеловање судије мора бити предузето с намјером да се себи или другом прибави корист или другога нанесе штета. Постојање наведеног услова значајно редукује и опасност да судије кривично одговарају за ненамјерне пропусте приликом тумачења закона и других аката.

С обзиром на то да кривични закони у БиХ прописују посебно кривично дјело повреде закона од стране судије⁴², те да судска пракса познаје покушаје да се кривичноправни имунитет судија представи као апсолутан, било би оправдано да се законске одредбе о кривичној одговорности (имунитету) судија прошире изричитим навођењем одговорности за поменуто кривично дјело. Такву формулацију, нпр., садржи Устав Републике Србије⁴³. Чл. 151 ст. 1 Устава, прописано је да судија не може бити позван на одговорност за изражено мишљење или гласање приликом доношења судске одлуке, осим уколико се ради о кривичном дјелу кршења закона од стране судије (поменуто одредбу садржи Закон

закона од стране судије. Истовремено, Суд је заузео став да се кривично дјело повреде закона од стране судије може учинити само са директним умишљајем. Пресуду Округног суда потврдио је Врховни суд РС пресудом број: 118-0-Кж-09-000 008 од 23.04.2009. године, констатујући, такође, да је неопходно да код судије као извршиоца наведеног кривичног дјела мора постојати свијест о кршењу закона и воља да се то учини, као и намјера (dolus), да се то чини с циљем да се за другог прибави каква корист или да се другом нанесе штета.

⁴¹ М. Галиот, С. Човић, Д. Јурас, „Казнена и стеговна (дисциплинска) одговорност судца“, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, бр. 34/2, 2013, 964–967.

⁴² Кривично дјело „Повреда закона од стране судије“ прописано је чл. 357 Кривичног закона Федерације БиХ (Службене новине Федерације БиХ, бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 и 76/14) и чл. 351 Кривичног закона Брчко дистрикта БиХ (Службени гласник Брчко дистрикта БиХ, бр. 10/03, 6/05, 21/10 и 9/13). Кривични закон БиХ, у чл. 238 прописује дјело „Кршење закона од стране судије“ (Службени гласник БиХ, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 и 40/15).

⁴³ Службени гласник Републике Србије, бр. 98/06

о судијама Републике Србије)⁴⁴. Занимљиво је да је и Уставом Републике Хрватске⁴⁵, у чл. 122 ст. 2, прописано да судије и судије поротници који учествују у суђењу не могу бити позвани на одговорност за изражено мишљење или гласање при доношењу судске одлуке, осим ако се ради о кршењу закона од стране судије које је кривично дјело (иако кривично законодавство ове земље, како је упозорено, поменуто кривично дјело не предвиђа).

Грађанска одговорност

Анализа међународних докумената који третирају проблем судијске одговорности говори о јединственом становишту да судије не треба да подлијежу непосредној грађанској одговорности за грешке учињене у обављању службене дужности. Европски суд за људска права, такође, грађанскоправни имунитет судија не сматра спорним (његово постојање не сматра се повредом „права на суд“), под условом да оштећени располажу другим правним средствима којима могу захтијевати накнаду штете проузроковане судијским дјеловањем.⁴⁶ Ratio legis имунитета који судија ужива у погледу одговорности за “накнаду штете према странкама, због судијског рада или нерада ... радо и ентузијастично се образлаже потребом да се обезбеди независност судије и његова слобода у одлучивању”.⁴⁷ Да ли, међутим, грађанскоправни имунитет судије треба да буде апсолутан? Или имунитетом треба да буде обухваћена само непосредна грађанска одговорност судија према странкама, а не и регресно право државе према судији? Упоредно право у овом погледу познаје различита рјешења.⁴⁸ Међународни извори, како је упозорено, могућност регресног права државе према судији допуштају.

У БиХ, одредбе о судијском имунитету предвиђају да судије не могу грађанскоправно одговарати за дјела учињена у вршењу службене дужности. И поред постојања изричите законске одредбе која искључује грађанску одговорност судија за мишљења која дају или одлуке које до-

⁴⁴ Чл. 5 ст. 1 Закона

⁴⁵ Народне новине, бр. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 и 05/14

⁴⁶ Ernst and Others v. Belgium, ECHR, 2003 (Резиме пресуде на енглеском језику доступан на: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-795697-812799&filena me=003-795697-812799.pdf>)

⁴⁷ В. Ракић-Водинелић, „Ограничена одговорност судије за штету – неопходна привилегија која обезбеђује независност или учвршћивање судијске неодговорности?“, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 63, 2013, 736–737.

⁴⁸ О томе в.: Ibid

носе у вршењу службене дужности, судска пракса познаје покушаје подношења тужби за накнаду штете непосредно против судија, због наводног незаконитог или неправилног рада. Закључком Грађанског одјељења Врховног суда Федерације БиХ од 26.10. 2009. године, који је поводом такве праксе усвојен, констатовано је да право на накнаду штете против судије због незаконитог или неправилног рада није подобно за судску заштиту и да посљедица непостојања утуживости треба да буде одбацивање тужбе.⁴⁹

Сложеније питање представља могућност подношења регресног захтјева против судије од стране државе, уколико је судија штету проузроковао намјерно или из крајње непажње. Таква могућност предвиђена је законодавством већег броја земаља. Законом о судовима Републике Хрватске⁵⁰, прописано је да за штету коју странци у поступку нанесе судија својим незаконитим или неправилним радом одговара држава. Држава може од судије затражити поврат исплаћене накнаде, само уколико је судија штету учинио намјерно или из крајње непажње.⁵¹ Могућност подношења регресног захтјева од стране државе, у међународним изворима се не сматра проблематичним (под условом да је законодавац поштовао ограничење у погледу постојања намјере судије као предуслова за регресни захтјев). Мишљењем КСЕС-а бр. 3, регресни захтјев према судији сматра се оправданим само уколико је судија поступао злонамјерно. Вјероватно и под утицајем наведеног става, у појединим државама региона прихваћен је рестриктивнији модел грађанскоправне одговорности судија за штету проузроковану радом судије. Законом о Судском савјету и судијама Црне Горе, у чл. 104, предвиђено је да држава има право да захтијева од судије накнаду износа који је исплатила странци у поступку по основу штете проузроковане незаконитим, нестручним или несавјесним радом судије, само под условом да је судија штету проузроковао намјерно.⁵² Закон о ВСТС могућност регресног захтјева против судије не помиње. Чл. 87 ст. 1 Закона, прописано је да судија не може одговарати у грађанском поступку за мишљења која даје или за одлуке које донесе у оквиру својих службених дужности.

⁴⁹ <https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=12089>

⁵⁰ Народне новине, бр. 28/13, 33/15, 82/15 и 82/16

⁵¹ Чл. 105 ст. 1 и 2 Закона.

⁵² У Републици Србији је, такође, 2013. године усвојен Закон о измјенама и допунама Закона о судијама, којим је предвиђено да држава може поднијети регресни захтјев против судије само уколико је штета намјерно проузрокована.

Када је ријеч о ентитетским законодавствима и законодавству Брчко дистрикта, у овом погледу не постоји уједначен приступ. Закон о судовима Републике Српске не уређује ово питање, као ни Закон о судовима Федерације БиХ. Овим законима није предвиђена нити могућност подношења захтјева за накнаду штете против државе одн. ентитета (одговорност државе за штету насталу усљед погрешне одлуке суда изводи се из чл. 172 Закона о облигационим односима РС и чл. 172 ЗОО Федерације БиХ, којима је регулисана одговорност правног лица за штету проузроковану од стране његовог органа)⁵³. Законом о судовима Брчко дистрикта⁵⁴, чл. 67 ст. 1, предвиђено је да за штету коју у вршењу службе својим незаконитим или неправилним радом предсједник, судије, службеници и намјештеници суда нанесу физичком или правном лицу током обављања својих службених дужности одговара Брчко дистрикт БиХ. Ст. 2 истог члана предвиђена је могућност да Брчко дистрикт БиХ захтијева да предсједник, судије, службеници и намјештеници изврше накнаду плаћеног износа за штету само уколико је штета проузрокована намјерно или из крајње непажње. У Федерацији БиХ, кантонални закони о судовима предвиђали су могућност да кантон може од судије захтијевати накнаду исплаћеног износа у оним случајевима када је судија штету учинио намјерно или из крајње непажње.⁵⁵ Било би оправдано законом прецизније уредити поменуто питање, како у погледу одговорности државе (ентитета) за штету проузроковану судијском одлуком, тако и у погледу обима грађанскоправног имунитета судија.

⁵³ З. Мешкић, М. Чолаковић, „Одговорност државе за штету узроковану погрешном пресудом – пракса Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине у свјетлу праксе Суда Европске уније“ (доступно на: <http://www.fcjr.ba/index.php/-95733>) Уставом Републике Српске прописано је да свако има право на накнаду штете коју му незаконитим или неправилним радом наносе службено лице или државни орган, односно организација која врши јавна овлашћења (чл. 17 ст. 1). Законом о кривичном поступку РС уређен је поступак за накнаду штете, рехабилитацију и остваривање других права лица без основа осуђених и неосновано лишених слободе. Чл. 410 ст. 3, предвиђено је да се тужба за накнаду штете подноси против Републике Српске. Могућност регресног захтјева против судије који је спорну одлуку донио, Закон не помиње (Службени гласник РС, бр. 53/12)

⁵⁴ Службени гласник Брчко дистрикта БиХ, бр. 19/07, 20/07, 39/09 и 31/11.

⁵⁵ Законом о судовима Унско-санског кантона, чланом 121, било је прописано да: „За штету коју судија или судија поротник у вршењу службе судије, својим незаконитим или неправилним радом учини другом, одговара Кантон. Кантон може од судије или судије поротника захтијевати накнаду исплаћене своте само када је судија или судија поротник штету учинио намјерно, или из крајње непажње.“ (Службени лист Унско-санског кантона, бр. 6/96) Такво рјешење предвиђао је и Закон о судовима Тузланско-подрињског кантона у чл. 104: „Кантон одговара за штету коју у вршењу службе нанесе судија грађанину или правној особи својим неправилним или незаконитим радом. Кантон може од судије захтијевати накнаду исплаћене своте само када је судија штету учинио намјерно или из крајње непажње.“ (Службене новине Тузланско-подрињског кантона, бр. 3/96)

Рјешења прихваћена у упоредном праву већином говоре у прилог постојања регресног права државе према судији. У земљама региона, одговарајућим законским актима предвиђена је могућност подношења регресног захтјева против судије у односу на штету проузроковану његовим незаконитим или неправилним радом. Разлике постоје у погледу обима грађанскоправне одговорности. КСЕС, како је истакнуто, заговара рестриктивнији приступ, одн. регресни захтјев против судије сматра оправданим само уколико је судија поступао с намјером да проузрокује штету. Такав став се оправдава чињеницом да је примјена правних стандарда попут „грубе“ или „неоправдане непажње“ неријетко веома компликована, и да се њиховим прописивањем отвара могућност за различите интерпретације и могуће злоупотребе, чиме у питање може бити доведена независност судства, одн. угрожени слобода и самосталност које судија треба да ужива приликом доношења одлуке. Инструменти дисциплинске, па и кривичне одговорности, пружају довољно основа да немар при реализовању судијске дужности буде санкционисан. Стога се аргументи КСЕС-а могу означити као оправдани и представљају адекватну смјерницу приликом регулисања грађанскоправне одговорности судија.

Закључак

Владавина права није могућа без независног судства. Наведени став дијеле сви аутори који су настојали да одреде појам и принципе владавине права, без обзира на то да ли су заговарали уже, процедурално схватање владавине права, или су се опредјелјивали за ширу, супстанцијалну дефиницију овог појма. Међутим, независност судства не подразумијева неограничену аутономију судијског дјеловања. Стога је неопходно успоставити одговарајући ниво судијске одговорности, не нарушавајући притом принцип независности судства.

У БиХ, законски оквир судијске одговорности у складу је са смјерницама садржаним у релевантним међународним документима. Адекватније остваривање судијске одговорности, ипак, захтијева да се размотри оправданост измјена одговарајућих законских одредаба, што је у овом раду и учињено. У погледу дисциплинске одговорности судија, оправдано би било увођење подјеле дисциплинских прекршаја у више група, према њиховој тежини. У прилог таквом рјешењу, које није не-

познато у упоредном законодавству, говоре разлози правне сигурности (искључује се могућност да исти прекршаји буду различито санкционисани), али и ефикасности (будући да за лакше дисциплинске прекршаје може бити предвиђена мање сложена процедура утврђивања дисциплинске одговорности). Одредбе које се односе на кривичноправни и грађанскоправни имунитет судија требало би да буду прецизније, како би се смањило простор за могуће различите интерпретације и, као и у претходном случају, унаприједио ниво правне сигурности судија. И поред мишљења да постојање посебног дјела повреде закона стране судије није неопходно, у раду је заузет супротан став. Такође, у раду је упозорено на потребу да се размотри оправданост постојања регресног захтјева државе према судији који је својим дјеловањем странци проузроковао штету, као и услова под којим би такав регресни захтјев могао сматрати прихватљивим (гдје се као једино оправдани основ подношење регресног захтјева према судији наводи његово поступање с намјером).

Igor Milinković, PhD

Associate Professor, Faculty of Law, University in Banja Luka

JUDICIAL ACCOUNTABILITY AND THE RULE OF LAW IN BOSNIA AND HERCEGOVINA

Conclusion

The Rule of Law is not possible without an independent judiciary. This view was shared by all authors who tried to determine the concept and principles of the Rule of Law, regardless of whether they advocated a narrow, more procedural or an extensive, more substantive understanding of this notion. However, judicial independence does not imply an unlimited autonomy of judicial actions. Therefore, it is necessary to establish an appropriate level of judicial responsibility, without undermining the principle of judicial independence.

In Bosnia and Herzegovina, the legal framework of judicial accountability is in accordance with the guidelines contained in relevant international documents. More appropriate realization of judicial liability, however, requires that consideration be given to the possible amendments to the relevant legal provisions, which has been done in this paper. Regarding the disciplinary liability of judges, it would be justified to introduce the division of disciplinary offenses into several groups, according to their seriousness. In support of such a solution, which is not unknown in comparative legislation, the argument of legal certainty can be invoked (elimination of the possibility that the same violations are differently sanctioned), as well as efficiency (since, for easier disciplinary offenses, a less complex procedure for determining disciplinary liability may be envisaged). Rules relating to the criminal and civil law immunity of judges should be more precise in order to reduce the scope for possible different interpretations and, as in the previous case, improve the level of legal certainty of judges. In spite of the opinion that the existence of a specific criminal offense of “violation of law by a judge” is not necessary, the opposite approach is advocated. Also, the paper warned of the need to consider the acceptability of the existence of the state’s recourse request against a judge who caused the damage by his actions to the party. The conditions under which such a recourse could be considered acceptable, were examined within the paper (the submission of a recourse request against a judge is treated as acceptable only in a case of willful default).

Key words: Rule of Law, judicial accountability, disciplinary liability, criminal liability, civil liability

**НАДЛЕЖНОСТИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ЗА
ЗАКЉУЧИВАЊЕ УГОВОРА О ИЗБЈЕГАВАЊУ ДВОСТРУКОГ
ОПОРЕЗИВАЊА У ОДНОСУ НА ПОРЕЗЕ НА ДОХОДАК И НА
ИМОВИНУ**

Мр Ђорђе Мариловић*
Проф. др Горан Марковић**

***Анстракт:** Међу препознатљиве одлике сложених држава спада подјела надлежности за увођење и убирање пореза, као и за располагање тако оствареним приходима. Подјела надлежности између централне и супцентралних власти има различите облике у упоредном праву. Посебности уставног поретка Босне и Херцеговине нуде прилику за анализу несвакидашњих рјешења. Предмет овог рада управо је питање подјеле надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета у погледу опорезивања. Тачније, у раду се сагледава проблематика закључивања и спровођења међународних уговора о избјегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину, са уставноправног и порескоправног становишта.*

Аутори указују на неуставност уговора о избјегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину које је Босна и Херцеговина закључила од свога настанка до данас, као и на одговарајуће правне посљедице. Указано је на двије могућности у складу са Уставом Босне и Херцеговине. Прво, на основу уставне надлежности ентитета у области директних пореза, гдје се сврставају порези на доходак и на имовину, и на основу уставне могућности да закључују међународне уговоре под одређеним условима, ентитети могу закључивати међународне уговоре у односу на порезе на доходак и на имовину. Друга могућност била би пренос надлежности у овој области са ентитета на институције Босне и Херцеговине.

* Виши асистент, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

** Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

Кључне ријечи: уставна надлежност, порез на доходак, порез на имовину, Босна и Херцеговина, ентитети, међународни уговори.

1. Увод

Уговори о избјегавању двоструког опорезивања спадају у међународне мјере за спречавање, односно за елиминацију двоструког опорезивања. Двоструко опорезивање јавља се када се исто лице у вези са истим објектом опорезује истим или сличним порезима за исти период од стране више пореских власти, које су истога ранга.¹ Уобичајена пракса је закључивање билатералних пореских уговора између држава, који се најчешће темеље на модел уговорима, попут Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и на имовину.²

Босна и Херцеговина, од настанка до данас, закључила је 22 уговора о избјегавању двоструког опорезивања који се тичу пореза на доходак и/или имовину.³ Ипак, за опорезивање директним порезима, гдје се убрајају порези на доходак и на имовину, у Босни и Херцеговини надлежни су искључиво ентитети, као и Брчко дистрикт БиХ. Због тога се поставља питање да ли су наведени уговори уставни. Будући да је у интересу пореских обвезника да се порески терет настао међународним двоструким опорезивањем умањи, значај постављеног питања је тим већи. Уколико би се испоставило да су закључени уговори неуставни, што би могло да исходи поништајем уговора због релативне ништавости, према правилима међународног права, интереси обвезника били би угрожени.⁴ Иако наведени интереси не могу имати предност пред најважнијим правним нормама на којима уставни поредак и право уопште почивају, то не значи да треба да буду занемарени, нити да не постоје други али уставни начини за њихово остварење.

¹ Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултету Универзитета у Београду, Београд 2016, 237.

² *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014*, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

³ Вид. *Листаспораумаоизбјегавању двоструког опорезивања*, Министарство финансија и трезора Босне и Херцеговине, <http://mft.gov.ba/srb/index.php/o/2012-07-03-21-35-01/2012-07-03-21-35-37>, 24. август 2017. године. Иако се у нашим домаћим пореским системима изразом доходак означава збир прихода физичког лица, у овом случају израз доходак ипак се тиче како прихода физичких лица, тако и прихода правних лица.

⁴ У међународном праву не постоји обавеза држава да избјегну двоструко опорезивање, али је свакако јасна и препозната таква потреба. Werner Ebke, "Double taxation", *Encyclopedia of Public International Law* (eds. Ezio Biglieri, G. Prati), North Holland, Amsterdam 2014, 139.

Сагледавање уставног оквира и могућности мора претходити сваком покушају да се наведени проблеми ријеше. Тек онда је могуће понудити рјешење, а да се истовремено не нарушава уставно уређење земље.

2. Надлежности у области опорезивања порезима на доходак и на имовину у Босни и Херцеговини

Уставноправни поредак Босне и Херцеговине обиљежен је посебностима још од настанка 1995. године.⁵ Као сложена држава, Босна и Херцеговина сачињена је од два ентитета – Федерације Босне и Херцеговине, и Републике Српске. Надлежности у области опорезивања у почетку су биле повјерене скоро у потпуности ентитетима (са изузетком царинске политике, иако су ентитети имали своје царинске управе, доносили царинске законе, те убирали приходе од царина и располагали њима). Подјела надлежности између институција БиХ и ентитета начелно је уређена чланом III Устава БиХ, а поједине уставне норме о надлежностима налазе се и ван овога члана.⁶ Приликом таксативног набрајања надлежности институција Босне и Херцеговине нигдје се не помињу порези (за финансијско и пореско право значајно је навођење надлежности царинске политике, и финансирање институција и међународних обавеза Босне и Херцеговине).⁷ Надлежности ентитета одређене су генерал-

⁵ У теорији постоје различита схватања о настанку Босне и Херцеговине као државе. За преглед схватања, вид.: Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Службени гласник – University press, Београд – Сарајево 2012, 81.

^{3a} тачан обухват уговора који се анализирају у овом раду важан је и тачан тренутак успостављања данашњег уставног поретка у Босни и Херцеговини. У овом раду заступамо став да је Босна и Херцеговина настала агрегацијом 1995. године као федерација, са тада израженим конфедералним обиљежјима која данас постоје у знатно мањем обиму. Вид. Г. Марковић, 69–87.

⁶ Вид.: Christian Steiner *et al.*, *Ustav Bosne i Hercegovine: komentar*, Fondacija „Konrad Adenauer“, Sarajevo 2010, 531–533. „Упркос томе што се уставотворац трудио да надлежност државе и ентитета утврди примјеном уобичајених уставноправних метода, учинио је бројна одступања, тако да се о њиховој надлежности може закључивати тек анализом Устава као цјелине, па и других анекса Дејтонског мировног споразума“. Г. Марковић, 142.

⁷ „Сљедећа питања спадају у надлежност институција Босне и Херцеговине:

a) Спољна политика.

b) Спољнотрговинска политика.

c) Царинска политика.

d) Монетарна политика, како је одређена чланом VII.

e) Финансирање институција и међународних обавеза Босне и Херцеговине.

f) Политика и регулатива за усељавање, избјеглице и азил.

g) Спровођење међународних и међуентитетских кривичноправних прописа, укључујући и односе са Интерполом.

b) Успостављање и функционисање заједничких и међународних комуникација.

ном клаузулом – све функције и овлашћења, које нису Уставом БиХ изричито дате институцијама Босне и Херцеговине, припадају ентитетима.⁸ Према томе, све надлежности у области јавних прихода, па и пореза, осим доношења царинске политике, изворно су биле ентитетске.

Касније, 2003. године, успостављен је систем индиректног опорезивања у БиХ, када је на основу споразума ентитета успостављена надлежност БиХ за посредне (индиректне) порезе.⁹

Данас, у БиХ постоје четири скоро потпуно одвојена пореска система: систем индиректног опорезивања у БиХ, и три система директних пореза (два система ентитета, Републике Српске и Федерације БиХ, и систем Брчко дистрикта,¹⁰ који је такође успостављен након доношења Устава Босне и Херцеговине).¹¹

Дистрикт није био страна у споразуму којим су индиректни порези пренесени у надлежност Босне и Херцеговине. Он то није ни могао бити, јер је Уставом Босне и Херцеговине прописано да ће пренос надлежности са ентитета на државу, између осталог, бити вршен споразумом ентитета. Самим тим, не постоји уставноправни основ да и Дистрикт учествује као страна у овим споразумима. С друге стране, одређење правне природе Дистрикта то онемогућава. Иако то схватање оспорава-

¹⁾ Регулисање саобраћаја између ентитета.

²⁾ Контрола ваздушног саобраћаја.“ Устав БиХ, члан III 1 d).

⁸ Устав БиХ, члан III 3 а).

⁹ Између Федерације БиХ и Републике Српске закључен је 3. децембра 2003. године Споразум о надлежностима у области индиректног опорезивања, чиме је надлежност у области индиректног опорезивања пренесена на Босну и Херцеговину. Вид: Одлука о давању сагласности на Споразум о надлежностима у области индиректног опорезивања, Службене новине Федерације Босне и Херцеговине, бр. 64/03, и Закључци о разматрању питања реформе царина и пореског система, а у вези с тим и Приједлога закона о систему индиректног опорезивања у Босни и Херцеговини, Службени гласник Републике Српске, бр. 95/03.

¹⁰ Вид.: Коначна арбитражна одлука из 1999. године, и Одлука Високог представника о успостављању Брчко Дистрикта БиХ, <http://www.ohr.int/?p=67147>, 23. август 2017.

„Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, који постоји под суверенитетом Босне и Херцеговине и спада под надлежности институција Босне и Херцеговине онако како те надлежности произлазе из овог устава, чија је територија у заједничкој својини (кондоминијуму) ентитета, јединица је локалне самоуправе са властитим институцијама, законима и прописима, и са овлашћењима и статусом коначно прописаним одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези са међуентитетском линијом разграничења у области Брчког. Однос између Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине и институција Босне и Херцеговине и ентитета може се даље уредити законом који доноси Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине.“ Устав БиХ, чл. VI 4.

¹¹ За приказ и упоредноправно поређење подјеле надлежности у области финансијског права унутар БиХ, вид. Г. Марковић, 142–148. За приказ подјеле надлежности са нагласком на опорезивање унутар БиХ, вид. Ђ. Мариловић, „Посебности фискалних односа у сложеним државама – примјер Босне и Херцеговине“, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву*, бр. 2/2013, 53–76.

мо, ипак је Дистрикт дефинисан као јединица локалне самоуправе коначном арбитражном одлуком и својим статутом. Ако је јединица локалне самоуправе,¹² не може учествовати у поступку којим се врши пренос надлежности са ентитета на државу.

Чак и једини досадашњи амандман на Устав БиХ, који се тиче Дистрикта, не предвиђа овакве надлежности, иако се о природи и уставном одређењу Дистрикта може дискутовати. Према томе, Брчко дистрикт нема уставноправни капацитет као ентитети. Он се, за разлику од ентитета, према Уставу БиХ не може јавити као страна у међународном уговору.

Упркос свему, Дистрикт има надлежност у области директних пореза. Она проистиче из више основа. Прије свега, чл. 1, ст. 2 Статута Дистрикта прописано је да су ентитети делегирали Влади Дистрикта сва овлашћења која су претходно ентитети вршили на подручју предратне општине Брчко, које је постало подручје Дистрикта. Како су ентитети на том подручју вршили и овлашћења која се тичу уређења пореског система, то је Дистрикт, самим својим оснивањем, добио и ово овлашћење. Осим тога, чл. 8, ст. 1, т. б) Статута Дистрикта, као једна од његових надлежности прописане су финансије. По природи ствари, порези чине дио финансија, тако да се они и по овом основу могу сматрати надлежностима Дистрикта.

3. Уговори о избјегавању двоструког опорезивања у погледу пореза на доходак и на имовину које је закључила БиХ

Без улажења у детаљну порескоправну анализу закључених уговора, указујемо на неке њихове начелне особине, како би се касније на основу претпоставки уставног права у БиХ могли извући закључци о правном значају и природи уговора и њихових одредаба.

Уговоре у име Босне и Херцеговине о избјегавању двоструког опорезивања потписивали су представници министарстава у Савјету министара БиХ.¹³

Са аспекта Модел-конвенције, „није од значаја који орган уводи пореску обавезу – то могу да буду сама држава, њене политичке јединице или локалне самоуправе (конститутивне државе, региони, провинције,

¹² О томе да Дистрикт суштински не може имати карактер јединице локалне самоуправе, без обзира на то што је тако дефинисан, вид. Г. Марковић, 175–184.

¹³ Нпр. министри Министарства спољних послова БиХ, Министарства финансија и трезора БиХ или Министарства спољне трговине и економских односа БиХ.

департмани, кантони, окрузи, арондисмани, *Kreise*, општине или групе општина, итд.).¹⁴ Међутим, држање таквог става у околностима унутрашњег права земље које јасно разграничава надлежности не можемо оцијенити као прихватљиво. Изразом „политичка јединица“ (енг. *political subdivision*), најчешће у члану 3 ст. 1 тач. д) уговора, за Босну и Херцеговину, означавају се ентитети Федерација Босне и Херцеговине и Република Српска и Брчко дистрикт Босне и Херцеговине. У члану 2 уговора обично се уређује поље примјене датог уговора, тако што се обухватају порези унутар земаља уговорница.

Модел-конвенција у одређењу појма „надлежни орган“ препознаје „да у неким државама чланицама ОЕЦД извршавање уговора о избегавању двоструког опорезивања није у искључивој надлежности највиших пореских органа; надлежност у одређеним стварима припада или може бити делегирана и другим органима. Актуелна дефиниција омогућава свакој држави уговорници да одреди један или више органа као надлежне“.¹⁵ Као надлежни орган за спровођење уговора, у члану 3, за Босну и Херцеговину наводи се Министарство финансија и трезора БиХ, односно његов овлашћени представник.

Са порескоправног, и уопште управног становишта, оваква одређења нису смислена. У односу између Министарства финансија и трезора Босне и Херцеговине и ентитетских министарстава финансија не постоји однос хијерархије. Не може се вршити управна контрола рада ентитетског министарства, па самим тим ни органа управе као што је ентитетски порески орган, од стране Министарства финансија и трезора БиХ. Како онда може преузети обавезу у међународном праву орган који ту обавезу не може спровести у унутрашњем праву? Ако је којим случајем намјера била да се под појам овлашћеног представника Министарства финансија и трезора БиХ подведе ентитетско министарство или надлежни ентитетски порески орган, за то такође не видимо основа у уставном праву у БиХ. Максима да се на другога не може пренијети више права но што има онај ко преноси,¹⁶ иако потекла из грађанског права, најјасније одсликава наведени проблем. Како, дакле, орган нивоа власти који није надлежан за било какво уређење области директних по-

¹⁴ *Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину – сажета верзија – 15. јул 2014. године* (прир. Светислав В. Костић *et al.*), Српско фискално друштво, Београд 2016, 81.

¹⁵ *Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину – сажета верзија – 15. јул 2014. године*, 86.

¹⁶ *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

реза, што јасно произлази из Устава Босне и Херцеговине, може да овласти било кога за такву радњу?

Досадашње спровођење одредаба уговора о избјегавању двоструког опорезивања потпуно је препуштено доброј вољи¹⁷ иначе надлежних, ентитетских, министарстава.

Занемаривање и кршење уставних одредаба о подјели надлежности видљиво је и у Закону о поступку закључивања и извршавања међународних уговора из 2000. године.¹⁸ Начелно је преузета уставна норма кроз одредбу да „сваки ентитет може склапати споразуме са државама и међународним организацијама уз сагласност Парламентарне скупштине. Парламентарна скупштина може законом предвидјети да за одређене врсте споразума таква сагласност није потребна.“¹⁹ Међутим, ентитети у погледу својих искључивих надлежности дају само мишљење, за које из законског текста није јасно да ли је обавезујуће, иначе би то била сагласност. Чак и језичким тумачењем уочава се противрјечност – о искључивој надлежности ентитет даје мишљење, дакле необавезујуће обавјештење. То је директно супротно појму искључиве надлежности. Уколико је надлежност једног нивоа власти искључива, не може други ниво власти да одлучује о питањима из те надлежности. Уколико би Босна и Херцеговина закључила уговор, упркос томе што би мишљење ентитета било негативно, она би преузела на себе, барем једним дијелом, уређење надлежности ентитета, иако Устав не допушта да такав пренос надлежности, макар био и дјелимични, буде извршен на овакав начин. Чак и кад би мишљење ентитета о закључењу таквог уговора било позитивно, само би површном посматрачу могло изгледати да у том случају не би дошло до преноса надлежности, јер се ентитет сагласио с тим. Од-

¹⁷ Уобичајено би било, сходно теорији управног права, овакву ситуацију подвести под појмове „дискреционо право“ или „слободна оцјена“. Међутим, о дискреционој оцјени овдје не може бити ријеч, и зато је употребљен слободан, али приличан термин „добра воља“, како би се избјегли тежи. Наиме, да би био донесен акт вршењем дискреционог права (слободне оцјене), мора постојати овлашћење у закону, мора се водити рачуна о границама овлашћења, као и о циљу, остварењу јавног интереса. Вид. З. Р. Томић, В. Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку: са судском праксом и регистром појмова*, Службени гласник, Београд 2016, 74. Одлучивање о директним порезима на нивоу власти БиХ није у складу са Уставом БиХ, а камоли са нижим правним актима попут ентитетских устава или закона институција БиХ, ентитета или Дистрикта. Органима управе није допуштено да слободно одлучују о својој надлежности. Зато се овдје употребљени израз „добра воља“ у ствари може оцијенити као еуфемизам за неуставан и незаконит рад управе, који би требало кажњавати јер је супротан највишим вриједностима и правним нормама у држави.

¹⁸ Закон о поступку закључивања и извршавања међународних уговора – ЗЗМУ, Службени гласник БиХ, бр. 29/00 и 32/13.

¹⁹ ЗЗМУ, чл. 3 ст. 3. Упор. Устав БиХ, чл. III 2 d).

луку о закључењу уговора у сваком случају би донијела држава, без обзира на то што је мишљење ентитета о том уговору било позитивно.

Закључивање уговора о избјегавању двоструког опорезивања дио је пореске власти, односно овлашћења у области пореске а не спољне политике. Стога, држава се не може позивати на право да закључује ове уговоре зато што је иначе надлежна да закључује уговоре са другим државама и међународним организацијама. Ако би држава закључивала уговоре о питањима за која није надлежна, она би, са уставноправног аспекта, преузела надлежности федералних јединица, у конкретном случају ентитета. То би био продор у пореску власт ентитета, извршен „посредним путем“, закључивањем уговора о избјегавању двоструког опорезивања, што се и догађа.

Иако је донесено и на основу ЗЗМУ, упутство министра финансија и трезора БиХ²⁰ препознаје неке од горе поменутих очигледности. „Министарство даје правно тумачење споразума, односно тумачење конкретне одредбе на основу постављеног упита и описане пореске ситуације. Тумачење споразума од стране Министарства *не обавезује надлежне пореске органе* који у склопу вршења својих надлежности заузму став о обавезности плаћања пореза на основу утврђеног чињеничног стања пореског обвезника за конкретан случај“ (нагласили аутори).²¹ Као што је показано горе, тумачење не може обавезати ни у другим случајевима.

4. Посљедице неуставности уговора о избјегавању двоструког опорезивања

Иако се начелно у међународном праву гарантује одређена сигурност закљученим уговорима, тако што се за манљивост не признаје разлог ненадлежности, постоји важан изузетак од тог правила. „Једна држава се не може позвати на чињеницу што је њен пристанак да буде везана уговором изражен на тај начин што се нарушава одредба њеног унутрашњег права у вези са надлежношћу за закључење уговора, као на случај манљивости, *осим ако ова повреда није била очигледна и не односи се на неко правило унутрашњег права од суштинског значаја* (нагла-

²⁰ Упутство о подношењу захтјева за тумачење међународног споразума о избјегавању двоструког опорезивања, бр. 10-17-1-10432-1/16 од 22. 12. 2016. године, Министарство финансија и трезора БиХ, <http://mft.gov.ba/srb/images/stories/fiskala/uputstvo2.pdf>, 24. 8. 2017.

²¹ Упутство, чл. 6

сили аутори).²² Предмет очигледне повреде не може бити било која норма унутрашњег права већ само (а) норма која регулише надлежност за склапање међународних уговора, и (б) норма која је од битног значаја.²³

Норме Устава Босне и Херцеговине о надлежностима институција БиХ и ентитета, као највише правне норме у БиХ, сасвим јасно одговарају овом одређењу, па њихово кршење представља очигледну повреду унутрашњег права.

Ако би Уставни суд Босне и Херцеговине утврдио да је ријеч о неуставном дјеловању институција БиХ, имајући у виду да је уређење материје директних пореза у искључивој надлежности ентитета (а као посљедица, и Брчко ДБиХ), то би довело до бројних међународних и унутрашњих посљедица. Ништавост уговора је једна од тих посљедица. „Ништав уговор је лишен правне снаге *ab initio* без обзира да ли се ради о основу апсолутне или релативне ништавости.“²⁴

Иако се немогућношћу спровођења одредаба уговора због правила унутрашњег права не може оправдати неизвршавање уговора, то ипак не дира у одредбу поменутог члана 46 Бечке конвенције о уговорном праву.²⁵ Ипак, стране су предузеле акте на основу уговора, који би због релативне ништавости требало да буде лишен правне снаге *ab initio*. Пошто сама чињеница ништавости уговора не дира у законитост аката извршених у доброј вјери прије него што је ништавост истакнута,²⁶ остварена права пореских обвезника не би требало да буду угрожена.

5. Могућности за уставно закључење уговора о избјегавању двоструког опорезивања

Могућности за закључење уговора о избјегавању двоструког опорезивања могу дјеловати неизвјесне након претходне анализе. Међутим, Устав БиХ нуди алтернативе.

²² Бечка конвенција о уговорном праву (1969), чл. 46 ст. 1. Вид. Уредбу о ратификацији Бечке конвенције о уговорном праву, Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/72.

²³ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 462. Упор. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, OECD Publishing 2015, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-en>, R(8).

²⁴ М. Крећа, 471.

²⁵ Вид. чл 27 Бечке конвенције о уговорном праву. Упор. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, OECD, 2015, R(8)-4 и R(8)-5.

²⁶ Крећа, 471.

5.1. Могућност да ентитети закључе међународне уговоре

Ентитети могу, уз пристанак Парламентарне скупштине БиХ, закључивати уговоре са државама и међународним организацијама.²⁷ Овакво рјешење би одговарало уставним нормама о подјели надлежности између државе и ентитета. Осим тога, оно би било у складу са већ означеним правом ентитета да закључују уговоре са другим државама.

Ово рјешење има и један недостатак, који је вјероватно узроковао устројавање садашње праксе у погледу закључивања уговора о избјегавању двоструког опорезивања. Ако би надлежност за закључивање уговора ове врсте остало у надлежности ентитета, како проистиче из уставних норми о подјели надлежности, могло би се догодити да ентитети прихвате различита рјешења и праксе у том погледу, што из практичних разлога није прихватљиво. Међутим, бојазан да би једнак приступ ентитета овом питању био угрожен не може бити оправдање за нарушавање Уставом установљене подјеле надлежности у области пореског система.

5.2. Специјални паралелни односи

Ентитетима у БиХ дата је могућност да закључе међународне уговоре са сусједним земљама, без ичијег одобрења, али уз поштовање суверенитета и територијалног интегритета БиХ. То су уговори о специјалним паралелним односима.²⁸

Нема препрека да порези који су у искључивој надлежности ентитета буду обухваћени специјалним паралелним односима. Чак је, својевремено, и сарадња у области одбране²⁹ оцијењена као уставна (од-

²⁷ „Сваки ентитет може такође да склапа уговоре са државама и међународним организацијама уз пристанак Парламентарне скупштине. Парламентарна скупштина може законом предвидјети да за неке врсте споразума таква сагласност није потребна.“ Устав БиХ, чл. III 2 d).

²⁸ „Ентитети имају право да успоставе специјалне паралелне односе са сусједним државама, у складу са суверенитетом и територијалним интегритетом Босне и Херцеговине.“ Устав БиХ, чл. III 2 а).

²⁹ Ранијим Споразумом о специјалним паралелним односима између Републике Српске и СР Југославије била је обухваћена сарадња у области „одбране, на потпуно транспарентан начин“. Вид. Закон о ратификацији Споразума о успостављању специјалних паралелних односа између Републике Српске и Савезне Републике Југославије, Службени гласник Републике Српске, бр. 26/01. Тренутно је на снази Споразум потписан 2006. године, којим није обухваћена одбрана, што је у складу са преносом надлежности у области одбране на ниво Босне и Херцеговине. Вид. Закон о ратификацији Споразума о успостављању специјалних паралелних односа између Републике Српске и Републике Србије, Службени гласник Републике Српске, бр. 60/07.

носно као таква да се може тумачити на начин сагласан Уставу БиХ).³⁰ Тим прије, сарадња у области непосредних пореза у сагласности је са Уставом БиХ. Технички, уговор о избјегавању двоструког опорезивања, у овом случају имао би форму анекса Споразума о успостављању специјалних паралелних односа.³¹ Као куриозитет из историје пореског права, подсјећамо да су се у првим уговорима о избјегавању двоструког опорезивања као уговорне стране јављале федералне јединице.³²

5.3. Пренос надлежности за закључивање уговора у области директних пореза или успостављање посебног механизма координације између ентитета

Коначно, пренос надлежности са нивоа ентитета на ниво Босне и Херцеговине не само да је могућ према Уставу БиХ, него је чак и у порескоправној материји тако учињено за посредне порезе.³³ Сходно могућности да се успоставе нове надлежности, према договору ентитета, могуће је закључити споразум између ентитета којим би се Босни и Херцеговини пренијела надлежност да у име ентитета закључује међународне уговоре о двоструком опорезивању. Међутим, овакво рјешење сигурно није изгледно, јер постоје опречни ставови политичких елита у два ентитета о томе да ли је оправдано и пожељно вршити пренос надлежности у одређеним областима. Сигурно је да Република Српска не би била спремна да учествује у постизању споразума којим би се сагласила са преносом барем једног сегмента надлежности у области директног опорезивања.

³⁰ Вид. Одлуку о меритуму Уставног суда БиХ у предмету бр. У 42/01, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 22/04. Напомињемо да је питање одбране тада било у надлежности ентитета. „Уставни суд БиХ једини је надлежан да одлучује о томе да ли је одлука ентитета да успостави посебан паралелан однос са сусједном државом у складу са Уставом [БиХ, напомена аутора], укључујући и одредбе које се односе на суверенитет и територијални интегритет БиХ“ Вид. Недим Адемковић, Joseph Marko, Горан Марковић, *Уставно право Босне и Херцеговине*, Фондација „Konrad Adenauer“ – Представништво у Босни и Херцеговини, Сарајево 2012, 204.

³¹ Вид. Споразум о успостављању специјалних паралелних односа између Републике Српске и Републике Србије, чл. 8.

³² Први уговор о избјегавању двоструког опорезивања, регистрован код Друштва народа, данас Уједињених нација, закључен је између Велике Британије и швајцарског кантона Во (*Vaud*) 1872. године. Постоје јасни наговјештаји да је узор за тај уговор био још ранији уговор између Руског царства и поменутог кантона, али тај уговор није регистрован. Вид. S. Jogarajan, “The Conclusion and Termination of the ‘First’ Double Taxation Treaty”, *British Tax Review*, Vol. 3, 2012, 283-306.

³³ Вид. горе, дио о надлежностима у области опорезивања порезима на доходак и на имовину у Босни и Херцеговини.

Такође, могуће је успоставити механизам за усаглашавање ентитетских надлежности, без њиховог преноса на државу. Овдје се можемо позвати на норму садржану у чл. III 4 Устава Босне и Херцеговине („координација“), која предвиђа могућност да ентитети усаглашавају односно координирају своје дјеловање у областима које су у њиховој надлежности. Истина, ова координација треба да буде подстакнута од стране Предсједништва. На овај начин, ентитети би задржали своје надлежности у области директног опорезивања, не би биле повријеђене уставне норме о подјели надлежности, а ентитети би прихватили или настојали прихватити истовјетна рјешења, што би било у интересу начела правне сигурности и равноправности.

На концу, ентитети би могли и непосредним споразумијевањем уредити ову материју и на тај начин избјећи пореску конкуренцију, која би се могла јавити уколико би питање избјегавања двоструког опорезивања уређивали различито. Разумљиво, предност тог рјешења у односу на садашње је у томе што би биле избјегнуте уставноправне дилеме о уставности садашњег рјешења. Истовремено, споразумом би се могла уредити и друга питања, попут размјене података у пореској материји, сарадње пореских органа уопште и сл.

Иначе, пореска конкуренција свакако постоји између ентитета, што је видљиво управо на примјеру историје пореза на доходак у ентитетима. Наиме, иако је у Федерацији БиХ приход физичких лица у виду дивиденде био ослобођен пореза, у Републици Српској то није истовремено учињено. Тек 2015. године, усвајањем новог закона, приходи физичког лица од дивиденде и учешћа у добити правног лица изузети су од опорезивања.³⁴

³⁴ „Имајући у виду, дакле, основне циљеве економске политике Републике Српске, Влада Републике Српске предложила је овим законом растерећење привредних субјеката, у конкретном случају оснивача и власника удјела у привредним друштвима тако што се ослобађа приход од дивиденде и удјела у добити од опорезивања порезом на доходак. Овакво одређење произлази и из чињенице да се на овај начин изједначавају сви порески обвезници у БиХ и спречава евидентна пореска конкуренција у оквиру БиХ. Наиме, у Федерацији БиХ не постоји обавеза плаћања пореза на доходак од дивиденде физичких лица, што је имало за посљедицу ‘пребацавање’ сједишта правних лица на територију на којој се примјењује закон повољнији за пореског обвезника.“, *Приједлог Закона о порезу на доходак*, Влада Републике Српске, јул 2015. године.

6. Закључак

Уговори о избјегавању двоструког опорезивања које је закључила Босна и Херцеговина у времену од настанка, 1995. године, до данас, закључени су на основу Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора, који је Парламентарна скупштина БиХ усвојила 2000. године. Неуставна је, по нашем мишљењу, одредба овог закона којом се у поступку за вођење преговора ради закључивања међународног уговора, који спроводе институције Босне и Херцеговине, предвиђа да надлежни органи ентитета достављају мишљење када се међународним уговором уређују питања која су у искључивој надлежности ентитета. Такође, на основу уставноправне и порескоправне анализе, налазимо да су неуставни овако закључени међународни уговори БиХ о избјегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину. Посљедица тога је неспроводивост ових уговора у унутрашњем праву БиХ, због непостојања управне контроле министарстава у Савјету министара БиХ над ентитетским министарствима и органима управе. У међународноправним оквирима, према правилима Бечке конвенције о уговорном праву, ови уговори су релативно ништави, што значи и лишеност правне снаге *ab initio* – то ипак не дира у законитост аката извршених у доброј вјери прије него што се истакне ништавост. Тренутно извршавање ових уговора на нивоу ентитета једино се и може подвести под „добру вјеру“ или можда добру вољу, пошто нису уставни, па се не може подвести под управноправни појам дискреционе (слободне) оцјене. Свакако, органи управе не могу пренијети своју надлежност било коме, и њихово поступање не може бити основ за пренос надлежности.

Предлажемо уставне начине за избјегавање двоструког опорезивања. Могуће је да, у складу са одредбама Устава Босне и Херцеговине, ентитети закључују уговоре о избјегавању двоструког опорезивања, будући да је опорезивање директним порезима њихова искључива надлежност. Такође, могуће је да ентитети усагласе начин закључивања уговора о избјегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину, и то кроз неку врсту споразума – самостално или уз координацију Предсједништва БиХ. Треће, могућ је пренос надлежности, дјелимично или потпуно, на институције БиХ, што је само теоријска могућност, за коју нема ни најмање политичке воље, па се она неће ни догодити.

Đorđe Marilović, LL.M.

Senior assistant

Faculty of Law, University of East Sarajevo

Goran Marković, PhD

Associate professor

Faculty of Law, University of East Sarajevo

CONSTITUTIONAL COMPETENCES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA CONCERNING DOUBLE TAXATION TREATIES ON INCOME AND ON CAPITAL

Conclusion

Double tax treaties concluded by Bosnia and Herzegovina, since Bosnia and Herzegovina was established in 1995 until today, are mostly concluded on the basis of the Law on the process of conclusion and implementation of international agreements, which was enacted by Parliamentary Assembly in 2000. In authors' opinion, the provision of this law which states that, during negotiation preparation process at Bosnia and Herzegovina level, entities' competent authorities deliver (non-binding) opinion on matters which are exclusive competences of the entities, but which are nevertheless to be regulated by international agreement concluded by Bosnia and Herzegovina's institutions, are unconstitutional. Furthermore, on the basis of constitutional and tax law analysis, we find international double taxation treaties on income and on capital concluded by Bosnia and Herzegovina unconstitutional. As a result, these treaties are legally unenforceable in Bosnia and Herzegovina, since there is no administrative control of the ministries of the Council of Ministers of B&H over the ministries and administrative bodies of entities. In the context of International Law, according to Vienna Convention on the Law of Treaties, these treaties are invalid, with ab initio consequences. However, acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful. Present implementation of the double taxation treaties, concerning entities, can be nothing more than good faith, or perhaps good will or benevolence, being itself unconstitutional. Therefore, it cannot be assumed to be a matter of discretionary power. Administrative bodies cannot transfer the

competence to any other body, and their actions cannot be the basis for any competence transfer.

We suggest constitutional ways for double tax avoidance. It is possible, in accordance with Constitution of Bosnia and Herzegovina, that entities conclude international double taxation treaties, being exclusively competent for direct taxes. Moreover, entities can harmonize mechanism for conclusion of double taxation treaties, directly or with coordination from the B&H Presidency. Lastly, there could theoretically be competence transfer from the entities' to B&H level, which is not going to happen if we take current political situation into account.

УДК: 342.26:342.565.2(497.6Брчко)

doi 10.7251/PR5017157K

Излагање са научног скупа

АРБИТРАЖНА ОДЛУКА ЗА БРЧКО ДИСТРИКТ У СВЈЕТЛУ АМАНДМАНА I НА УСТАВ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Проф. др. Синиша Каран*

Апстракт: Специфичности арбитраже за Брчко дистрикт довеле су до стварања једног уставноправног, територијалног и политичког засебног система који егзистира у Босни и Херцеговини упоредо са другим уставноправним и политичким системима – ентитетима. Карактер те одлуке, каснијим увођењем у уставноправни систем Босне и Херцеговине ће се то и потврдити, превазишао је арбитражни спор и директно утицао на промјену уставноправне позиције Дистрикта и његовог односа са ентитетима, прије свега.

Уставни амандман дао је одговор на тада постављена и проблематизована питања без јасног одговора у смислу: које су посљедице такве одлуке, какво је уставно одређење Брчко дистрикта након тога, а шта он у ствари јесте, те да ли се одлука супротставља самом Уставу Босне и Херцеговине, посебно да ли се таквом одлуком дерогирају Уставом успостављени односи, нарочито они који се односе на компетенције ентитета.

Данас, седамнаест година након успостављања Брчко дистрикта, створила се фактичка ситуација кроз имплементацију коначне арбитражне одлуке, учвршћене Амандманом на Устав Босне и Херцеговине и додатном „заштитом“ одлуке кроз дјеловање Уставног суда Босне и Херцеговине. Даље постојање (који формалноправно постоји) и евентуално дјеловање Трибунала за Брчко упитно је и са уставноправног, али и политичког аспекта.

Кључне ријечи: Арбитража, Брчко дистрикт, коначна одлука, амандман, уставне промјене.

* Факултет правних наука, Паневропски универзитет Апеирон, Бањалука. Генерални секретар председника Републике Српске; арбитар Републике Српске у Арбитражном трибуналу.

Увод

Брчко је град са изузетним географским положајем, који поред економског, добија и на политичкој важности.¹ Захваљујући изузетно повољним природним условима, ова област је још раније постала један од најјачих центара прехранбене индустрије, а повезивање са осталим регијама учињено је градњом пруге Брчко–Бановићи непосредно након Другог свјетског рата. Почетак рата Брчко је дочекало са 87.332 становника, развијеном прехранбеном индустријом, те израженом мултиетничношћу и мултикултуралношћу.

Град дијели Републику Српску на два дијела, а уједно чини повезницу централног дијела Федерације са главним путним правцима за Западну Европу, што ће у арбитражном поступку бити и основни захтјеви страна. Његова површина је занемарљива у односу на површину ентитета, али његова важност и значај у територијалном интегритету и повезивању ентитета, као и са њима битним сусједним државама је толика да се овај дио територије није могао (приликом разговора у Дејтону) и не може замијенити ни једном другом територијалном цјелином.

Свих горе наведених аспеката, као и његовог значаја били су свјесни и учесници у Дејтонским мировним преговорима, те су у име мира пристали на арбитражу за ово битно подручје.

Арбитража за Брчко у Дејтонском споразуму

У Паризу је потписан Дејтонски мировни споразум којим је завршен четворогодишњи рат у Босни и Херцеговини.² Потписивању су претходили тронедјељни преговори и парафирање Општег оквирног споразума³ одржано у америчкој војној бази Рајт-Петерсон у граду Дејтону

¹ Још у времену аустроугарске власти 1865. године, измјешта свој Вицеконзулат из Тузле у Брчко. До краја XIX вијека уведене су различите паробродске линије, први телеграф, пошта, више банака, те неколико сједишта ријечних компанија.

² Споразум су потписали председници држава региона Алија Изетбеговић (БиХ), Слободан Милошевић (Србија) и Фрањо Туђман (Хрватска) уз присуство великих сила. Својим потписима су се обавезали да ће међусобне односе регулисати у складу са Повељом Уједињених нација, Завршним хелсиншким актом, те другим документима ОЕБС-а.

³ Овим споразумом утврђени су правно и уставно уређење сложене државе која се састоји од два ентитета, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине. Подјела територије извршена

21. 11. 1995. године.⁴ Преговори су трајали 21 дан, али није постигнут споразум о разграничењу у појасу бивше општине Брчко.

Српска страна је сматрала да ова општина треба да припадне Републици Српској, јер њеним додјелјивањем Федерацији нарушава се цјеловитост територије Републике Српске, док је бошњачка страна као главни аргумент изнијела да је број Бошњака у предратној општини Брчко био већи у односу на друга два конститутивна народа. Као други аргумент изнијели су став да додјелом ове територије Републици Српској Федерација губи везу са главним путем за Западну Европу (излаз на ријеку Саву).

У недостатку договора, прихваћено је компромисно рјешење у виду члана 5, анекса 2. Члан 5 се састоји од пет тачака у којима је утврђено да ће преговарачке стране прихватити обавезујућу арбитражу чији предмет ће бити међуентитетска линија у подручју Брчког,⁵ регулисан је рок у којем треба да се конституише арбитражно вијеће, као и рок за именовање по једног арбитра, а трећег арбитра је требало да именују именовани арбитра, уз могућност да трећег арбитра, у случају да именовани арбитра не постигну заједнички споразум, именује предсједник Међународног суда правде,⁶ што се касније у два наврата и догодило. Чланом 5 овог анекса уређена су процедурална питања везана за будућу

је према договору преговарачких страна, тако да је Федерацији припало 51% територије, а Републици Српској 49% територије. Споразум се састоји од 11 анекса који регулишу политичке, војне и цивилне аспекте мировних преговора, те утврђују начине регионалне сарадње и стабилизације. Од тога анекс четири представља Устав Босне и Херцеговине, док анекс два у члану пет регулише арбитражу за подручје Брчког.

⁴ Иницијатор овог споразума, као и самих преговора, била је администрација америчке владе на челу са главним америчким посредником Ричардом Холбруком. Преговорима је присуствовао и тадашњи амерички државни секретар Ворен Кристофер, те генерал Весли Кларк, који је у то вријеме био командант Савезничких снага НАТО-а за Европу. Осим америчке делегације која је била домаћин ових преговора, присутни су били и представници свих великих сила, те представници зараћених страна са својим делегацијама које су биле састављене од експерата из различитих области.

⁵ У тексту Дејтонског мировног споразума спомиње се додатак у којем је требало да буде карта спорног подручја. Међутим, у додатку није било никакве карте, те се тражило од арбитра да дефинише предмет арбитраже. Арбитра су упутили захтјев америчкој администрацији да им достави карте. Карте су достављене доста касније, те нису биле употребљиве, јер на њима није било видљиво спорно подручје разграничења. Стране се никада о предмету арбитраже нису сагласиле.

⁶ У складу са овом одредбом стране су именовале своје арбитра без међусобних приговора. Република Српска именовала је проф. др Витомира Поповића, а Федерација проф. др Тазима Садиковића. Именовани арбитра нису постигли споразум о именовању трећег арбитра, те је исти именован на начин како је и предвиђено овом одредбом; 15. јула 1996. године за трећег арбитра именован је Робертс Б. Овен који је уједно био предсједавајући овог трибунала.

арбитражу у складу са УНЦИТРАЛ-овим правилима, при чему би арбитрари требало да примијене релевантне правичне и правне принципе. Остављена је могућност странама и да се другачије договоре.⁷

Предвиђено је и да, „уколико не буде другачије договорено”, управа над овим дијелом територије остаје као и до тада.⁸ Задња тачка члана 5 анекса 2, односи се на рок у којем одлука треба да буде донесена.⁹

Арбитражни поступак

Сам ток процеса креће након именовања арбитра. Предсједавајући арбитар сазвао је 7. 8. 1996. године прелиминарну конференцију у Сарајеву ради конституисања Трибунала, рјешавања процедуралних питања, те представљања страна.¹⁰ Предсједавајући је, пошто је примио коментаре од стране Федерације (Република Српска није упутила никакв коментар), објавио коначну верзију налога¹¹.

⁷ Међутим, већина правних стручњака сматра да је при примјени истих направљен озбиљан пропуст. Наиме, у пракси међународних арбитража када имамо вишечлано арбитражно вијеће одлучује се или већином гласова или једногласно. При томе, треба напоменути да се увијек ради о непарном броју арбитра, тако да се не може десити ситуација да имамо једнак број подијелиених гласова. Такву ситуацију предвиђа и члан 31 УНЦИТРАЛ-ових правила са изузетком да се стране могу договорити и о другачијој процедури. У случају ове арбитраже предсједавајући је одлучио сам. Арбитар једне стране је напустио арбитражу прије одлучивања, док су оба арбитра на коначној одлуци ускратили свој потпис и на тај начин изразили своје неслагање са овом ситуацијом.

⁸ Одлука је донесена након прегласавања, те су у том смислу поједини аутори, као проф. др М. Живановић, сматрали да наведена одредба јасно регулише једногласни начин гласања. С обзиром на то да једногласног начина гласања није било, изводи се логичан закључак да нема ни одлуке, те је с правне стране она непостојећа и представља правни “nullum”. Као таква не производи никакво дејство, те ју је бесмислено побијати. Овај став проф. др М. Живановић објавио је у стручном чланку “Одлука арбитраже за спорни део линије у области Брчког је непостојећа одлука” у Гласнику правде 1999. године.

⁹ Рок је био годину дана од дана ступања на снагу Споразума. Међутим, овај рок није испоштован, већ је уз сагласност странака и одобрење Трибунала продужен на 15. 2. 1997. године. Накнадни рок је такође пролонгиран, чиме је прекршен члан 32 тачка 1 УНЦИТРАЛ-ових правила, према којем одлука нема статус арбитражне одлуке ако је трајање споразума уговорено, а одлука се не донесе у том року.

¹⁰ На тој конференцији није био присутан арбитар, нити било ко од представника из Републике Српске, јер се до тог момента није успио постићи споразум о предмету арбитраже. Арбитар из Федерације презентовао је Трибуналу ставове Федерације везане за процедурална питања, усмена саслушања и распореде дописа.

¹¹ Налогом се налаже: 1) конституисање Трибунала на начин како то предвиђа анекс 2, члан 5; 2) вођење арбитражног процеса у складу са УНЦИТРАЛ-овим правилима, те усвајање доказа у складу са принципима дефинисаним чланом 5; 3) утврђивање садржаја прве и друге изјаве. При томе прва изјава треба да садржи: а) битне чињенице за које страна која подноси изјаву сматра да

Друга изјава је требало да садржи план за политичку и економску структуру Брчког.¹²

У септембру мјесецу исте године заказана је конференција у Бечу, на којој су били присутни и представници Републике Српске. Том приликом изнијели су протест по питању рада Трибунала. Сматрали су да се не поштује тачка 1 члана 5 анекса 2, којом је јасно и недвосмислено одређен предмет арбитраже, те да се манипулише са мапама које су наведене у истој тачки, а нису се налазиле у додатку¹³.

Сходно томе, они су закључили да Трибунал нема овлашћења за даљи наставак вођења арбитражног поступка. Након изношења оваквих ставова, главни арбитар је предложио да, у складу са УНЦИТРАЛ-овим правилима, одлука о надлежности Трибунала буде одложена до доношења коначне одлуке,¹⁴ а главни арбитар је одредио рок у којем се морају сва документа предати¹⁵.

Римска одлука донесена је 14. 2. 1997. године, те је имала карактер допунске одлуке и као таква је ушла у састав коначне одлуке. Непосредно прије доношења ове одлуке било је сасвим јасно да су сви рокови за доношење коначне одлуке прекорачени, а обје стране су сматрале да се треба донијети одлука.¹⁶ Римском одлуком се налаже високом представнику за БиХ да именује свог замјеника, супервизора за Брчко, који би

би могле да утичу на одлуку Трибунала;б) обезбјеђење додатног ауторитета;с) листу свједока и резиме њихових свједочења.

¹² Федерација је упутила своје изјаве до 14. 8. 1996. године, док Република Српска још увијек због неријешених основних питања око покретања арбитражног поступка није узимала учешћа у раду арбитраже.

¹³ Одредбе које регулишу арбитражни поступак треба да се односе на мјесто арбитраже, службени језик арбитраже, избор арбитра, покретање арбитражног поступка, одржавање усмене расправе, учеснике арбитражног поступка, доношење закључака, примјену мјера и додатних прописа, те окончање самог поступка и доношење коначне одлуке.

¹⁴ Пошто је било очигледно да ће арбитражни поступак пропасти уколико се не уваже приговори обје стране, заказан је састанак у Вашингтону о статусу поступка, те су представницима Републике Српске достављене дејтонске карте. Након овог састанка одржана је и Конференција у Вашингтону, на којој су заступници Републике Српске дали наговјештај да би се могли укључити у рад арбитраже.

¹⁵ Један од занимљивијих докумената које је Република Српска упутила био је Захтјев за доношење убрзане прелазне одлуке у складу са чланом 32 став 1 УНЦИТРАЛ-ових правила. Предсједавајући је одбио овај захтјев, а представници Федерације се о томе нису могли ни изјаснити, јер им захтјев није ни прослијеђен. Након оваквог Трибуналовог става, тадашњи премијер РС упутио је писмо Трибуналу у којем је изнесена могућност потпуног повлачења РС из арбитражног поступка, те сматрања свих арбитражних одлука неважећим.

¹⁶ Иако је већ у овом дијелу поступка било јасно да ће грубо кршење арбитражних правила бити нешто што ће ову арбитражу окарактерисати до краја, обје стране су на вријеме комплетирали своју документацију, те су сва три арбитра била присутна у Риму приликом доношења Римске одлуке.

имао слична овлашћења као и високи представник¹⁷ (одлуку из Беча није потписао ни један од арбитра).

Ова одредба представља давање законодавних и извршних овлашћења супервизору, али и фактичко увођење међународног протектората. Та овлашћења су изричито наведена у допунској одлуци која је донесена 15. 3. 1998. године у Бечу након конференције за Брчко, коју је сазвао Управни одбор Вијећа за имплементацију мира.¹⁸ Учесници конференције у Бечу направили су још један корак даље у односу на Рим, апелујући да се под хитно одрже локални избори ради успостављања вишенационалне управе, који су и спроведени у склопу редовних општинских избора. Након избора, супервизор доноси наредбу којом се захтијева од извршних органа да формирају вишенационална извршна тијела.¹⁹ Допунску одлуку из Беча није потписао ни један од арбитра страна у спору.²⁰

Овом одлуком предсједавајући је избјегао још једном да донесе коначну одлуку, те је након њеног доношења стране у спору упозорио да би коначна одлука могла да има рјешење за Брчко у виду „неутралне области”.

Коначна одлука

Непосредно по доношењу допунске одлуке, Вијеће за имплементацију мира је сматрало да треба да се закаже још једно

¹⁷ Основни задатак супервизора за Брчко био је да врши координацију између локалних органа власти и међународне заједнице, изради стратегију за сигуран повратак избјеглица и расељеног становништва, економски опоравак, успостављање слободе кретања, развој трговине, увођење полицијских снага, те припрему за локалне изборе на датој територији. Поред наведених овлашћења, Римском одлуком су супервизору дата овлашћења за доношење обавезујућих прописа и наредби које су локални органи власти били дужни да спроводе.

¹⁸ Тада је именован први супервизор за Брчко, Роберт В. Фаранд, те његови замјеници.

¹⁹ Овом наредбом уводе се тронационалне позиције у Скупштини општине и извршним тијелима, те се уводи одлучивање квалификованом већином у о питањима која су од виталног националног интереса сваког народа који има најмање 5% представника у Скупштини града. Након ове наредбе услиједило је и изједначавање националних квота у полицији, правосуђу и управи. Овакав рад супервизора изазвао је јак протест српске стране, што је додатно отежало позицију РС у арбитражном поступку за Брчко.

²⁰ Постојала је опасност јер је Федерација у току прелиминарног поступка тражила да јој се додјели целокупна општина позивајући се на то да Република Српска својим бојкотовањем и приговорима крши Дејтонски споразум и Римску одлуку. С друге стране, Република Српска је одустала од првобитног захтјева о проширењу коридора, али је тражила да се задржи постојеће стање, јер у противном она губи cjеловитост територије.

засједање на којем би се дала додатна овлашћења супервизору за Брчко, а све у циљу побољшања изузетно лоше ситуације у овој области.

Ово засједање одржано је крајем 1998. године у Бону, а на њему је одлучено да супервизор добије идентична овлашћења као и високи представник²¹.

Предједавајући Трибунала је 5. 3. 1999. године донио коначну одлуку која је имала доминирајући политички карактер, иако је он сам на почетку арбитраже захтијевао да се досљедно руководи правним принципима, те да се остане у оквиру струке.

Одлука се састојала и од анекса, који је измијењен 18. 8. 1999. године, а саставни дио биле су и претходне одлуке из 1997. и 1998. године. Коначна одлука садржи 10 дијелова са укупно 69 тачака, којима је регулисан статус области Дистрикта Брчко.

У првом и другом дијелу изнијето је тренутно стање у подручју Брчког, могућности рјешења које је Трибунал имао, чињенично стање, те разлози ради којих се Трибунал определио да Брчко изузме из надлежности обају ентитета.

Трећи дио односи се на тешкоће које се јављају у повратку избјеглог и расељеног становништва, успостављању вишенационалне управе, те мултиетничности која је била присутна на овом простору прије рата.

Четврти дио регулише структуру новог Дистрикта, која треба да буде унитарна, јединствена мултиетнична и демократска структура са свим оним надлежностима које су раније имали ентитети.²² Супервизору је наложено да именује заједничку комисију за имплементацију уз чију помоћ је требало да ради на изради и доношењу Статута Владе Дистрикта, који је и ступио је на снагу 8. марта 2000. године.²³

²¹ Тако је супервизор добио могућност да смјењује званичнике који опструирају провођење Дејтонског споразума, те раде на дестабилизацији изградње демократских институција и онемогућавају економски развој.

²² Тачком 36 предвиђено је да се Влада Дистрикта састоји од:

1) Скупштине Дистрикта као законодавног тијела чији се чланови бирају на изборима заказаним од стране супервизора; 2) Извршног одбора којег бира Скупштина; као и 1) независног судства састављеног од два суда – првостепеног и другостепеног; 2) уједињене полиције, под јединственом командном структуром, истоврсних ознака униформи, те независне од полицијских снага ентитета.

²³ Статутом је регулисан правни положај Дистрикта као јединствене јединице локалне самоуправе. Сједиште Дистрикта је град Брчко, а територија који обухвата Дистрикт је територија целокупне предратне Општине Брчко. Дистрикт потпада под суверенитет Босне и Херцеговине, а све надлежности и права ентитета су суспендовани и пренесени на Дистрикт. Предвиђено је да ентитети на територији Дистрикта имају само она овлашћења и функције које су им додијелене Статутом.

Однос између Дистрикта, БиХ и њених институција, те ентитета, уређује се законом који доноси Парламентарна скупштина БиХ, а Брчко дистрикт користи заставу и грб БиХ.²⁴

У дијелу пет изнесене су препоруке виском представнику и међународној заједници везане за успостављање нормалних животних услова на овој територији. Ту се прије свега помиње пружање помоћи при спровођењу циљева Дејтонског споразума везаних за повратак избјеглих и расељених лица, те помоћ при оживљавању привреде, смањењу стопе незапослености и обезбјеђивању финансијских средстава међународних донатора.

У шестом дијелу појашњен је начин на који је Трибунал разматрао и узимао у обзир интересе обје стране, а који су наведени у ранијим излагањима. У тачки 57 наводе се и интереси међународне заједнице који су прије свега усмјерени ка повратку лица у своје пријератне домове. У дијелу седам изнесена су правна дејства одлуке, те њено усклађивање са Уставом БиХ.²⁵

Задња три дијела указују на могућност измјена анекса с обзиром на то да их стране нису прегледале, обавезност провођења одлуке и санкције које могу да услиједе за непровођење. Анекс коначне одлуке је њен саставни дио, а у њему су одређене смјернице за уређење структуре Дистрикта које је супервизор узео као основ приликом израде Статута Брчко Дистрикта. Анекс се састоји од 11 тачака, које обрађују различита питања која су у Статуту у мањем или већем обиму проширена.²⁶

²⁴ Има статус правног лица, те способност обављања функција, стицања права и обавеза. Службени језици су језици сва три конститутивна народа, а у употреби су оба писма. Дистрикт нема своју војску, а Статутом су наведене и надлежности органа јавне власти. Те надлежности обухватају привреду Дистрикта, финансије Дистрикта, јавну имовину, инфраструктуру и јавне услуге, културу, образовање, здравствену заштиту, заштиту животне средине, социјалну заштиту, правосуђе и правне услуге, полицију, стамбена питања, урбанизам и просторно уређење, те остале надлежности битне за функционисање локалне заједнице.

²⁵ У тачки 34 стоји да ће Брчко дистрикт имати владу која ће бити под контролом БиХ у областима које улазе у надлежност заједничких институција БиХ. Сва остала питања наведена у коначној одлуци су у складу са Уставом БиХ (тачка 58), а посебно са чланом 1/3 Устава којим је регулисано да се БиХ састоји од два ентитета. Сходно томе, Брчко дистрикт припада и једном и другом ентитету, те чини кондоминијум, а не трећи ентитет.

²⁶ Тачком 1 утврђено је да становници Дистрикта који су грађани БиХ могу да изаберу држављанство једног од два ентитета. Они не морају да плаћају ентитетске порезе, нити су обавезни да служе војни рок. Анексом, тачком 2, дата је могућност супервизору да приликом састављања Скупштине у Статут унесе “етничку формулу” како би се избјегла политичка контрола од стране припадника само једне етничке групе. Истом тачком предвиђена је и клаузула о заштити “виталног националног интереса” свих народа како би се спријечило прегласавање везано за “животна питања” одређеног народа. Тачке 3 и 4 уређују да Управу Дистрикта води

Ова одлука представљала је правни основ за стварање Брчко дистрикта. На основу ње високи представник је 8. 3. 2000. године донио одлуку о оснивању Дистрикта, којом је усвојен Статут Брчко Дистрикта, те именована прва Влада.

У стручној јавности оваква одлука Трибунала је изазвала доста реакција, а ставови о новонасталој творевини углавном су били подијељени у односу на правну природу Дистрикта. Ставови су уопштено ишли у правцу дефинисања овако уређеног Дистрикта као трећег ентитета, са једне стране (Чавошки, Савић) и са друге стране ставови да се ради о јединици локалне самоуправе²⁷ са свим специфичностима (Поповић, Марковић). И једна и друга дефиниција имају “потребу“ да изразе специфичности Дистрикта, свака отклоном одређених карактеристика унутар цјеловитог отклона према правној природи Дистрикта, мада сам Статут, а сада и Устав Босне и Херцеговине, сасвим јасно дефинишу Дистрикт као јединицу локалне самоуправе истичући њене аутономне институције, законе и прописе и овлашћења и статус прописаним одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези с међуентитетском линијом разграничења у области Брчког.

Посебност на којој се гради једна од теорија је специфичност односа између Брчко дистрикта Босне и Херцеговине и институција Босне и Херцеговине и ентитета те могућности на бази равноправности уређења тих (будућих) односа законом који доноси Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине.²⁸

Извршни одбор и управник Дистрикта. Приликом бирања чланова Извршног одбора такође постоји могућност примјене “етничке формуле”. Регулисањем полиције и царинске управе баве се тачка 8 и 9, док је тачкама 10 и 11 регулисано изборно право и симболи. Предзадњом тачком уређен је образовни систем на етнички јединствен начин. Анексом је супервизору дато и овлашћење да јавно власништво и јавна комунална предузећа пренесе на градску управу.

²⁷ Први члан Статута Брчко дистрикта, Дистрикт дефинише као јединствену аутономну јединицу локалне самоуправе. Статут такође прописује да ентитети у оквиру Дистрикта извршавају само она овлашћења и функције које су предвиђене одредбама овог статута и да власти Дистрикта неће ентитетима додијелити или повјерити било које овлашћење или функцију који нису предвиђени овим статутом.

²⁸ Све наведене предности арбитраже требало је да донесу ентитетима у Босни и Херцеговини одговарајуће рјешење за њихов спорни проблем око подјеле територије подручја општине Брчко. Међутим, овом арбитражом, сложеној држави Босни и Херцеговини, те ентитетима који је чине, додат је још један елемент, посебан систем који самостално егзистира унутар заједничке државе. Овакав систем не можемо да нађемо ни у теорији уставног права, али ни у правној пракси. Као оправданост стварања овакве творевине могли би се једино навести интереси за бољи живот становника Брчко Дистрикта. Међутим, након седамнаест година од настанка Брчко, економски развој је далеко од очекиваног, а свјedoци смо и све учесталијих афера које се јављају у свим областима дјеловања. Да ли је резултат ове арбитраже било задовољавајуће компромисно рјешење којим стране у спору ништа не добијају али ни не губе, или још један експеримент међународне заједнице?

Тренутна ситуација

Тренутну ситуацију Арбитражног трибунала карактеришу прије свега персоналне промјене предсједавајућег Арбитражног трибунала за Брчко, од стране предсједника Међународног суда правде,²⁹ Клинта Вилијамсона³⁰ и новог арбитра у име Републике Српске, као и чињеница практичног (не)дјеловања Трибунала,³¹ али и даље његовог битисања, са могућности и казне, како се наводи у посебном дијелу одлуке (казне за непридржавање одлуке). Овај аспект даљег задржавања Трибунала захтијева посебну пажњу, посебно у односу на саму суштину арбитражног спора и сва оспоравања саме одлуке, а прије тога и самог арбитражног поступка, о којима је већ било ријечи.

Предсједавајући је одржао више одвојених састанака у Брчко дистрикту и Сарајеву³² на којима је објаснио да је његов мандат исти као и мандат његовог претходника (Робертса Б. Овена), који је обављао дужност предсједавајућег арбитра све до своје смрти у марту 2016. године, са циљем прикупљања података о напретку који су ентитети постигли како би у потпуности испоштовали обавезу да омогуће успостављање институција Дистрикта и помогну да се обезбиједи ефикасно функционисање тих институција, што представља основни захтјев у процесу имплементације одлуке.

²⁹ Писмом од дана 13. јула 2016. године, на основу захтјева од стране високог представника за Босну и Херцеговину Валентина Инцка, да именује предсједавајућег арбитра Арбитражног трибунала за спор око међуентитетске линије разграничења у области Брчко, предсједник међународног суда правде, *Ronny Abraham*, је у складу са чланом V, ставом 2, Анекса 2 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, а након смрти предсједавајућег арбитра г. Робертса Б. Овена, као предсједавајућег арбитра именовано Цона Клинта Вилијамсона.

³⁰ Џон Клинт Вилијамсон (*John Clint Williamson*), Државни универзитет у Аризони (*ASU*), Правни факултет *Sandra Day O'Connor* – уважени професор института *McCain* – виши руководилац за владавину права, управљање и безбједност, Вашингтон, од октобра 2014. године. До сада је био познат као тужилац Хашког трибунала, ЕУЛЕКС-а на Косову око трговине људским органима и амбасадор САД за ратне злочине.

³¹ Народна скупштина Републике Српске је на 14. сједници, одржаној 20. октобра 2016. године, именовала проф. др Сенишу Карана на дужност арбитра Републике Српске у арбитражи спорног дијела границе на подручју општине Брчко, након што је ранији арбитар за арбитражу спорног дијела границе на подручју општине Брчко проф. др Витомир Поповић обавијестио Народну скупштину Републике Српске да подноси оставку на функцију арбитра Републике Српске из личних разлога.

³² Новоименовани предсједавајући арбитар Арбитражног трибунала за Брчко, Клинт Вилијамсон, 7. и 8. марта 2017. године имао је одвојене састанке са предсједником Владе Федерације БиХ Фадилом Новалићем и арбитром ФБиХ Ђазимом Садиковићем. Данас је у Брчком присуствовао прослави којом је обиљежено 17 година од оснивања Дистрикта. Састао се са градоначелником Сенишом Милићем и његовим замјеником Антом Домићем, предсједавајућим Скупштине Дистрикта Брчко Еседом Кадрићем и његовим замјеником Ивом Филиповићем, те са арбитром Републике Српске, Сенишом Караном.

Тренутна констатација иде у правцу афирмације процеса који се одвијају након одлуке, а који доприносе да институције постају ефикасне и самоодрживе у функцији интереса грађана Дистрикта Брчко.

Ипак, главне правце могућег дјеловања Трибунала могуће је очекивати у подсјећању на већ назначене казнене одредбе, учвршћивање основа за затварање Трибунала који задржава све надлежности док супервизор не обавијести Трибунал да су испуњени сви услови за затварање. Уз већ назначено подсјећање да ће мандат новог предједавајућег бити идентичан мандату ранијем предједавајућем, ипак се наглашава могућност нових поступака у Трибуналу и након коначне одлуке, у смислу да Трибунал може модификовати коначну одлуку.

Када је ријеч о обавезама ентитета, истиче се „коначност и обавезност“ коначне одлуке за ентитете. То у пракси значи да је за затварање Трибунала потребно потпуно испуњавање обавеза од стране ентитета у погледу успостављања институција Дистрикта и да те институције функционишу на ефикасан и трајан начин (подсјећајући да је посљедња процјена из 2013. године од стране супервизора била негативна).

На бази ових ставова се може процијенити будуће (евентуално) дјеловање Трибунала.

Данас посматрамо коначну одлуку и наставак рада Трибунала са аспекта нове чињенице која и одлуку и дјеловање Трибунала ставља у нову уставноправну и политичку димензију. Та нова чињеница је, до сада, једина формална промјена Устава Босне и Херцеговине, која се односи управо на уставно позиционирање Дистрикта, одлуке и утицаја уставног суда БиХ о било каквом спору у вези са заштитом утврђеног статуса и овлашћења Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине. На основу члана X.1. Устава Босне и Херцеговине (Анекс 4 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини), Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, на 49. сједници Представничког дома, одржаној 25. марта 2009. године, и на 27. сједници Дома народа, одржаној 26. марта 2009. године, донијела је Амандман I на Устав БиХ.³³

³³ АМАНДМАН I НА УСТАВ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ: Уставу Босне и Херцеговине иза члана VI.3. додаје се нови члан VI.4. који гласи: „4. Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, који постоји под суверенитетом Босне и Херцеговине и спада под надлежности институција Босне и Херцеговине онако како те надлежности произилазе из овог устава, чија је територија у заједничкој својини (кондоминију) ентитета, јединица је локалне самоуправе с властитим институцијама, законима и прописима и с овлашћењима и статусом коначно прописаним одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези с међуентитетском линијом разграничења у области Брчког. Однос између Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине и институција Босне и Херцеговине и ентитета може се даље уредити законом који доноси Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине. Уставни суд Босне и Херцеговине надлежан

Закључак

Арбитражни поступак, доношење одлуке и каснија имплементација, до Амандмана на Устав БиХ прошла је неколико кључних фаза, раздобља или отклона у односу на арбитражу, у основи оспоравања у правном, уставноправном и политичком смислу.

Оспоравања су вишезначна: оспоравање коначне одлуке резолуцијом Народне скупштине Републике Српске од 7. марта 1999. године, којом је одлука окарактерисана као антидејтонска, посебно са аспекта нарушавања уставне подјеле територије у односу 49% и 51%, генерално ревизије Дејтонског споразума у правцу унитаризације, оспоравање самог процеса, његовог предмета који је требало да буде гранична линија на једном дијелу Брчког (одступање од арбитражног уговора који је у основи компромисна клаузула), а не промјена линије разграничења, што је једино могуће споразумом ентитета. Оспоравања су ишла у правцу тврдње да је одлуком повријеђен Устав Босне и Херцеговине, посебно са аспекта подјеле надлежности. У процесном смислу повријеђен је оквир, обим и предмет спора, повријеђена су правила вођења арбитраже, посебно начин доношења одлука, прегласавање са елиминацијом основног начела арбитраже, а то је аутономија воље страна у спору. Компетенције Трибунала су проширене и уведен је новонастали Дистрикт у уставни систем на до сада непознат начин у нашој уставној теорији и пракси, уведен је дистрикт кондоминијум који је у досадашњој пракси у свијету углавном био привременог карактера, а након уставног амандмана, постаје трајна категорија. Оспоравано је правно дејство одлуке на бази начина доношења одлуке (прегласавање и непридржавања предмета спора – гранична линија), као и правног основа наставка дјеловања арбитраже након коначне одлуке, прекрајање уставног уређења (два ентитета, подјела територије, подјела надлежности, узурпација овлашћења ентитета да споразумно рјешавају питања, изборно законодавство и др.). Оспоравало се питање примјенљивости одлуке – да је одлука политичког, а не правног карактера, са великим бројем процесних и материјалних недостатака, да мијења државно

је да одлучује о било каквом спору у вези са заштитом утврђеног статуса и овлашћења Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине који се може јавити између једног или више ентитета и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине или између Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине по овом уставу и одлукама Арбитражног трибунала. Сваки такав спор такођер може покренути већина посланика у Скупштини Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине која укључује најмање једну петину изабраних посланика из реда сваког од конститутивних народа.“

уређење Босне и Херцеговине, да мијења један међународни споразум (Дејтонски споразум), да је уведен трећи ентитет, да је одлуком требало да буде ријешен спор, а да су наметнуте мјере безбједности ентитетима уз пријетње санкцијама. Посебан аспект је питање даље правне природе Дистрикта у смислу дефинисања као трећег ентитета, „лажног“ ентитета или посебне јединице локалне самоуправе, односно правно проблематизовање статуса кондоминијума.

Сва ова питања су у правном и политичком смислу оптерећивала и оптерећују ово питање, као једно од, рекли бисмо, најважнијих данас у Босни и Херцеговини, те доводе Трибунал у позицију активног судионика процеса ширих размјера од његовог првобитног мандата.

Коначна одлука је данас саставни дио Устава Босне и Херцеговине. Уставном дефиницијом означавамо Дистрикт као јединицу локалне самоуправе с властитим институцијама, законима и прописима и с овлашћењима и статусом коначно прописаним одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези с међуентитетском линијом разграничења у области Брчког. Амандман даље даје могућност да се однос између Брчко дистрикта Босне и Херцеговине и институција Босне и Херцеговине и ентитета може даље уредити законом који доноси Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине.

У свјетлу раније констатованих оспоравања и важеће уставне позиције и одлуке и Дистрикта, сматрамо да је, са аспекта реалног уставноправног стања и политичког прагматизма, најцјелисходније одржати постојећи статус који у основи гарантује и једном и другом ентитету кључне захтјеве испостављене кроз сам процес арбитраже, а да сам Трибунал губи смисао и сврху даљег постојања.

Тешко је и теоријски, а практично готово немогуће, замислити ситуацију неке нове или другачије одлуке Трибунала, посебно са аспекта супротстављања самом Уставу Босне и Херцеговине и уставном нормом да је Уставни суд Босне и Херцеговине надлежан да одлучује о било каквом спору у вези са заштитом утврђеног статуса и овлашћења Брчко дистрикта Босне и Херцеговине који се може јавити између једног или више ентитета и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине или између Босне и Херцеговине и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине по овом уставу, али и одлукама Арбитражног трибунала.

Коначна одлука је сада уставна материја и под уставноправним надзором Уставног суда Босне и Херцеговине. Активности Трибунала у будућности би са овог аспекта биле упитно и ризично уставноправно

позиционирани, са могућношћу изазивања кризе, због које је и настала арбитража.

Затварање Трибунала и престанак дјеловања једини је правно могућ исход и политички цијелисходан. Уз могућност да свака страна у спору буде и даље незадовољна одлуком, посебно начином њеног доношења и обимом спора, тешко је са аспекта задовољења основних арбитражних захтјева, фактичких односа ентитета и Дистрикта, степена имплементације и успостављених односа рада Трибунала, предвидјети бољи сценариј у будућности.

На крају се може констатовати да је испуњена сврха арбитражном одлуком, макар и дјелимично, што такође представља један од кључних правних разлога наставка (затварања) арбитраже, иако се стране (изостанком потписа) нису споразумјеле, што би био главни разлог престанка дјеловања.

Цицерон је још у својим говорима истицао да се од пресуде тражи да све изгубите или добијете, али од арбитраже да све не добијете нити све изгубите; тренутна ситуација одговара управо наведеној констатацији.

Siniša Karan, PhD, Professor
Faculty of Legal Sciences, Pan-European University APEIRON,
Banja Luka
Secretary General of the President of the Republic of Srpska,
Arbiter of the Republic of Srpska in the Arbitral Tribunal

BRCKO DISTRICT ARBITRARY DECISION IN THE LIGHT OF THE AMENDMENT I TO THE CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The specifics of the Arbitration for the Brčko District have led to the creation of a constitutional, territorial and political separate system that exists in Bosnia and Herzegovina along with other systems - entities. The nature of this Decision, later introducing it to the constitutional and legal system of Bosnia and Herzegovina which will be confirmed, exceeded the arbitration dispute and directly influenced the change of the constitutional and legal position of the District and its relationship above all with the entities.

The constitutional amendment gave an answer to, then raised and problematized questions without clear answer in terms of: what are the consequences of such a decision, what is the constitutional definition of the Brčko District after that, and what is it actually, and whether the decision is opposed by the very Constitution of Bosnia and Herzegovina, in particular whether such a decision derogates constitutionally established relations, in particular those relating to the competences of the entities.

Today, twenty years after the establishment of the Brčko District, the actual situation has been created through the implementation of the Final Arbitration Decision, strengthened with the Amendment to the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the additional "protection" of the Decision through the activities of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. Further existence (which is formally legal) and eventual action of the Brčko Tribunal is questionable both from the constitutional and political aspect.

Keywords: *Arbitration, Brčko District, Final Decision, Amendment, constitutional changes.*

УДК: 342.565.2:340.142(497.11)

doi 10.7251/PR5017173D

Izlaganje sa naučnog skupa

PRAVNA REGULISANOST USTAVOTVORNOG REFERENDUMA U REPUBLICI SRBIJI

Dr Srđan Đorđević*

***Apstrakt:** Sve učestalije najave da će Srbija u narednom periodu pristupiti ustavnoj reviziji, podstakle su autora da izvrši analizu postojećih pravnih rešenja, kojima su regulisana pitanja referenduma. Primarna pažnja posvećena je ustavotvornom referendumu, s obzirom na to da će, verovatno, on biti organizovan kao sastavna faza procesa predstojećih ustavnih promena. Evidentan je nesklad između važećih ustavnih i zakonskih normi posvećenih ovom obliku neposrednog učešća građana u vršenju ustavotvorne vlasti, te ukazano na nedopustivost postojeće zakonske regulative ove materije. Autor se pridružuje stavovima naučne i stručne javnosti, koja unazad nekoliko godina ukazuje na neophodnost donošenja novog zakona o referendumu, koji bi bio usklađen sa važećim evropskim standardima u ovoj oblasti.*

***Ključne reči:** ustav, ustavotvorac, revizija, referendum, zakon.*

Uvod

Stabilnost jednog ustavnopravnog poretka moguće je meriti primenom više različitih metoda, ali će u krajnjem ishodu uvek biti najrelevantniji kvalitetan odnos ustavnih normi i društvene stvarnosti, čime se obezbeđuje dugotrajnost primene ustava. U cilju davanja vrednosnih sudova na temu stabilnosti srpskog ustavnopravnog poretka neophodno je sačiniti retrospektivnu analizu dosadašnjeg ustavnog razvoja. A onda će nam ustavna istorija ispostaviti, rekao bih, ne baš slavan račun, bez obzira na čestu sklonost domaće naučne i stručne, a posebno političke, javnosti da se hvali bogatstvom

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

te istorije. Svakako da ne može biti sporan dinamizam kao obeležje srpskog ustavnog razvoja, što je posledica neprestanih previranja unutar društvene zajednice Srbije.

A kada razmišljamo o stabilnosti ustavnopravnog poretka u savremenim uslovima, neophodno je obezbediti neophodne pretpostavke, kako bi se neometano realizovala ustavna politika u skladu sa osnovnim demokratskim principima. Uvažavajući iskustvo prethodne ustavne revizije (2006) potrebno je blagovremeno proveriti da li i u kojoj meri postoji unutrašnja konzistentnost ustavnopravnog poretka, kojom se može garantovati princip ustavne sigurnosti. U tom smislu, sigurnost treba da bude samopodrazumevajući princip za svaki potez ustavotvorne vlasti u ustavotvornom procesu. Izneta napomena posebno dobija na svom značaju i zbog dešavanja koja su obeležila čin donošenja danas važećeg Ustava Republike Srbije.

Ovom prilikom bih ukazao, a zapravo podsetio, na značajan nedostatak, kojim je degradiran kvalitet izvršenog ustavotvornog čina, kako bismo se pozabavili i analizom istog problema u današnjem periodu. Reč je, ni manje ni više, o ustavotvornom referendumu, kao opredeljujućem pitanju za ustavnu pravdu, o kojoj posebno treba voditi računa u osetljivim uslovima ustavne tranzicije. Srbija se, kako stoje stvari, u takvom, prelaznom stanju nalazi još od 1990. godine, pa nam protek od skoro tri decenije daje za pravo na provokaciju o ustavno nedovršenoj državi. Iz tih razloga nikako ne treba izbegavati suočavanje sa više nego spornim pitanjima, kao što je pitanje na temu referenduma.

Ustavotvorni referendum (2006)

Kada je 2006. godine sprovedena procedura donošenja novog ustava, od strane tadašnje vlasti ignorisana je činjenica o spornom kvalitetu referendumske tela. Takvo ponašanje vlasti nas, nažalost, ne iznenađuje, jer je njen pristup te godine bio fokusiran na užurbano rešavanje pitanja opstanka ondašnje Koštuničine vlade na vlasti. Jer, prva polovina 2006. godine bila je obeležena neuspešnim pokušajem srpske vlade da učini neuspešnim crnogorski referendum o izlasku iz državne zajednice sa Srbijom. Zato je druga polovina te godine bila posvećena naporima da se zvanična vlast pokaže sposobnom da realizuje projekat donošenja novog ustava, i to "po svaku cenu". A, zapravo, cena je bila opstanak na vlasti, posebno imajući u vidu ozbiljnu političku

ucenu koalicionog partnera stranke G17+ da će napustiti Vladu, ukoliko se “do 30. septembra ne steknu uslovi za nastavak pregovora sa EU-om.”¹

U uzavrelim političkim uslovima, još jednom se (po ko zna koji put) Kosovo pokazalo zgodnim podsticajnim sredstvom za ostvarivanje projektovanih političkih ciljeva. Ustavotvorna kampanja za novi ustav u prvi plan je isticala da je donošenje novog Ustava Republike Srbije jedini način da se sačuva njen teritorijalni integritet, uključujući i Autonomnu pokrajinu Kosovo i Metohiju. Računajući na emocionalni doživljaj biračkog tela, kada je kosovska tema u pitanju, onemogućeno je racionalno sagledavanje takvog pristupa rešavanju ustavnog pitanja. A naša upitanost tim povodom seže do prethodnog Ustava (1990), jer je bilo izvodljivo postaviti logički kontraargument, s obzirom na to da je Autonomna pokrajina Kosovo i Metohija i prethodnim Ustavom bila konstituisana kao sastavni deo Republike Srbije.² Ovoj činjenici dodajmo još neke, kako bi se sklopio racionalan mozaik suštine ustavotvornih zbivanja tokom 2006. godine. Nedugo nakon donošenja danas važećeg srpskog Ustava, “Republika Kosovo” donosi svoj Ustav (2008), čemu nije bila prepreka potez srpskog ustavotvorca. Alarmantno pozivanje birača da se odazovu ustavotvornom referendumu na momente je imalo prizvuk vanrednog ustavno-političkog stanja, zbog čega je i organizovana vikend varijanta ovog izjašnjavanja.³ A uvek kada glasački listići “prespavaju”, postoji rizik da će demokratija pasti na ispitu.

Razvoj događaja nakon proglašenja novog Ustava dodatno je potvrdio da vladi kao najznačajnijem ustavotvornom faktoru ipak sam Ustav nije bio primaran cilj. Jer, od panične užurbanosti da se što pre i hitno donese nov ustav, u mesecima nakon toga stiglo se do paničnog bekstva od dosledne

¹ “Istovremeno je odlučeno i da pod istim uslovima 1. oktobra svi poslanici G17 plus napuste Skupštinu osim predsednika parlamenta Predraga Markovića kako bi mogao da raspiše prevremene izbore, čiji će datum biti dogovoren sa koalicionim partnerima i Demokratskom strankom”<http://www.vreme.com/cms/view.php?id=453245>, pristupljeno 19. 8. 2017.

² Upoređivanjem ustavnih tekstova iz 1990. i 2006. doći će se do zaključka da je ustavnopravna pozicija Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija bila neupitnije konstituisana u prethodnom Ustavu, što ostavlja otvorenim pitanje pravih motiva izvedene ustavne revizije.

³ “Referendum o ustavu... usled apatije i nezainteresovanosti birača umalo nije propao, ali je uz neverovatno veliku medijsku presiju, naročito drugog dana glasanja, i uz neprestane vladine apele (čak je i patrijarh SPC glasao i uputio poziv ‘braći i sestrama’ da na referendum izađu i ‘daju svoj glas za napačeno Kosovo i Metohiju’), ipak nekako ‘namaknuto’ jedva nešto preko potrebnih pedeset odsto glasova...Jan Kubiš, ministar spoljnih poslova Slovačke javno je u parlamentu izjavio kako mu je njegov srpski kolega Vuk Drašković u poverenju priznao da je referendum ‘namešten’, to jest da na birališta nije izašao potreban broj birača (pedeset odsto plus jedan birač). Kabinet dr Koštunice je to kasnije prilično neubedljivo demantovao”. Z. Martinov, “Moguć odgovor birača – porast izborne apstinencije”, *Republika*, godina XIX, 2007, Beograd.

primene novih ustavnih rešenja.⁴ Tako su novi parlamentarni izbori proizveli novu vladu čak osam meseci nakon novog Ustava, a predsednički izbori održani tek nakon godinu i po dana. Na kraju se ispostavilo da su vodeće političke partije međusobno usaglasile političke ciljeve zadržavanja na vlasti, danas očigledno prikriivenom formom delovanja tada dviju najjačih političkih partija: Demokratske stranke Srbije i Demokratske stranke.

U spletu takvih okolnosti, naučna i stručna javnost gotovo da nisu ni posvetile pažnju problemu referenduma sa stanovišta kvaliteta biračkih spiskova. Shodno propisanom revizionom pravilu, bilo je neophodno da se na referendumu potvrdi novi ustav od strane najmanje polovine birača u odnosu na ukupan broj birača upisanih u birački spisak. Taj rezultat je zvanično i postignut (54,91%)⁵, pa bi se reklo da je ostvaren pun legitimitet. No, da li je tako imamo pravo da se zapitamo, s obzirom n ato da birački spisak nije bio kompletan, jer su mu nedostajali albanski birači sa prostora Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija. Da je bio kompletan, onda bi se procenat onih koji su glasali za donošenja novog srpskog Ustava “istopio” ispod polovine, čime bi i sam referendum bio neuspešan, te ne bi ni bilo moguće realizovati ustavotvorni projekat. Paradoks ovakve situacije ogleđa se u činjenici da je, sudeći prema stavovima promotera ondašnje ustavotvorne kampanje, cilj bio sačuvati kosovsko-metohijsku teritoriju u sastavu Republike Srbije, a oko 90% građana koji žive na toj teritoriji nisu u biračkom spisku.

Ustavna i zakonska regulisanost referenduma

Danas je situacija tim povodom nešto drugačija, imajući u vidu drugačije pravilo ustavne revizije, po kojem je za uspeh ustavotvornog referenduma

⁴ “Poštovanje novodonetog Ustava koji se toliko željno očekivao od strane Vlade podrazumevalo bi da ta ista Vlada bude delatno aktivna u stvaranju uslova za realfaktičko sprovođenje pravila koja promoviše nov Ustav. U izboru između mogućnosti da se krene u efikasnu realizaciju svežih ustavnih normi i lagodnog korišćenja potpuno krajnjih rokova za izbor nove i legitimne Vlade, fokus pažnje nije bio usredsređen na vitalno ustavno pitanje sprovođenja novog Ustava čije rešavanje obezbeđuje uspostavljanje i delovanje legitimnih institucija... Srbija je lebdela u duhu institucionalne krize koja je duboko zapretila da ugrozi temelje na kojima počiva državni poredak. I sve to, navodno, u ime viših državnih interesa i ciljeva. U odabiru pravih motiva i razloga ponašanja lica koja su uzurpirala funkciju Vlade, možda nam od pomoći može biti saznanje o mnogobrojnih profitabilnim poslovima koji su obavljani ili pokušani pod okriljem aktivnosti ‘tehničke’ Vlade tokom prve polovine 2007. godine”. S. Đorđević, *O mitrovdanskom ustavu*, drugo dopunjeno i izmenjeno izdanje, Institut za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2010, str. 15–17.

⁵ Bliže videti: Republički referendum radi potvrđivanja novog Ustava Republike Srbije održan 28–29. oktobar 2006, Republički zavod za statistiku, Beograd, novembar, 2006.

neophodna podrška više od polovine izašlih birača upisanih u birački spisak. Na taj način je značajno ublažena i olakšana ustavotvorna procedura. Istini za volju, i dalje ostaje problem nedostatka kompletnog biračkog spiska, makar u formalnom smislu, ali je sigurno da neće biti sporno dostizanje Ustavom tražene većine za uspešnu ustavotvornu reviziju.

Sada nam preostaje da proverimo da li postoji pravno potpuno jasna situacija povodom organizacije eventualnog referenduma za izmenu postojećeg, odnosno, za donošenje novog ustava u narednom periodu. Tim povodom, analizi podvrgavamo ustavnu i relevantne zakonske norme, kojima su regulisana referendumska pitanja. Ustavom Republike Srbije utvrđeno je da je promena Ustava usvojena ako je za promenu na referendum glasala većina izašlih birača.⁶ U jezičko-logičkom smislu, istaknuta odredba je jasna, jer je ustavotvorac utvrdio da se većina ima računati u odnosu na broj izašlih birača. Pod većinom se ima podrazumevati natpolovična većina (50% + 1), čemu pomaže i činjenica da se u ustavnom tekstu nailazi na nekoliko različitih oblika većine prilikom donošenja parlamentarnih odluka. Tako, na primer, Narodna skupština određene odluke donosi “većinom glasova narodnih poslanika na sednici na kojoj je prisutna većina narodnih poslanika”, a određene odluke “većinom glasova svih narodnih poslanika”. Iz ovoga sledi zaključak o prepoznatljivoj volji ustavotvorca da većina izašlih birača kod referenduma nije uslovljena prethodnim natpolovičnim “kvorumom”, što znači da ustavotvorac pod pravim značenjem većine izašlih birača podrazumeva tzv. prostu većinu u odnosu na broj izašlih birača, bez obzira na to koliki je taj broj. Odsustvo kvoruma je, inače, u skladu sa stavovima Venecijanske komisije, koja je preporučila da se ne propisuje “kvorum izašlih birača (cenzus, minimalni procenat), zato što se njime asimiluju birači koji ne glasaju onim biračima koji glasaju protiv; b) kvorum podrške (podrška od strane minimalnog procenta upisanih birača), zbog prisutnog rizika nastanka teške političke situacije ukoliko se nacrt usvoji prostom većinom koja je niža od neophodnog cenzusa”.⁷

Konstrukcija posmatrane ustavne norme o ustavotvornom referendumu je takva da ne postoji ovlašćenje zakonodavca da svojim aktom drugačije uredi pitanje većine, čime se dodatno potvrđuje izneti stav o načinu računanja

⁶ “Kada se akt o promeni Ustava stavi na potvrđivanje, građani se na referendum izjašnjavaju najkasnije u roku od 60 dana od dana usvajanja akta o promeni ustava. Promena Ustava je usvojena ako je za promenu na referendumu glasala većina izašlih birača”, čl. 203 st 8. Ustava Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 83/06.

⁷ Kodeks dobre prakse u oblasti referenduma, Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (Venecijanska komisija), Strazbur, Mišljenje br. 371/2006, Strazbur, 20. januar 2009, str. 13.

posmatrane većine. U tome se i ogleda značajna razlika između ustavno-revizione procedure, koja je bila utvrđena prethodnim Ustavom (1990) i procedure utvrđene sadašnjim Ustavom. Prethodni Ustav je pripadao krugu tzv. čvrstih ustava, a danas važećim je ta krutost ublažena i relativizovana. Uzgred, primetimo da takav stav novog ustavotvorca zaslužuje pohvalu sa stanovišta ustavne kulture, s obzirom na to da je propisao lakši postupak sopstvene izmene u odnosu na postupak po kojem je donet važeći Ustav, čime nije “vezao ruke” narednim generacijama.

Organizovanje ustavotvornog referenduma predstavlja značajno državno pitanje, koje podrazumeva postojanje unapred poznatih pravila po kojima će se sprovesti.⁸ U tom kontekstu, ukazujem na to da u pravnom poretku Republike Srbije postoji Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi⁹, koji je donet u režimu važenja prethodnog Ustava. “Mišljenja eksperata, ali i državnih institucija su nepodeljena kada je reč o kvalitetu ovog zakona: on je ocenjen kao restriktivan i prevaziđen.”¹⁰ Ustavna vrednost ovog Zakona je značajna, imajući u vidu krug pitanja koja su njime regulisana. S tim u vezi, potrebno je imati u vidu spornu ustavnost zakonske odredbe, kojom je propisano da je referendum “punovažan ako je na njemu glasala većina građana koji imaju biračko pravo i koji su upisani u birački spisak u skladu s ovim zakonom. Odluka o pitanju koje je bilo predmet izjašnjavanja na referendumu smatra se donetom ukoliko je za nju glasala većina građana iz stava 1 ovog člana, ako Ustavom, zakonom ili statutom nije za to predviđen veći broj”.¹¹

Ustavopravni perfekcionizam nesporno upućuje na to da odredba Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi nije u saglasnosti sa relevantnom ustavnim odredbom, jer je teško izvodljivo citiranu zakonsku odredbu oživeti njenim podvođenjem pod važeće ustavno pravilo. Posebno treba imati u vidu da je drugim stavom navedenog zakonskog člana propisano da neće važiti zakonsko, već ustavno rešenje, ukoliko je njime predviđena teže dostižna većina. Pa kako je važećim Ustavom utvrđen manji broj birača koji treba da

⁸ “Naime, sprovođenje ovog demokratskog instituta je uređeno zakonom koji je donet još 1994. godine i poslednji put inoviran 1998. Pokušaji civilnog društva i resornog ministarstva da se ovo pitanje stavi na dnevni red, pre pet godina, nisu bili uspešni. Međutim, kao što je TS istakao u analizi iz avgusta 2011, i u mnogim drugim prilikama, krupan nedostatak pravnog sistema Srbije jeste to što finansiranje kampanje u vezi sa referendumskim izjašnjavanjem nije uređeno ni na koji način” – <http://www.dijalog.net/raspisivanje-referenduma-ne-zavisimo-od-vlasti/>, pristupljeno 26. 8. 2017. Takođe videti: Analiza i predlozi za dopunu pojedinih odredaba Nacrta Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi sa stanovišta korupcije i borbe protiv korupcije, Transparentnost – Srbija, Beograd, 2011.

⁹ Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi, Sl. glasnik RS, br. 48/94, 11/98.

¹⁰ A. Petrov, “Oblici neposredne demokratije na lokalnom nivou vlasti u Srbiji”, *Pravne teme*, godina 2, broj 4, Beograd, str. 77.

¹¹ Odredba čl. 25 Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi.

se potvrdno izjasne povodom postavljenog referenduskog pitanja, time ne postoji mogućnost primene naznačene zakonske odredbe. Svakako da ćemo u ovoj situaciji primeniti prvo zlatno pravilo ustavnosti i zakonitosti, po kojem, u slučaju sukoba dviju pravnih normi, kojima se na različit način reguliše isto pravno pitanje, treba primeniti princip *lex superior derogate legi inferior*. Superiornost ustavne norme, kojom je utvrđeno pitanje većinskog legitimiteta ustavotvornog referenduma, nije sporna.

Međutim, analizom posmatranog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi doći će se do zaključka da je njegovu validnost potrošio novi Ustav, ali i vreme, u političkom smislu.

Zaključak

Razumevanje ustavotvornog referendum zasniva se na opštem pravnom stavu o značaju neposrednog učešća građana u upravljanju zajednicom, u smislu glavnog “korektivnog faktora predstavničke vlasti, odnosno, vlasti izabrane na izborima”.¹² Kvalitetnim propisom o ustavotvornom referendumu i njegovom kvalitetnom primenom onemogućava se potencijalna zloupotreba ustavnih pitanja od strane javne vlasti. Dolazi do transformisanja građanske zajednice u referendusko telo, kako bi se ostvario princip izvorne građanske suverenosti. Neadekvatna regulisanost osetljivih referenduskih pitanja u domenu ustavne revizije uvek može degradirati opštu volju koja predstavlja osnov za uspostavljanje, organizovanje i funkcionisanje društvene zajednice. Republika Srbija se očigledno suočava sa posledicama spornih detalja ustavotvornog referenduma organizovanog prilikom donošenja danas važećeg Ustava (2006), o čemu je bilo reči u ovom radu. Iako fluidna društvena aktivnost, politika će najčešće ispostavljati račun za ozbiljne propuste, kojima se tangira suština legitimiteta i narodne volje.

Stojeći na takvom stanovištu, mišljenja sam da predstojeći period najavljene ustavne revizije treba da podrazumeva i blagovremeno donošenje odgovarajućeg zakona o referendumu, kojim bi se regulisala sva neophodna pitanja, kako bi proces ustavne revizije protekao potpuno regularno. Probleme ove vrste uočila je i Venecijanska komisija neposredno nakon donošenja srpskog Ustava: “da bi se primenio član 203, srpski zakonodavac moraće da usvoji zakonski propis o organizaciji ustavnog referenduma koji treba da je saglasan načelima utvrđenim u gore navedenom ‘Kodeksu pozitivne prakse o referendumima’”.¹³

¹² Neposredno učešće građana u upravljanju lokalnom zajednicom, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2011, str. 16.

¹³ Evropska komisija za demokratiju putem prava, Mišljenje br. 405/2006, Strazbur, 19. 3. 2007, str. 21.

Srdjan Djordjević, PhD

Full Professor at the Faculty of Law of the University in Kragujevac

LEGAL REGULATION OF CONSTITUENT REFERENDUM IN REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Increasing announcements that Serbia, over the next period, would initiate constitutional revision inspired the author to perform an analysis of current legislations regulating referendum related issues. The primary focus is on constituent referendum since, most probably, it will be organised as an integral phase of the upcoming constitutional change process. Discordance between existing constitutional and legal norms dedicated to this form of immediate citizens' participation in constituent government is evident and it indicates impermissibility of existing legislations regulating this matter. The author is joining the opinions of the scientific and expert public, which has over the last couple of years indicated the necessity for a new law on referendum, which would be in accordance with the existing European standards from this domain, to be passed.

Key words: *constitution, constituent, revision, referendum, law.*

УДК: 321.01:342.565.2(497.6)

doi 10.7251/PR5017181J

Излагање са научног скупа

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА – ПРАВНА ИЛИ ПАРТИЈСКА ДРЖАВА?

Проф. др Драгомир Јовичић*

Апстракт: Данашња Босна и Херцеговина настала је посредовањем међународне заједнице, након четворогодишњег грађанског рата. Њен Устав је у ствари један од анекса мировног споразума којим је заустављен сукоб. Устав који је донесен на такав начин, разумљиво је, није могао понудити организацију државе која би задовољила три стране у потпуности, па то наравно има своје реперкусије и на функционисање такве државне заједнице. Грађани од државе очекују да им обезбиједи ефикасну државну управу, како би могли на задовољавајући начин да остварују своје потребе, наравно и да испуњавају и своје обавезе. То је могуће на адекватан начин само у држави која је у довољној мјери заснована на праву, која нуди правну сигурност, једнакост у примјени права, која штити грађане и од самовоље државних органа. Дакле, грађани требају правну државу, која за основ функционисања има владавину права. Данашња БиХ, нажалост није у стању да својим грађанима обезбиједи довољан ниво правне државе и владавине права и то је оно што њени грађани сваки дан осјећају.

Кључне ријечи: правна држава, владавина права, државна организација, елементи државе, устав.

Увод

Износити било какве податке о Босни и Херцеговини, а не бити свјестан њене укупне сложености, увијек може произвести (и у прави-

* Факултет безбједносних наука Универзитета Бања Лука, Факултет за правне и пословне студије у Новом Саду.

лу увијек и производи) оштре критике “друге стране”. Прије свега, треба прихватити чињеницу да је Босна и Херцеговина створена мировним споразумом о Босни и Херцеговини, који је договорен 21. 11. 1995. године у Дејтону, те да је Устав Босне и Херцеговине у ствари Анекс 4 тог мировног споразума, који у свом првом члану дефинише да је Босна и Херцеговина сложена државна заједница. Основни циљеви овог споразума били су да се заустави рат и успостави мир, те да се гради држава као одржива демократска политичка заједница. Сви смо свјedoци да је први циљ остварен, док је остварење другог циља једнако далеко (ако не и даље) као и на дан потписивања мировног споразума. Разлоге за неостварење успостављања одрживе државне структуре треба тражити у чињеници да један дио босанскохерцеговачког друштва прихвата да је БиХ друштво које “је насилно разорено извана, у процесима распада југославенске државе, у којима су вањске агресивне силе, Србија и Хрватска, политички изманипулисале и мобилизирале дијелове својих националних заједница у тој земљи и изазвале урушавање босанског друштва и државе. Због разумљивих политичких разлога то је неповијесно мишљење особито проширено међу припадницима савремене бошњачко политичке и знанствене елите, али је постало окосницом дискурса стотина бирократских игнораната и ‘политички коректних’ мултикултуралистичких фразера из мреже ‘међународнога цивилног друштва’ то су након 1995. године преплавили земљу, преузетно се укључујући у својеврсни дискурзивни рат што се водио – и још се води – око интерпретације садашњости и будућности земље. У доказивању своје темељне полазне поставке увелике сам се морала ослонити на историографске изворе. Читајући десетке историографских дјела бошњачких, хрватских и српских аутора о Босни, најчешће сам имала дојам да читам књиге о повијести трију различитих земаља. Чинило се да их повремено повезују само исте историјске личности или исти историјски догађаји, али се и они обично интерпретирају различито” (Касаповић, 2005:8).

Намјера овог рада није да се бавим историјским чињеницама о односима народа који вијековима живе на простору данашње Босне и Херцеговине, о узроцима претходних сукоба, а поготово не о томе да допринесем томе да се подијељеност босанскохерцеговачког друштва даље продубљује. Овдје желим да дам допринос утврђивању тренутног стања функционисања државних органа у БиХ, а све то у интересу грађана без обзира на то којем народу или ентитету припадали. У том правцу мис-

лим да је потребно утврдити да ли у Босни и Херцеговини функционише “правна држава” у мјери која је потребна да би грађани могли да остварују своје потребе, а наравно и обавезе на нивоу макар приближно прокламованим стандардима, или функционише тзв. “партијска држава”, гдје су интереси (а самим тим и квалитет живљења грађана) у другом плану, док су у првом плану интереси партијских елита.

Да бисмо могли сагледати реално стање функционисања државе, прво морамо направити кратку анализу појмовног одређења државе, затим истражити шта се то сматра “правном државом”, а шта “партијском државом”, те гдје се у свему томе налази Босна и Херцеговина у овом тренутку.

Појам и одреднице (елементи) државе

Ријетки су појмови о којима се толико расправљало кроз цијели историјски развој, као што је појам државе, а те расправе трају и данас. Чак се може констатовати да оне нису никада ни биле актуелније него што је то ситуација у овом тренутку. То је и разумљиво, пошто је држава организација која уређује односе између свих других организација (правних лица) и људи (физичких лица), дакле сви субјекти права своје понашање и функционисање подређују правилима које доноси држава. Зато се често и констатује да је држава постала правна организација оног момента када је преузела на себе улогу уређивања односа (сукоба) између својих поданика, односно субјеката права. Држава има веома важну улогу у животу сваког појединца, пошто од момента када се роди човјек успостави одређен однос са државом и тај однос траје док је човјек жив, а при том он не мора бити ни заинтересован, нити сагласан с тим односом, али тај однос због монопола физичке силе који има само држава константно постоји.

Дакле, о држави се може веома широко расправљати, али у овом раду желим само дати основне напомене о ономе што одређује државу, што мора постојати да би се нешто могло сматрати државом, а то су њени елементи. Држава се обично одређује као друштвена заједница људи који живе на једној одређеној територији, покоравајући се једној политичкој власти. Према томе, разликују се три основна елемента државе: земљиште или државна територија (област државе), државна власт и становништво (Тарановски; 2003:370). Готово да нема потребе наглаша-

вати важност територије за државу и право. Јасно је свима да сваки позитивни правни поредак важи само унутар одређених државних граница и да се он и примјењује на сва лица која се налазе унутар тог простора који је омеђен границама, тако да чини ту територију јасно одређеном. Дакле, држава је територијална организација, а важење њеног правног поретка је ограничено територијом коју она има у својој својини, под својом контролом.

Територија државе може се дефинисати као тродимензионални простор који се састоји од земљине површине, ваздушног простора и унутрашњости земље. Обухвата и обално море државе заједно с воденом масом и морским дном, наравно до одређене удаљености од своје територије (12 наутичких миља, одакле почиње отворено море које припада свима). Тај простор је омеђен државним границама које одређују и обим вршења суверене власти државе и истовремено онемогућавају на истом простору власт неке друге државе. „Државна власт тако теоријски обухваћа не само у смислу земљишне површине него досеже и до средишта земље. Некада су превладала схваћања о неограничености досезања власти државе на зрачном простору. У пракси је контрола над зрачним простором била ограничена, а стање се промијенило тек с напредком технологије и зракопловства те изградњом свемирских бродова и летјелица. Већ пријашње гледиште није било у складу с правилом стварног вршења власти као основног начела међународног права, а сада се појављују захтјеви да се правни режим зрачног и свемирског простора уреди аналогно прописима о отвореном мору. У томе смислу развија се и нова грана права – свемирско право” (Врбан, 2003:53).

При томе сама величина територије нема неку важност, па чак није пресудно ни то да та територија буде јединствена у смислу своје физичке повезаности. Нпр. Аљаска је једна од чланице САД, иако је од осталог дијела америчке територије одваја Канада, што не представља проблем у смислу функционисања државноправног поретка САД и у тој савезној држави.

Неопходан елемент државе је свакако и становништво. Под становништвом подразумевамо људе који су настањени на одређеној територији и који потпадају под јединствену политичку власт. То су држављани, али у новије вријеме и странци, дакле, сви они који се налазе на територији одређене државе потпадају под њен правни поредак. То значи да је умјесто ранијег начела персоналитета, по којем је за људе важио правни поредак њихове матичне државе, укупни технолошки и друштвени развој довео до потребе да важи начело територијалитета,

према коме се правни поредак одређене државе примјењује на све оне који се налазе на територији државе. Становништво се може разврстати на неколико категорија, али пошто то није од неке важности за овај рад, само ћу их навести. Ради се о: држављанима, странцима, апатридима, бипатридима и полипатридима.

Често се држава погрешно своди искључиво на државну власт која је само један, али кључни и најочигледнији елемент државе, поред претходно наведених (територије и становништва). Власт је у најширем смислу ријечи друштвени однос у коме једна страна издаје заповијести, а друга страна је дужна да се по тим заповијестима понаша, а ако дође до одсуства поштовања заповијести, онда на сцену ступа монопол физичке принуде од стране државе који обезбјеђује да се издате заповијести проведу у живот. Наравно, примјена силе представља последње средство за којим државна власт посеже. “За разлику од других организација у друштву (нпр. криминалне организације) које такође располажу физичком силом, државна власт поседује физичку силу која је ‘најјача’ на територији државе и чија је примена легитимна (оправдана). Дакле, све друге ‘власти’ у друштву (цркве, медији, центри економске моћи итд.) остају потчињене државној власти” (Вукадиновић; Аврамовић, 2014:37).

Што се тиче државне власти, за њу се, по мишљењу Слободана Јовановића, може само толико рећи да она мора бити довољно јака да у већини случајева изнуди покорност, што је такође неодређено, пошто се њена јачина не одређује унапред, него накнадно, према постигнутом резултату. Ова три елемента државе, који су, како то каже Слободан Јовановић, остали непромјенљива основна сваке државе, мијењала су се и мијењају своју правну карактеристику у току времена. „С правног гледишта, државна се власт карактерише тиме што је, у границама своје области, највиша. То њено својство да на једном парчету земљишта буде највиша, назива се сувереност. Из суверености државне власти проистичу ове државне последице: 1. државна је власт независна, у својим границама, од сваке стране државне власти. У својим међусобним односима разне државе могу бити једна с другом само координисане; ниједна држава не може бити другој држави субординисана. 2. државна власт стоји над свима другим властима у својој области. Државна власт није једина; она је само највиша. Поред државе могу постојати и друге јавно-правне личности са правом заповедања и принудним средствима. Држава је једна изворна јавно-правна личност; све су остале јавно-правне личности изведене, пошто своју власт изводе од државе” (Јовановић, 1990:130).

Оно што је за овај рад од посебне важности када су у питању елементи државе, свакако је да се истакне да сви ови елементи морају постојати истовремено и то у пуном капацитету, ако хоћемо да говоримо о држави у правом смислу значења тог појма. Јасно је да су неки процеси у посљедњим деценијама довели до значајног урушавања досадашњег теоријског одређења појма државе, пошто је највећи број држава изгубио значајан дио свог суверенитета. Чак се може тврдити да је данас веома мали број држава које имају овај елемент државе у пуном капацитету остварен у пракси. Дакле, на сцени имамо потпуну релативизацију појма суверенитета, пошто највећи број држава не може да каже да је њихова власт највиша на територији њихове државе. У Босни и Херцеговини је то донекле и разумљиво, пошто постоји међународна мисија, која је *de facto* власт, јер су овлашћења високог представника далеко снажнија од овлашћења било ког домаћег органа власти, али и најмоћније државе Европе (Њемачка, Француска, Италија, итд.) имају ограничен суверенитет, пошто су значајан дио свог суверенитета пренијеле на Европску унију.

Дакле, држава је прастара људска институција, а њен развој је и развој способности државе да обезбиједи ред, безбједност, законе и својинска права, омогућио је успон модерног економског свијета. Државе имају широк спектар функција, за добро и зло. Моћ принуде која им омогућава да штите својинска права и одржавају јавну безбједност, такође им омогућава да конфискују приватно власништво и злоупотребљавају права својих грађана. Монопол на легитимну употребу силе који користе државе омогућава појединцу да избјегне оно што је Хобс називао “ратом свију против свих” на домаћем плану, али он служи и као основа за конфликт и рат на међународном нивоу. Задатак модерне политике био је да укроти моћ државе и да се њене активности усмјере ка циљевима које људи, којима држава служи, сматрају легитимним, као и то да владавина права ограничи то коришћење моћи (Фукујама, 2007:11–12).

Правна држава

Термин правна држава у данашњем смислу схватања овог појма настао је у њемачкој правној литератури крајем деветнаестог вијека, али сама идеја о правној држави настала је много прије него што је овај појам формулисан у теорији. Кад се говори о правној држави ту се мис-

ли на идеју о таквој државној организацији која се умјесто на принципима бруталне и неконтролисане моћи, силе и самовоље појединаца или групе, установљава на принципима природних права, правде, разума и правног система, као израза и сагласности опште друштвене воље (легитимитета). Другим ријечима, ако се правна држава схвати на најуопштенији начин као држава уоквирена и ограничена правом и да је прије свега праведна и демократска, онда зачетке идеје о правној држави можемо пронаћи још у антици и прије Платона и Аристотела, а касније посебно код Монтеѕкјеа, Лока и Канта.

Дакле, демократија и правна држава чине неодвојиву цјелину. Под правном државом треба схватити све принципе и поступке који обезбјеђују слободу појединца и његово учешће у политичком животу. Активно учешће у политичком животу или могућност да сваки појединац под једнаким условима учествује у политичком животу битна је претпоставка да би се уопште могло говорити о слободном друштву, што у даљем контексту значи о правној држави. То даље подразумијева да правна држава значи супротност полицијској држави, односно држави у којој влада самовоља државног апарата. Дакле, правна држава значи одсуство система у којем је појединац стално контролисан “одозго”, и у којем је под сталном пријетњом упада у приватност од стране државног апарата. Ако се човјек осјећа у свему контролисан, онда осјећа велико неповјерење према држави, а основне друштвене и правне вриједности није могуће остварити, па се он осјећа зависним и неслободним.

Из напријед наведеног произлази да правна држава представља правни концепт, односно доктрину, према којој дјеловање државне власти мора бити засновано на правним прописима, односно уставу као највишем правно-политичком акту и законима, на који начин се обезбјеђује заштита грађана, прије свега од злоупотребе, а потом и од арбитрарне власти саме државе. Из овога схватамо да у правној држави грађани имају грађанска права и слободе које могу бити у прилици под једнаким условима као и други да остварују, а иста могу заштитити и пред судовима у одговарајућем поступку.

Ово нас упућује за закључак да је основни принцип “правне државе” да су сва правна правила која су донесена на снази, да имају подједнако дејство на све грађане, односно да имају једнаку обавезујућу снагу, и то како за оне којима се управља, тако и за оне који управљају. Ово из разлога што би у правној држави морао бити на снази принцип да

они који управљају то раде у име и за рачун државе, а не у своје име и за свој рачун, тако да би то морали да раде једнако према свим субјектима права (прије свега то се односи на грађане који су најбројнији субјекти права). То онда значи, према мишљењу професора Ратка Марковића, да “шта ће и како ће државни органи радити, о томе не одлучује субјективна воља тренутно владајућих, него воља објективног права, унапред прописаног, које обавезује владајуће као што право које уређује односе између грађана обавезује појединце. Како организацију и рад државних органа и границе државне власти у односу на људске грађанске слободе утврђује правни акт који носи назив ‘устав’, то се ограничење државне власти правом одређује изразом ‘уставност’”. (Марковић, 2008:499). Међутим, треба бити реалан и знати да не постоје идеални људи, нити идеалне организације, па тако, наравно, не постоји ни идеална држава. Идеална правна држава не постоји, јер принципе правне државе у пуном капацитету није у пракси испунила ни једна држава на свијету, макар до сада.

О појму правне државе у научној литератури постоје различита гледишта па тако одређени аутори сматрају да се ради о чистом плеоназму јер се подразумијева да је свака држава сама по себи правна или не постоји. Ако не постоје закони и други прописи, тада је на сцени анархистичка организација а не држава. “Ако је држава спозната као правни поредак, ако је свака држава правна држава, онда та реч представља плеоназам. Међутим, она се уистину користи за означавања једног посебног типа државе, наиме оног који одговара захтевима демократије и правне сигурности.” Правна држава, дакле, није специфични облик демократије, већ нешто што је неутрално у односу на политичку структуру. То радикално одвајање облика државе од правне структуре довршено је у делу Фридриха Штала: “Држава мора да буде Rechtsstaat; то је знак који изражава оно што је стварна тенденција модерног развоја. Она помоћу права прецизно одређује и ненасилно обезбеђује правац и границе својих операција као и сферу слободе својих грађана; отуда она не може реализовати непосредно ништа друго осим оног што припада сфери права” (Нојман, 2002:215).

Јасно је да се појму правне државе може приступити са различитих аспеката посматрања, те да се различито може елаборирати овај појам. Заслужује да се нагласи да различити термини као што су “правна држава”, “владавина права” и “уставна држава”, и поред тога што имају

одређене разлике, ипак произлазе из исте суштине и из истог питања, а то је: која својства треба да има једна правно организована заједница у виду државне творевине да би се чланови те заједнице понашали по оним правилима која одговарају њиховој заједничкој вољи и то на начин да се та правила једнако примјењују на једнаке случајеве. Држава је та која ствара и примјењује право, а једнакост у примјени права је елементарни услов да би се грађани (поданици) осјећали сигурним, те да би осјећали државу у којој живе правном државом у пуном капацитету.

Дакле, “правна држава представља систем сложених односа институција и процедура о којој постоје како смо већ истакли многобројне дилеме, недоумице па и нерашчишћени ставови. Уосталом, сам појам правне државе је динамичка категорија и неминовно носи печат развојног тока историје, који тече у правцу доминације формално-правног утемељења. Стога свако дефинисање појма правне државе представља извјесну опасност да су у цјелини не сагледа суштина и сложеност њезине појаве” (Кунић, 1997:78).

Партијска држава

Модерна држава, а што је у складу са укупним друштвеним развојем, задире и у оне области које су некада биле искључиво у домену цивилног друштва, као што су породица, образовање, здравље итд. Имајући у виду ову савремену улогу државе, важно је имати на уму да је држава правна, али и политичка организација. “Могло би се рећи чак, да је у првом реду политичка организација, па тек онда правна. Држава постоји ради вршења политичке функције, а право је само средство које се употребљава да би се држава организовала и да би могла успјешније дјеловати, тј. вршити своју политичку функцију. Другим ријечима, држава не постоји ради остварења (стварања и примјене) права, него право постоји да би држава помоћу њега могла да врши своју политичку функцију. То истовремено не значи да право нема никакву самосталност у односу на државу. Право је и само једно политичко средство у рукама одређених друштвено-политичких снага, као и држава, и ове снаге га употребљавају за остварење исте политичке функције коју има и држава” (Савић, 2005:27).

Насупрот појма “правна држава” све чешће је у употреби појам “партијска држава”. Различити су ставови теоретичара око одређења са-

мог појма “партијске државе”, али чини се да је свима прихватљиво да се ради о таквим друштвима (државама) у којима се права власт не налази у институцијама државе, већ у рукама политичких партија. Иако су политичке партије саставни дио укупног државног апарата, путем којих се и организује државна власт, а у демократским друштвима увијек нека политичка партија има већину у власти. Међутим, партократију не карактерише чињеница да се државна власт врши од стране политичких партија, већ чињеница да ту власт нико не може да контролише, пошто и најситнији детаљ у контролном механизму чине управо партијски људи. Дакле, не управља председник републике, него председник партије.

Иако се сам појам “партијска држава” коментарише углавном негативно, не смије се занемарити чињеница да политичке партије имају кључну улогу у политичком систему, јер су незаобилазни фактори процеса и интеракција између народа и државе посебно у изборним циклусима. “У свакој битној области функционисања политичког система, политичке партије су присутан фактор са различитим утицајима. У транзиционим друштвима долази до јачања политичких партија као незаобилазних политичких фактора у свим битним процесима, што за посљедицу има настанак партијске државе и увећање моћи владајућих партијских елита” (Нешковић, 2013:327).

Дакле, политичке партије имају опредјељујућу улогу у организовању власти, па самим тим и у стварању адекватних услова за одвијање укупног друштвеног живота у држави. Оне су основни, општи, можемо рећи и универзални (пошто су присутне у свим државама) трајни и карактеристичан облик политичког организовања друштва, помоћу кога се остварује испуњавање друштвених интереса и потреба. “Партије обликују и мењају, у складу са својим опредељењима структуру државне власти. У демократским земљама оне одлучују – посредством устава и закона које усваја парламент – о стратешки важним питањима, у која свакако спадају облик државног уређења (парламентаризам, президенцијализам), тип изборног система, однос виших и нижих органа (централизација/децентрализација), начин контроле ‘војног комплекса’ и институције и процедуре које обезбеђују независност судске власти” (Гоати, 2008: 55–70).

Много је оних који партијским државама (у којима је партократија примарна) приписују и многе позитивне карактеристике, што је, имајући у виду напријед изнесену улогу политичких партија, може се рећи, сасвим јасно и оправдано, али ипак према мишљењу већине и теоретичара, али и грађана, много је више негативности које партократија уноси у друшт-

вени живот. Партократија је нажалост дубоко укоријењена у нашем, али и бројним другим друштвима нашег ближег и даљег окружења. Негативности које партократија, дакле држава са апсолутном улогом политичких партија у организацији и вршењу власти, носи са собом, огледају се у неспособности (или немогућности) органа гоњења (полиција, тужилаштво, судови) да открију и приведу одговорности актере корупције и привредног криминалитета, непотизма, а који су почињени од стране оних који врше власт. Циљ који имају партократе јесте успостављање контроле над свим сегментима друштва. Они желе да одређују ко ће, а наравно и како ће радити у државним органима, прије свих у судској власти, али и осталим сегментима јавног сектора, па чак своју моћ усмјеравају и на одлучивање у приватном сектору. Ако прихватимо претходно изнесено, онда стоји констатација Џона Бринкмена, који каже: ”пошто сваки политичар тежњу за влашћу схвата као неизбежно средство, он је стално у опасности да постане глумац и да олако прихвати одговорност за последице својих дела и да буде заинтересован само за ‘утисак који оставља’”. Политичар је штавише стално у изложен дејству етичког парадокса јер у основи ‘политика’ се бави врло специјалним средствима, наиме, влашћу која је подупрта насиљем” (Бринкмен, 2008:24).

Босна и Херцеговина и њено државно правно остварење у актуелном тренутку

Као и о свим другим друштвеним појавама, тако и о настанку и појму државе постоје различити приступи у њиховом одређивању код различитих теоретичара, а на то су утицали бројни фактори. Чини се веома интересантан став Слободана Јовановића, који сматра да за постајање држава није прописан никакав поступак. Према његовом мишљењу, као и остале друштвене групе држава постаје спонтано, тј. постаје независно од правног поретка. Да ли се, у недостатку правних прописа, могу утврдити неки социјални закони који управљају стварањем држава? Држава је, без сумње, резултат извјесних друштвених чинилаца: да ли се, онда, може утврдити који чиниоци, и како комбиновани, изазивају постајање државе? Слободан Јовановић мисли да ни то није могуће учинити. Како он даље наводи, чиниоци од којих зависи постајање државе, многобројни су и разноврсни. Релативна снага свакога од њих понаособ не може се тачно израчунати, јер нема начина да се сваки од њих одвоји

од осталих, и проучи у свом самосталном дејствовању; такви огледи, могућни су у природним наукама, немогућни су у друштвеним наукама (Јовановић, 1990:32).

Поријекло државе губи се далеко у времену, и зацијело се никада неће моћи потпуно сигурно знати како је држава настала. Према мишљењу Слободана Јовановића, о томе се могу правити више или мање вјероватне претпоставке (Јовановић, 1990:33). Међутим, када је у питању данашња Босна и Херцеговина, ми не морамо правити никакве претпоставке. Свима је познато (мада један дио босанскохерцеговачког друштва то не прихвата), да је данашња Босна и Херцеговина створена међународним мировним споразумом, који је договорен 21. 11. 1995. године у Дејтону а потписан три седмице касније у Паризу. Дакле, Босна и Херцеговина је производ међународног правног поретка, о чему јасно говори чињеница да је анекс 4 наведеног мировног споразума којим је утемељена БиХ и данас у ствари важећи Устав БиХ. Према мојим сазнањима, Босна и Херцеговина је једина држава у свијету која за свој устав има анекс међународног уговора, односно чији је устав “производ” међународног правног поретка, а не домаћег.

Поставља се онда питање да ли оваква Босна и Херцеговина уопште може бити сматрана државом, пошто један од елемената, који је и највидљивији, а то је државна власт, готово да и не припада домаћим органима власти. Да ли онда у нашем случају може уопште бити говора о правној држави? На ово питање се различито одговара и од стране теоретичара, али и од стране оних који се практично баве питањем државе, њене организације и функционисања. А то све, како то наглашава Мирјана Касаповић, зависи прије свега од тога којем од народа у БиХ припада онај ко о томе пише (или прича). Дакле, овдје нису пресудне чињенице, него још увијек национална припадност. А чињеница је да се правном државом може сматрати држава у којој: постоји ограничење државне власти; у којој је власт подијељена на законодавну, извршну и судску; у којој су закони одређени, јавни и праведни, те не смију имати ретроактивно дејство; у којој се ефикасно штити лична слобода; у којој се не може неосновано хапсити и затварати; у којој судство мора бити независно и непристрасно итд. Чињеница је да декларативно ови елементи у Босни и Херцеговини постоје, али такође је и чињеница да су они у недовољном капацитету да би се грађани могли осјећати правно сигурним. То се прије свега односи на неадекватно организован правосудни систем, који је све само не независан од политичких утицаја.

Бројни су фактори који утичу на то да се једна држава може сматрати правном, а у Босни и Херцеговини у цијелом постдејтонском периоду чини се најприсутнијим апсолутни утицај политичких партија на све сфере друштвеног живота. Бројна су истраживања која се константно проводе и која показују тенденцију сталног пораста утицаја политичких партија. О том јасно говори перцепција грађана (једнако у цијелој БиХ) да је готово немогуће без утицаја политичких партија остварити било какво право, то се посебно односи на запослење. Политичке партије су се фактички претвориле у филијале за запошљавање. Управо је остваривање елементарних потреба грађана утицало на то да је у БиХ стално присутан пораст учлачења грађана у политичке партије, што није ни у каквој вези са политичком културом. Овај образац понашања у друштву довео је на политичку сцену у БиХ својеврсну политичку диктатуру, а историја је показала да ни једна диктатура у основи није имала легитимитет, па самим тим није ни била по вољи већине.

Дакле, кад говоримо о данашњој Босни и Херцеговини, прво треба констатовати да су у протеклом грађанском рату биле угрожене све правне вриједности, а што је и разумљиво имајући у виду да је то карактеристика сваког рата. Значи, поред мира, угрожене су и све друге правне вриједности којима тежи модерно друштво. Међутим, иако је од рата прошло двадесет двије године, и даље се веома споро стварају услови за поновно успостављање и афирмацију тих неопходних вриједности. Након успостављања мира, “слједећи корак у изградњи демократског система који почива на општеприхваћеним правним и друштвеним вриједностима требао би бити нормативно регулисање основних нормативних принципа којима се правне вриједности прокламују и гарантују. Међутим, у овом процесу се, неминовно, мора поставити питање у коликој се мјери основне друштвене и правне вриједности, прокламоване и заштићене правним нормама, могу ефективно остварити у једном друштву које је нетом било у вртлогу агоније ратних збивања и које још увијек носи болне посљедице тих збивања. Због тога се до потпуне заштите и остварења већине осталих вриједности не може доћи одједном, наглим прелазом, и творци нормативних рјешења, али и они који примјењују право, ову чињеницу треба да имају у виду. Тај процес мора тећи постепено” (Савић, 2003:34–35). Свакако да је ово утемељено размишљање, али мислим да је свима у БиХ јасно да је овај процес у потпуном застоју, а ако и тече онда се то дешава веома, веома споро.

Најбољи примјер за то јесте Уставни суд Босне и Херцеговине, који је дефинисан у члану 4 Устава БиХ. Уставни судови представљају посеб-

не судове који врше контролу уставности и законитости општинских правних аката по посебним правилима поступака, а постоје и систем контроле у оквиру којег контролу уставности врше и редовни судови (Кунић; Каран, 2012:241). Чланом 4 Устава прописано је да од девет судија, колико их има укупно, тројицу чине странци које бира предсједник Европског суда за људска права, те да након пет година Скупштина БиХ може одредити да се они даље не бирају. Знамо да су странци и данас судије Уставног суда, те да имају могућност да увијек са двојицом представника једног од конститутивних народа увијек прегласају један или чак два конститутивна народа. То се наравно и дешавало, а и даље се дешава, што јасно говори да је Уставни суд БиХ у функцији доношења политичких одлука. Ако при томе имамо у виду и чињеницу да у овом тренутку имамо преко деведесет одлука уставног суда које нису извршене, онда то јасно говори о томе да је одредба члана 4 став 4 Устава БиХ – да су одлуке Уставног суда коначне и обавезујуће, само декларативног карактера, пошто фактички није било одговорности за непровођење одлука овог суда. Ако наставимо са анализом рада нижих државних органа на нижим нивоима, онда само наилазимо на нове примјере непоштовања одлука тих органа, а то онда јасно говори да нема правне једнакости, што наравно ствара правну несигурност и умањује капацитете правне државе и чини да одсуство владавине права преовлађује.

Овдје свакако треба истаћи да на недовољан ниво правне државе у Босни и Херцеговини утиче непоштовање Устава БиХ од стране њених органа. Наиме, у члану 3 Устава БиХ прописана је надлежност заједничких институција БиХ, тако што је системом позитивне еnumerације набројано све што је у надлежности тих институција, а у тачки 3, под а) децидирано прописано да све што није изричито додијелено институцијама БиХ, припада ентитетима. Свима је јасно да по тој одредби Устава полицијски послови спадају у искључиву надлежност ентитета. У годинама после потписивања Дејтонског споразума дошло је до оснивања већег броја полицијских организација на нивоу заједничких институција, а 2003. године је формирано и министарство безбједности које обједињава све те полицијске организације. Ове нове полицијске организације су основане на бази закона који су усвајани на Парламентарној скупштини БиХ, али и поред чињенице да постоје закони који регулишу организацију и надлежност тих полицијских агенција, и даље стоји чињеница да Устав није измијењен, те да су те организације у супротности са чланом 3 устава БиХ. Дакле, на сцени имамо важан

дио државног апарата који је организован супротно важећем уставу, на што нема озбиљнијих реакција нити од Уставног суда БиХ, нити од било ког другог релевантног фактора. Не треба бити правни експерт да би могао знати да не може бити говора о правној држави у таквој ситуацији у којој се од нижих нивоа државне организације надлежности одузимају на начин супротан важећем уставу. Свакако да разлоге за такво стање треба тражити (и препознати) прије свега у политичкој сфери, дакле, одговорност за то лежи прије свега на политичким партијама.

Могло би се врло широко елаборирати како функционишу органи државне управе на свим нивоима у БиХ, а управо из њиховог начина функционисања произлази остваривање свих потреба које у ствари осликавају ниво остваривања основних друштвених вриједности, како сваког грађанина понаособ, тако и друштва у цјелини. Општеприхваћен је став да је власт (значи органи државне управе) неефикасна, да није у потребној мјери непристрасна, да нема потребне једнакости у примјени права, да нема потребног пословног амбијента, да нема потребног нивоа укупне правне сигурности. Значи, стање је такво да грађани немају осјећај да могу остварити своја основна права и слободе на начин примјерен времену у којем живимо.

Дакле, образац понашања и функционисања институција Босне и Херцеговине, није ни *de iure* заснован на принципима правне државе, самим тим и владавине права, тако да *jede facto* највећим дијелом у супротности са овим принципима. Ако поставимо питање да ли је Босна и Херцеговина правна (самим тим и демократска) држава у којој се штите и остварују основне вриједности и постулати савременог друштва, онда је можда најбоље поћи од Келзеновог мишљења, према коме демократија подразумијева облик уређења у коме народ влада сам собом. Мислим да је мало оних (ако их уопште има) који мисле да у Босни и Херцеговини народ влада сам собом.

У Босни и Херцеговини, а што се свакодневно може потврдити, власт дијеле политичке партије у којима је моћ концентрисана у рукама веома малог броја партијских функционера (неријетко и у рукама самог лидера), и међународни фактор, преко својих органа који имају активну (легалну) мисију на простору БиХ од потписивања Дејтонског мировног споразума, па све до данас. При томе, ваља нагласити и то да међународна заједница, иако се посљедњих година чини да је препустила домаћим политичарима да управљају државом и доносе одлуке, и даље има моћ да “пресуђује” кад год оцијени да за то постоји потре-

ба. Оваква позиција укупних односа у БиХ јасно упућује на закључак да се у нашем случају прије може говорити о “партијској” него “правној” држави, или у најбољем случају да на сцени имамо значајно виши ниво партијске, него правне државе.

Закључак

Из свега напријед наведеног, прво што се може закључити јесте да се држава може посматрати као вишеструки феномен, чије је својство да се током времена мијења. Дакле, државноправни поредак је динамична категорија и он мора да прати укупан друштвени развој и потребе субјеката права. Нажалост, у дејтонској Босни и Херцеговини државноправни поредак је у цијелом овом периоду био динамичан, али је та динамика имала негативан правац. Негативан у смислу што је државни апарат у сталном процесу реорганизације, у ком процесу је енормно нарастао, поскупио своју функцију, а постао значајно спорији и неефикаснији него што је био на самом почетку.

Дакле, умјесто да је БиХ постајала протеком времена више правна, она је постајала (и даље иде у том правцу) све више партијска. Питање функционисања органа државне управе је у западним демократијама, којима и ми стремимо, наравно политичко питање (али само секундарно), али је прије свега то професионално, односно стручно питање. У БиХ је нажалост и двадесет двије године од завршетка грађанског рата питање организације државне власти искључиво питање политичких партија, при чему струка готово да нема никаквог утицаја.

Можемо закључити да све док политичке елите, прије свега оне на нивоу заједничких институција БиХ, не схвате и не прихвате да само професионална државна управа може обезбиједити потребан квалитет живљења, потребан укупан амбијент за остваривање како функција државе, тако и за задовољење потреба свих грађана, нећемо имати државну организацију која ће бити ефикасна и прихваћена (легитимна). Такво стање може нам понудити само “правна држава” и држава у којој је на сцени “владавина права”. То значи да морамо учинити напор да смањимо обим “партијске државе” који је у овом тренутку у БиХ преовлађујући.

Литература

- Бринкмен, Џон, *Културне контрадикције демократије*, Београд, 2008. године,
- Врбан, Душко, *Држава и право*, Загреб, 2003. године,
- Гоати, Владимир, *Партије и партијски системи*, Подгорица, 2008. године,
- Јовановић, Слободан, *О држави – основи једне правне теорије*, Београд, 1990. године,
- Касаповић, Мирјана, *Босна и Херцеговина – подијељено друштво и нестабилна држава*, 2005. године,
- Кунић, Петар, *Република Српска – држава са ограниченим суверенитетом*, Бања Лука, 1997. године,
- Кунић, Петар, Каран, Синиша, *Уставно право*, Бања Лука, 2012. године.
- Марковић, Ратко, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008. године,
- Нојман, Франц, *Владавина права*, Београд, 2002. године.
- Савић, Снежана, *Дејтонска Босна и Херцеговина*, Бања Лука, 2003. године,
- Савић, Снежана, *Основе права*, Бања Лука, 2005. године,
- Тарановски Васиљевић, Феодор, *Енциклопедија права*, Београд, 2003. године,
- Фукујама, Френсис, *Грађење државе*, Београд, 2007. године.
- Дејтонски мировни споразум*, Usaid, Сарајево, 1996. године.

Dragomir Jovicic, PhD
Faculty of Security Sciences of the University in Banja Luka,
Faculty for Legal and Business Studies in Novi Sad

BOSNIA AND HERZEGOVINA – A LEGAL OR PARTY STATE?

Summary

Today's Bosnia and Herzegovina was created through the mediation of the international community after a four-year civil war. Its Constitution is, in fact, one of the annexes to the peace agreement that ended the conflict. The constitution that was adopted in such a way, understandably, could not offer a state organization that would satisfy the three sides completely, and of course it has its repercussions on the functioning of such a state union. Citizens expect the state to provide them with an efficient state administration in order to satisfy their needs in a satisfactory manner, of course, and to fulfill their obligations. This is possible in an adequate way only in a country that is sufficiently based on the law, which offers legal certainty, equality in the application of the law, which protects citizens from the arbitrariness of state authorities. Therefore, citizens need a legal state, which has the rule of law as the basis of its functioning. Today's BiH, unfortunately, is unable to provide its citizens with a sufficient level legal state and the rule of law, and that is what its citizens feel every day.

Key words: *legal state, rule of law, state organization, state elements, constitution.*

УДК: 340.131:342.22(497.5)
doi 10.7251/PR5017199C
Излагање са научног скупа

USTAVNOPRAVNI ASPEKTI I PRIJEPORI RAZVOJA AUDIO- -VIZUALNE DJELATNOSTI U REPUBLICI HRVATSKOJ

Dr. sc. Milorad Ćupurdija*
Arsen Oremović**
Irena Oremović***

***Apstrakt:** Europski parlament 12. ožujka 2014. godine donio je rezoluciju o pripremi za potpunu konvergenciju audio-vizualne djelatnosti. Razvoj i sloboda kulturnog i umjetničkog stvaralaštva ustavna su kategorija u Republici Hrvatskoj i sukladno tim načelima obveza je države da svojom pravnom regulativom potiče i stvara sve povoljnije uvjete u realizaciji ustavom određenih ciljeva. Sukladno tome Republika Hrvatska je bez sumnje na kvalitetan način pristupila uvođenju cjelovitog pravnog okvira za sustavno uređenje audio-vizualne djelatnosti. Tako je stvoreno pozitivno ozračje koje je usmjereno prema slobodi stvaralaštva i umjetničkog izražavanja te koje potiče razvoj audio-vizualne djelatnosti. Kao preduvjet ostvarenja tog cilja, nužno je da institucije koje se bave audio-vizualnom djelatnošću ojačaju svoj kapacitet, prije svega u uspostavljanju neovisnosti koje će služiti javnom interesu ispred interesa bilo koga drugog. Sukladno tom opredjeljenju Republika Hrvatska nastoji da organiziranjem javne ustanove Hrvatskog audio-vizualnog centra (HAVC-a) briga o tom sektoru ne bude više u izravnoj nadležnosti Ministarstva kulture, državnih, županijskih i lokalnih tijela, odnosno da se ne financira temeljem Zakona o financiranju javnih potreba u kulturi, nego temeljem Zakona o audio-vizualnim djelatnostima i Statuta HAVC-a. Međutim, praksa je pokazala da su ova rješenja dovela do određenih pravnih nedorečenosti što je rezultiralo negativnim mišljenjem Državne revizije. Time su teorija i praksa pokazale raskorak između normativnog i stvarnog. Cilj je ovoga rada*

* Prof. v. š., Veleučilište s pravom javnosti Baltazar Zaprrešić.

** Struč. spec. comm., pred., Veleučilište s pravom javnosti Baltazar Zaprrešić.

*** Studentica, 3. godina, Veleučilište s pravom javnosti Baltazar Zaprrešić.

ukazati na osnovne ideje i temelje procesa unapređenja suradnje i usklađenja propisa i standarda u području audio-vizualne djelatnosti Republike Hrvatske sa standardima i propisima Europske unije. Pri tome, želimo ukazati da bi jasnijim zakonima i boljim provođenjem istih znatno unaprijedili hrvatski audio-vizualni sektor koji je svuda u zapadnom svijetu (gospodarski) dominantni dio kulturnih i kreativnih industrija. Naravno, pri tome ne gajimo iluziju da ćemo odgovoriti na sve nepoznanice koje se tiču funkcioniranja audio-vizualne djelatnosti, već naprotiv, želimo otvoriti raspravu i ukazati na neke uočene probleme koje treba shvatiti kao nastojanja koja se ulažu u unapređenje ove djelatnosti.

Ključne riječi: *audio-vizualna djelatnost, kinematografija, produkcija, financiranje, audio-vizualne djelatnosti*

1. Uvod

Ustav Republike Hrvatske u članku 68 utvrđuje:

- jamči se sloboda znanstvenog, kulturnog i umjetničkog stvaralaštva,
- država potiče i pomaže razvitak znanosti, kulture i umjetnosti,
- država štiti znanstvena, kulturna i umjetnička dobra kao duhovne narodne vrednote,
- jamči se zaštita moralnih i materijalnih prava koja proistječu iz znanstvenoga, kulturnog, umjetničkog, intelektualnog i drugog stvaralaštva.

Prema ovoj ustavnoj odredbi država se obvezuje poduzimati radnje potrebne za očuvanje, razvoj i širenje znanosti, kulture i umjetnosti kako bi se osiguralo potpuno ostvarenje navedenih prava. U teorijskom smislu, s motrišta ustavnopravne znanosti, to bi značilo da je cilj društva izgradnja države koja će osigurati razvoj kulture na način propisan u navedenom članku. To podrazumijeva da je država spremna na sebe preuzeti odgovornost i brigu za realizaciju navedenih ciljeva kulturne politike. U normativnopravnom smislu, to se, prije svega, odnosi na obveze države da poduzima potrebne mjere za rješavanje problema u djelatnosti kulture.

Za potrebe ovog rada, važno je spomenuti i ustavnu odredbu iz članka 134 Ustava Republike Hrvatske, prema kojoj: „Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati samo uz uvjete i na

način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.“ U tom kontekstu, za područje audio-vizualne djelatnosti od posebnog su značaja; Europska konvencija o filmskoj koprodukciji (1992), Europska konvencija o prekograničnoj televiziji (1989), Europska konvencija o zaštiti audio-vizualne baštine (2001).

Europska konvencija o zaštiti audio-vizualne baštine navodi obveze države članice koje se odnose na zaštitu audio-vizualne baštine, a to su: definicija audio-vizualne baštine, uspostavljanje zakonske obveze pohranjivanje, imenovanje arhiva za zaštitu i očuvanje ove vrste gradiva, osiguranje potrebnih financijskih sredstava, imenovanje obveznika pohrane takvog materijala, poticanje i promoviranje restauracije AV baštine, zakonom dopustiti kopiranje u svrhu restauracije, poduzimanje mjera zaštite AV baštine, poticanje dobrotvoljne pohrane AV baštine.

Hrvatski audio-vizualni sektor specifična je grana hrvatske kulturne industrije, odnosno strategije. Riječ je o kulturnom sektoru koji je gotovo već deset godina izmješten iz okrilja izravne brige, odnosno nadležnosti Ministarstva kulture, državnih, županijskih i lokalnih tijela i nalazi se u rukama, kolokvijalno rečeno, struke. U Direktivi 2010/13/EU Europskog parlamenta i Vijeća stoji: „Audio-vizualne medijske usluge su kulturne usluge jednako koliko su i gospodarske usluge. Njihova rastuća važnost za društva, demokraciju – posebno osiguravajući slobodu informiranja, raznolikost mišljenja i medijski pluralizam – obrazovanje i kulturu opravdava primjenu posebnih pravila na te usluge“. Sukladno ovom načelu, u normativnopravnom smislu važnost specifične pozicije audio-vizualne djelatnosti u Republici Hrvatskoj posebno se naglašava u članku 2. Zakona o audio-vizualnim djelatnostima, prema kojem: „Ovim zakonom poticat će se razvitak audio-vizualnih djelatnosti i promicanje audio-vizualnog stvaralaštva na međunarodnoj razini, očuvanje vrijednosti nacionalne kinematografije te ustanoviti i razviti sustav potpora razvoju audio-vizualnih djelatnosti, zaštita prava i interesa gledatelja, kao i stvaranja uvjeta za koprodukciju.“¹ Za hrvatsku kinematografiju, dakle, ne vrijedi što i za druge kulturne djelatnosti koje se financiraju temeljem Zakona o financiranju javnih potreba u kulturi, prema kojem „Republika Hrvatska, županije, Grad Zagreb, općine i gradovi donose programe javnih potreba u kulturi², te za njihovo provođenje osiguravaju sredstva iz svojih proračuna, u skladu sa zakonom“ (Zakon o financiranju javnih potreba u kulturi, članak 1).

¹ Zakon o audio-vizualnim djelatnostima (Narodne novine 76/07, 90/11).

² Programe javnih potreba u kulturi donosi predstavničko tijelo županije, Grada Zagreba, općine i grada na prijedlog župana, gradonačelnika Grada Zagreba, gradonačelnika i općinskog načelnika zajedno s godišnjim proračunom županije, Grada Zagreba, općine i grada. Programe od interesa za Republiku Hrvatsku utvrđuje Ministarstvo kulture.

Za hrvatsku kinematografiju, naime, od 2008. godine zadužen je Hrvatski audio-vizualni centar, ustanova koju je Vlada Republike Hrvatske osnovala s ciljem „sustavnog promicanja audio-vizualnog stvaralaštva u Republici Hrvatskoj, odnosno za pripremu, produkciju i promociju hrvatskog filmskog stvaralaštva. Takvu poziciju omogućile su promjene u zakonodavnim okvirima, ponajprije Zakon o audio-vizualnim djelatnostima (NN 76/07), a odnosi unutar sektora dodatno su definirani i Pravilnikom o audio-vizualnim djelima koji je Vijeće za elektroničke medije donijelo 9. travnja 2010. godine (NN br. 43)“ (HAVC).

To su bile osnovne zakonske pretpostavke za nagli razvoj hrvatske kinematografije koja je posljednjih godina dala doista impresivne rezultate, osobito na planu prisutnosti na međunarodnim festivalima A kategorije, uključujući i najveće festivale u Cannesu, Berlinu i Veneciji. Ne samo da je hrvatska kinematografija uspjela ulaziti u natjecateljske programe tih festivala nego je osvajala i značajne nagrade.

No, izdvojena pozicija HAVC-a unutar područja kulture istodobno ga čini ranjivim jer zakonski okviri nisu do kraja definirani ili prilagođeni specifičnim zahtjevima kako Centra tako i filmske proizvodnje. Nadalje, producenti hrvatskih AV sadržaja imaju velikih problema s provedbom još jedne zakonske norme. Obveza javnog servisa, Hrvatske radio-televizije, da godišnje najmanje 15 posto od budžeta vlastite proizvodnje ulaže u tzv. neovisnu produkciju nailazi na velike zastoje i problematična tumačenja.

Cilj je ovoga rada ustanoviti da bi jasnijim zakonima i boljim provođenjem istih znatno unaprijedili hrvatski AV sektor koji je svuda u zapadnom svijetu (gospodarski) dominantni dio kulturnih i kreativnih industrija.

2. Zakonski okviri

2. 1. Pojmovno određenje audio-vizualne djelatnosti

Zakon o audio-vizualnim djelatnostima kaže da su audio-vizualne djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku. U teorijskom smislu to bi značilo da se radi o društvenim interesima iza kojih stoji država ili, kako to kaže L. Duguit, radi se o djelatnosti koja mora biti osigurana, regulirana i kontrolirana od onih koji vladaju. Pojam „interes za Republiku Hrvatsku“ odnosi se na zaštićeni interes društvene zajednice kao cjeline usmjerene na dobrobit dr-

žave i svih njezinih građana. Interes Republike Hrvatske javni je interes koji uživa pravnu zaštitu. Interes Republike Hrvatske pravni je standard kojemu značenje daju nadležna tijela koja se u praksi susreću s tim pojmom.³

Ovdje je potrebno napomenuti da je s pravnog motrišta pojam interesa relativan, promjenjiv i višeznačan, osobito ako se zna da i građani imaju interese koji su i privatni i javni, a posebice ako se zna da interesi ne spadaju u područje općih pravnih načela. Interesi su izvanpravna pojava koja na neki način utječe na sadržaj prava, ali nisu u središtu pozornosti prava kao društvene pojava. Prema tome, interesi kao metappravni sadržaj ulaze direktno ili indirektno u pravni sadržaj (pravnu normu) i postaju njegovim sastavnim dijelom. Jer, ako je pravna norma smjernica ili uputa adresatima za ostvarivanje određenih ciljeva društvene politike, onda je ona isto tako i u funkciji zadovoljavanja interesa (pojedinačnih ili općih) koji čine sadržaj tih istih ciljeva.⁴ Dakle, u kontekstu određivanja javnog interesa pravu ne treba pridavati značaj koji mu objektivno ne pripada. Pravo samostalno ne određuje društvene odnose, a poglavito ne što je to u javnom interesu. Što je javni interes odredit će politika a pravo se pojavljuje kao instrument te politike. Stoga se javni interes kao pojam uobičajeno koristi u političkim raspravama. Dakle, kada Zakon o audio-vizualnim djelatnostima kaže da su audio-vizualne djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku, time se u stvari žele označiti koristi ili prednosti koje pripadaju zajednici u odnosu na osobni ili privatni interes te da se ta djelatnost treba voditi u skladu s javnim, državnim ili općim interesom. Što predstavlja javni interes u području audio-vizualne djelatnosti, kako će se isti provoditi i nadzirati odredit će nositelji kulturne politike a pravo doprinosi sigurnosti svih dionika tog procesa uključujući naravno i sve građane kroz mehanizam i funkcije pravne države.

Isti zakon definira i sljedeća značenja: audio-vizualnim djelatnostima smatraju se razvoj, proizvodnja, promocija, distribucija i prikazivanje audio-vizualnih djela. Smatra se da audio-vizualne djelatnosti obuhvaćaju i proizvodnju jednog ili više audio-vizualnih i multimedijjskih programa, pružanje audio-vizualnih medijskih usluga, audio-vizualnih medijskih usluga na zahtjev i usluga elektroničkih publikacija te prijenos i/ili retransmisiju audio-vizualnih programa i njihovih dijelova.

Audio-vizualna djela su igrani i dokumentarni filmovi, animirani filmovi, alternativni filmovi, eksperimentalni filmovi te sva druga audio-vizualna

³ *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007, str. 455.

⁴ Vidi: Ćupurdija M., Subašić. S., *Pravo i pravednost*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Libertin naklada, Rijeka, 2015, str. 215.

djela, koja su umjetnički i/ili autorski izraz bez obzira na tehnologiju kojom su nastala, podlogu na kojoj su fiksirana te način na koji se prikazuju (Zakon o AV djelatnostima, članak 3 (NN 90/11)).

Isti zakon definira što je hrvatski film:

- film čiji su redatelj i/ili producent državljani Republike Hrvatske ili pravna osoba sa sjedištem u Republici Hrvatskoj i u kojem je sudjelovanje hrvatskih autora, glumaca i drugih hrvatskih umjetnika i radnika ili hrvatskog kapitala od većeg značaja,
- film proizveden od jednog ili više hrvatskih producenata s najmanje jednim hrvatskim autorom i s pretežnim dijelom hrvatskih filmskih radnika, kao i film proizveden u suradnji s inozemnim producentom sukladno Europskoj konvenciji o filmskoj koprodukciji (Zakon o AV djelatnostima, članak 3 (NN 90/11)).

Ugovor o međunarodnoj registraciji audio-vizualnih djela (Ženeva 20. 4. 1989), definira pojam AVD kao djela koje se sastoji od niza fiksiranih slika sa zvukom ili bez pratećeg zvuka što se mogu gledati, i koje se, kada imaju prateći zvuk, mogu i čuti.

Također, definira se i pozicija tko može službeno biti proizvođač hrvatskih AV djela, odnosno konkretizira se pozicija producenta. Prema Zakonu, „producent je fizička ili pravna osoba koja pokreće proces produkcije audio-vizualnog djela i sveobuhvatno nadzire njegovu proizvodnju, u svoje ime prikuplja financijska sredstva, organizira proizvodnju i preuzima odgovornost za ukupno financijsko poslovanje i kvalitetu djela te zajedno s redateljem i autorskom ekipom sudjeluje u stvaranju audio-vizualnog djela, te njegovoj promidžbi, plasmanu na filmske festivale i eksploataciji“ (Zakon o AV djelatnostima, Članak 3 (NN 90/11)).

Važno je navesti i specifičnost glede ostvarivanja autorskih prava. Naime, koautorima audio-vizualnih djela smatraju se: glavni redatelj, autor scenarija, autor dijaloga, glavni snimatelj, skladatelj glazbe posebno skladane za korištenje u tom djelu. Dakle, kada se stvori audio-vizualno djelo sukladno odredbi članka 11 Zakona o autorskim pravima i srodnim pravima „koautorima pripada zajedničko autorsko pravo na stvorenom autorskom djelu, tako da svakome pripada dio toga autorskog prava računski određen razmjerno prema cijelom autorskom pravu (koautorski dio).“

2. 2. Hrvatski audio-vizualni centar

Do 2007. godine, kada je osnovan HAVC, natječaje je provodilo Ministarstvo kulture kroz posebno organizirane natječajne komisije za film, ali nakon dugogodišnjih kritika na račun toga da se projekti i autori biraju po političkoj liniji, umjesto kreativnoj, a i zbog drugih ograničenja zbog kojih Ministarstvo kulture nije moglo brinuti o hrvatskom filmu i AV industriji na način na koji to može strukovno tijelo, taj segment je u potpunosti „iseljen“ iz Ministarstva u HAVC.

Na službenoj web stranici HAVC-a stoji da se radi o javnoj ustanovi „koju je temeljem Zakona o audio-vizualnim djelatnostima (NN 76/07) osnovala Vlada Republike Hrvatske u svrhu sustavnog promicanja audio-vizualnog (u daljnjem tekstu AV) stvaralaštva u Republici Hrvatskoj“. Prema tome, HAVC ima pravni status javne ustanove koji je definiran Zakonom o ustanovama, kao propis *lex generalis* te kojim je dana zakonska definicija ustanove kao pravne osobe te kojim je regulirano njegovo osnivanje i ustrojstvo. Prema tom zakonu, „Ustanova je samostalna u obavljanju svoje djelatnosti i u poslovanju sukladno zakonu, na zakonu utemeljenom propisu i aktu o osnivanju. Ustanova obavlja djelatnost radi koje je osnovana pod uvjetima i na način određen zakonom, na zakonu utemeljenom propisu, aktom o osnivanju, statutom i drugim općim aktom ustanove te sukladno suvremenim znanstvenim postignućima i pravilima struke.“⁵

Centar priprema i provodi Nacionalni program promicanja audio-vizualnog stvaralaštva potičući obavljanje, organiziranje i financiranje priprema, razvoja, proizvodnje, distribucije i prikazivanja hrvatskih, europskih i svjetskih audio-vizualnih djela. Sredstva za rad Centra i provedbu Nacionalnog programa osiguravaju se iz državnog proračuna te iz dijela ukupnog godišnjeg bruto prihoda ostvarenog obavljanjem audio-vizualnih djelatnosti: Hrvatske radio-televizije, nakladnika televizijskih programa na nacionalnoj razini, nakladnika televizijskih programa na regionalnoj razini, operatora sustava kabelaške distribucije, operatora u nepokretnim i pokretnim telekomunikacijskim mrežama, davatelja usluga pristupa Internetu i osoba koje javno prikazuju audio-vizualna djela“ (HAVC).

U svom krugu djelatnosti proizvodnje filmova HAVC raspisuje natječaje za financiranje u sljedećim kategorijama:

- dugometražnih igranih filmova,
- kratkometražnih igranih filmova,

⁵ Zakon o ustanovama (NN 76/1993).

- dugometražnih dokumentarnih filmova,
- kratkometražnih dokumentarnih filmova,
- animiranih filmova,
- eksperimentalnih filmova,
- ostalih vrsta filmova.

Budući da je HAVC u institucionalnom smislu ustanova, ustrojstvo i ovlasti organa propisane su Zakonom o ustanovama (*lex generalis*), Zakonom o audio-vizualnim djelatnostima (*lex specialis*) i Statutom (autonomni opći akt). Tijela Centra su: Upravni odbor s osnovnom zadaćom upravljanja Centrom, ravnatelj koji organizira i vodi rad i poslovanje Centra te Hrvatsko audio-vizualno vijeće koje sukladno zakonu i statutu predlaže ministru kulture nacionalni program.

U kontekstu ovog rada, važno je spomenuti odredbu članka 35 Zakona o ustanovama, u kojoj stoji: „Ustanovom upravlja Upravno vijeće ili drugi kolegijalni organ ako posebnim zakonom nije drugačije određeno. Sastav, način imenovanja odnosno izbora članova i trajanje mandata upravnog vijeća i način donošenja odluka, utvrđuje se zakonom, odnosno aktom o osnivanju i statutom ustanove.“ Slijedom ove odredbe Zakonom o audio-vizualnoj djelatnosti u članku 8 propisano je da Centrom upravlja Upravni odbor koji ima pet članova. „Predsjednika i tri člana imenuje Ministarstvo kulture iz redova istaknutih umjetnika i kulturnih djelatnika, koje predlažu udruge na temelju javnog poziva koji objavljuje Centar. Jednoga člana biraju radnici Centra iz svojih redova.“⁶ Zakonom su propisane ovlasti Upravnog odbora koje se u biti odnose na odlučivanje o najvažnijim pitanjima rada i razvoja Centra, a to su: donosi Statut Centra uz suglasnost Ministarstva kultura, odlučuje o financijskom planu i godišnjem obračunu Centra, donosi programe rada i razvoja Centra i nadzire njihovo izvršavanje, donosi odluke o raspolaganju imovinom i sredstvima za poslovanje Centra koji iznose od 50.000 do 200.000 kuna, a za veće iznose uz suglasnost osnivača, najmanje jednom godišnje podnosi Ministarstvu kulture izvješće o radu i uvijek na zahtjev Ministarstva kulture, imenuje i razrješava ravnatelja Centra, obavlja i druge poslove određene zakonom i Statutom.⁷ Gotovo identična odredba koja se odnosi na ovlasti Upravnog odbora Centra nalazi se i u Statutu HAVC-a, s tim što je dodana ovlast Upravnom odboru da donosi Pravilnik o unutarnjem ustrojstvu i načinu rada Centra.

⁶ Zakon o audio-vizualnim djelatnostima (NN 76/07, 90/11).

⁷ Članak 9 Zakona o audio-vizualnim djelatnostima (NN 76/07, 90/11).

Prema tome, zakonodavac je odredio strukturu upravnog tijela (konkretno – Upravnog odbora), koje brine o ostvarivanju djelatnosti HAVC-a sukladno pozitivnopravnim propisima. Iz zakonske odredbe vidljivo je da si je osnivač osigurao većinu u postupku donošenja odluka tako da on imenuje predsjednika i tri člana a jednoga člana biraju radnici Centra iz svojih redova. Dakle, iako je načelno omogućena demokratska procedura i zastupljenost struke ipak konačna odluka o imenovanju članova Upravnog odbora pripada vladajućoj državnoj strukturi. Stoga, nisu točne tvrdnje da se kultura, u ovom slučaju audio-vizualne djelatnosti mogu potpuno depolitizirati. To uostalom nije niti moguće a niti potrebno. Potrebno je da nositelji kulturne politike utvrde političku koncepciju kulturne politike na području audio-vizualne djelatnosti i definiraju jasne ciljeve razvoja audio-vizualne djelatnosti koji će se temeljiti na demokratskim standardima. Naime, dispozitivnost odluka koje nastaju i odnose se u kontekstu razvoja i slobode raznolikosti mišljenja i medijskog pluralizama umanjena je činjenicom da osnovne i granične norme ipak donose osobe koje su imenovane od strane državnog aparata. Dakle, sama činjenica da od pet članova Ministarstvo kulture imenuje četiri a ne da se isti biraju putem javnog natječaja ukazuje na određeni utjecaj politike. To, naravno, samo po sebi ne mora biti loše. Radi se o tome hoće li državni aparat imenovati osobe prema kriterijima sposobnosti ili prema kriterijima podobnosti.

Ovdje je također potrebno naglasiti činjenicu da je način financiranja HAVC-a u 63.3 posto⁸ iz državnog proračuna (Ministarstvo kulture), iako treba naglasiti i to da Upravni odbor nema nikakve ovlasti kod izbora sadržaja i financiranih programa. Dakle, vlast se manifestira u organiziranoj formi i počiva na hijerarhiji i subordinaciji. Njezin je osnovni legalitet u užem smislu riječi i poštovanje odluka (npr. programskih povjerenika/umjetničkih izbornika koje bira ravnatelj, odnosno AV Vijeća), te akata viših organa. Shodno tome pojavio se i glavni prijemor koji je kulminirao u veljači 2017. godine negativnim mišljenjem Državne revizije koje je kao jednu od težih povreda poslovanja prikazalo da je ravnatelj HAVC-a Hrvoje Hribar „tijekom 2015. raspolagao sredstvima na temelju zaključenih ugovora, u iznosima iznad 50.000 kn, bez odluke Upravnog odbora, a za iznose iznad 200.000 kn bez suglasno-

⁸ U izvješću Državne revizije a prema podacima iz Izvještaja o prihodima i rashodima, primicima i izdacima za 2015. godinu stoji: „Od ukupno ostvarenih prihoda, vrijednosno najznačajniji su prihodi iz proračuna ostvareni u iznosu od 44.335.311,00 kn, koji u ukupno ostvarenim prihodima sudjeluje sa 63,3%. Prihodi od upravnih i administrativnih pristojbi, pristojbi po posebnim propisima i naknada ostvareni u iznosu 25.479.874,00 kn, u ukupnim prihodima sudjeluju s 36,4%. Drugi prihodi, ostvareni u iznosu 181.518,00 kn u ukupnim prihodima sudjeluju s 0,3%.“ (Izvješće o obavljenoj reviziji - HAVC, 2017: 61).

sti osnivača (Ministarstva kulture)“ (Izvjješće o obavljenoj reviziji – HAVC, 2017: 61).

S isključivo pravnog stajališta, primjedba može stajati, budući da je navedeni limit u raspolaganju imovinom i sredstvima za poslovanje Centra propisan člankom 9 Zakona o audio-vizualnim djelatnostima te člankom 19 Statuta HAVC-a. Međutim, struka smatra prijepornim da se na HAVC primjenjuje klasični Zakon o ustanovama jer je pozicija Centra, kao što je već objašnjeno, poprilično specifična u hrvatskoj kulturi. HAVC više funkcionira kao svojevrsna agencija koja ne proizvodi sadržaje (poput npr. kazališta), nego ih naručuje putem natječaja i (su)financira za račun njihovih proizvođača. U logici Zakona o audio-vizualnim djelatnostima HAVC se pojavljuje kao posrednik između države, s jedne strane i civilnog društva i tržišta, s druge strane⁹. Dobrom praksom podrazumijevalo se da sredstva namijenjena programu, koju HAVC samo kanalizira vanjskim proizvođačima, ne moraju ići na odobrenje Ministarstvu kulture jer bi to bilo u suprotnosti s temeljnom funkcijom Centra kao strukovno, a ne državnog upravljanja kinematografijom. Od postanka HAVC-a radilo se tako i nije bilo negativnih mišljenja državnih tijela sve do 2017. godine, tako da je za očekivati da će u predstojećem razdoblju doći do određenih promjena zakonskih i pravnih okvira koje će ići u smjeru pozitivnih iskustava Europske unije s uvođenjem instrumenata koregulacije i samoregulacije.

2. 3. Sporovi oko televizijskih kvota neovisne produkcije

Osim o HAVC-u, tzv. neovisna proizvodnja neovisnih sadržaja uvelike ovisi o Hrvatskoj radio-televiziji, javnom medijskom servisu za koji Zakon o HRTU propisuje da „najmanje 15 posto svojeg godišnjeg programskog proračuna, HRT je dužan osigurati za nabavu europskih djela neovisnih proizvođača, od čega polovina tih sredstava mora biti namijenjena za djela proizvedena na izvorno hrvatskom jeziku“ (Zakon o HRT-u, članak 11).

Člankom 43 Zakona o elektroničkim medijima definiran je pojam neovisnog proizvođača AV djela kao pravne ili fizičke osobe koja ispunjava sljedeće uvjete:

- da je registrirana za obavljanje djelatnosti proizvodnje audio-vizualnih djela i ima sjedište u Republici Hrvatskoj ili u jednoj od država članica Europske unije,
- da nije uključena u organizacijsku strukturu nakladnika televizije,

⁹ Vidi. Edib Ahmetašević, „Razvoj kreativne industrije kroz kulturnu politiku i redefiniranje sustava audio-vizualne djelatnosti u Republici Hrvatskoj“, *Medijska istraživanja*, br. 1. Zagreb, 2015. str. 126.

- da nakladnik televizije može imati najviše 25% udjela kapitala u proizvođaču ili upravljačkih odnosno glasačkih prava,
- da po narudžbi pojedinog nakladnika televizije ostvaruje najviše polovicu svoje godišnje proizvodnje.

(2) Neovisni proizvođač je i pravna ili fizička osoba koja je registrirana za obavljanje djelatnosti proizvodnje audio-vizualnih djela, a ima sjedište u jednoj od trećih država, ako europska djela čine većinski udio njegove audio-vizualne proizvodnje u zadnje tri godine i uz to ispunjava uvjete iz stavka 1 podstavka 2 i 3 ovog članka.

(3) Neovisni proizvođač ne može biti pravna ili fizička osoba čiji prosječni udio financijskih sredstava za pokriće ukupnih troškova proizvodnje, odnosno koprodukcije u kojima je sudjelovao u posljednje tri godine, ne prelazi 10% (Zakon o elektroničkim medijima, članak 43).

Prema odredbi članka 9 Zakona o HRT-u kojim se definira sadržaj i funkcija javnih usluga, HRT je dužan:

- njegovati, poticati, proizvoditi, razvijati i/ili suproizvoditi različite oblike domaćeg audio i audio-vizualnog te multimedijalnog stvaralaštva koji pridonose razvoju hrvatske kulture, umjetnosti i zabave; širiti znanja o audio-vizualnoj kulturi i baštini i pridonositi međunarodnom predstavljanju hrvatskoga kulturnog identiteta,
- proizvoditi i objavljivati programe igranih, dokumentarnih, animiranih i srodnih audio-vizualnih djela, uključujući i ona namijenjena djeci, te poticati razvoj sektora nezavisne produkcije audio i video sadržaja,
- osigurati visoke standarde u području audio i audio-vizualnog stvaralaštva.

Poticati medijsku pismenost.

Glede ovih odredbi u praksi se pojavilo niz dvojbenih situacija i sporenja koji se odnose na primjenu iste. Zbog ograničenosti ovog rada, a kako bi ostali u okviru teme, navesti ćemo samo neke primjere bez ulaženja u dublju analizu ovog problema.

U siječnju 2017. Hrvatsko društvo nezavisnih producenata optužilo je HRT da se ne pridržava propisanih kvota za nabavu neovisne produkcije. Primarna se primjedba sastoji u tome da HRT prikazuje da u program ulaže puno manje (cca 250 do 300 milijuna kuna) nego što je to doista slučaj. Raskorak je u tome što HRT u programski budžet ne uvrštava troškove plaća zaposlenih, tehničkih kapaciteta i ostalih programskih troškova, nego

isključivo novac koji im ostaje za proizvodnju, pa je time i svota od 15 posto za neovisnu produkciju znatno manja.

Predsjednik HDNP-a Dario Vince izjavio je u Jutarnjem listu: „HRT je do sada vodio računovodstvo kao da mu je godišnji proračun za program 300 milijuna kuna. I laik bi se zapitao kako je moguće da za temeljnu djelatnost, a to je proizvodnja i prikazivanje programa, jedna RTV kuća koja raspolaže sa 1,4 milijarde godišnjeg prihoda troši samo 300 milijuna kuna. Na što onda ide preostalih 1,1 milijardi kuna? Međutim, ako malo detaljnije pogledate godišnje izvještaje, vidjet ćete da se tih 300 milijuna odnosi isključivo na direktne vanjske troškove, a to naprosto ne odgovara definiciji proračuna. Unutra nisu plaće zaposlenih, uredi, studiji, tehnika, scenografija, čak ni potrošena električna energija. A što je to nego trošak nastajanja programa? Kad smo analizirali njihov godišnji izvještaj, brzo smo ustanovili da se programski proračun zapravo kreće oko 900 milijuna kuna“ (Jutarnji list, 2017).

Ustanovi li se da producenti imaju pravo, a posve je realno tumačiti da plaće zaposlenika, posebno onih iz programskih poslovnih jedinica i drugih programskih stavki, treba uračunavati u programske budžete, današnja kvota od cca 40 milijuna kuna koja se izdvaja za neovisnu proizvodnju mogla bi se/trebala popeti za 300-350 posto. Dakle, dogodio bi se skok s 40 milijuna kuna na 135 milijuna kuna. Kao što vidimo, radi se o izuzetno visokoj razlici koja bi značajno unaprijedila AV sektor i njegove gospodarske učinke, a koja se događa isključivo zbog dvojbenog provođenja/tumačenja Zakona o HRT-u.

2. 4. Zauzimanje za specifičnosti proizvodnje AV sadržaja

Kako bi popravili stanje producenti okupljeni u Hrvatskoj udruzi producenata (HRUP) odlučili su pojačati svoju poziciju i pokrenuli postupak učlanjenja u Hrvatsku udruhu poslodavaca čija je svrha „a. zaštita prava i interesa članova u području radno-socijalnog zakonodavstva, b. zastupanje članova u odnosima s tijelima državne vlasti, tijelima područne (regionalne) i lokalne samouprave i sindikatima, c. zastupanje članova u području kolektivnog pregovaranja i sklapanja kolektivnih ugovora te radnim sporovima; d. promocija poduzetničkih prava i sloboda, zaštita privatnog vlasništva, razvoja i uređivanja tržišnih uvjeta poslovanja, razvoja konkurentnosti i povoljne poduzetničke klime“ (Statut HUP-a, članak 2).

U sklopu podrške poslodavcima, HUP omogućava pravnu pomoć, lobiranje, sudjelovanje poslodavaca/članova HUP-a u donošenja zakona,

propisa, strategija, artikulaciju interesa i problema sektora kroz granske udruge, edukaciju i organiziranje događanja za članove te poslovno povezivanje poduzetnika (HUP).

Tamara Babun, članica Upravnog odbora HRUP-a, objašnjava postupak ulaska Udruge u Hrvatsku udругу poslodavaca: „Posebno su nam relevantne točke pod prva tri podnaslova: Pravne usluge, Lobiranje, Sudjelovanje poslodavaca/članova HUP-a u donošenja zakona, propisa, strategija. Producenti u Hrvatskoj su aktivni poslodavci u posebnoj situaciji u kojoj zapošljavaju ljude vrlo dinamički, na stalnim radnim mjestima često imaju samo po jedan, dva, tri ili četiri zaposlena, ali tijekom godine u više navrata okupljaju male, srednje i velike ekipe, ponekad od po nekoliko stotina ljudi. Zakonodavac ne može sam predvidjeti sve posebnosti takvog poslovanja i treba biti u komunikaciji sa strukom. Naša struka je vrlo mala i zato je dobro biti u zajednici koja ima stručne službe koje razumije te posebnosti, a koja je socijalni partner Vlade. Neprihvaćanjem specifičnosti proizvodnje audio-vizualnih sadržaja zakonodavac porezno dodatno opterećuje produkciju AV djela koja su sva dosta skromno financirana, naročito igrani filmovi, između ostalog zato što se ni kroz koprodukcije ne može ići na ekstremno velike budžete jer se svaka koprodukcija i snaga producenta ‘nositelja’ bazira na sredstvima koja može prikupiti domicilno. U Hrvatskoj postoji samo jedan fond i televizija (HRT) koja zapravo ne sudjeluje redovito i uređeno u proizvodnji igranog filma itd.“¹⁰

HRUP nastoji postići da predstavnici državne vlasti ozbiljnije shvate gospodarski profil AV industrije jer i Europska unija propisuje da su „audio-vizualne medijske usluge kulturne usluge jednako koliko su i gospodarske usluge“ (Direktiva EU, točka 5). Istodobno HRUP želi da se prihvate specifičnosti i posebnosti takve proizvodnje koja za Europsku uniju ima „rastuću važnost za društva, demokraciju – posebno osiguravajući slobodu informiranja, raznolikost mišljenja i medijski pluralizam – obrazovanje i kulturu opravdava primjenu posebnih pravila na te usluge“ (Direktiva EU, točka 5).

U HRUP-u osobito ističu danski zakonodavni model – izabran je zbog dobre regulative i po sličnim veličinama zemalja – producenti i televizijske postaje svake četiri godine pregovaraju o uvjetima suradnje na filmu, a vlada je Danskom filmskom institutu dala mandat da monitorira te pregovore. U hrvatskom slučaju to bi bila zadaća Hrvatskog audio-vizualnog centra. Oba danska javna servisa DR i TV2 moraju godišnje izdvojiti novac za filmsku proizvodnju, novac za razvoj i proizvodnju dramskog

¹⁰ Interpolirano prema razgovoru s članicom UO HRUP-a Tamarom Babun na dan 9. 7. 2017.

TV programa, kao i dati novac direktno u fond. Dio novca koji daju za film njima vrijedi samo kao licenca, dakle ne mogu biti koproducenti niti ikako sudjelovati u *recoupmentu* kasnije. Ta injekcija novca u danski film i razvoj sadržaja nezavisnih producenata uvjet je za koncesiju i naplaćivanje televizijske pristojbe (tzv. pretplate) (Søndergaard, 2014).

4. Zaključak

Ovim radom nastojali smo ukazati na relativno dobru zakonsku regulativu u definiranju pozicije audio-vizualnog sektora u Hrvatskoj, njegovih sadržaja, sudionika i odnosa unutar njega. Ipak, specifičnost toga sektora unutar ukupnosti odnosa hrvatskih kulturnih grana, donekle pionirska uloga da organiziranjem HAVC-a briga o tom sektoru ne bude više u izravnoj nadležnosti Ministarstva kulture, državnih, županijskih i lokalnih tijela, odnosno da se ne financira temeljem Zakona o financiranju javnih potreba u kulturi, nego temeljem Statuta HAVC-a, dovela je do određenih pravnih nedorečenosti koje su dovele do negativnog mišljenja Državne revizije. I to je imalo dosta neugodan učinka na usporavanje rada Centra koji je posljednjih godina postizao vrlo dobre kreativne rezultate, osobito ako ih se mjeri brojem osvojenih nagrada na najvećim međunarodnim filmskim festivalima, uključujući one u Cannesu, Berlinu i Veneciji. Aktualna situacija u području audio-vizualnih djelatnosti pokazala je da je politika još uvijek snažno prisutna u području audio-vizualnih djelatnosti, te da iako su učinjeni značajni pomaci u demokratizaciji kulturne politike, još uvijek je primjetno da se dijelovi političkih struktura žele uplitati u izbor scenarija, autora i producenta kojima će biti dodijeljena sredstva za realizaciju filma. Osim toga, HAVC nije postao neovisno tijelo budući da se od pet članova Upravnog odbora samo jedan član bira, dok ostale imenuje Ministarstvo kulture (na prijedlog struke). Time je dispozitivnost odluka koje nastaju i odnose se u kontekstu razvoja i slobode raznolikosti mišljenja i medijskog pluralizama umanjena činjenicom da osnovne i granične norme ipak donose osobe koje su imenovane od strane državnog aparata. Također, način financiranja HAVC-a u najvećem dijelu je iz državnog proračuna što također umanjuje razvoj audio-vizualne djelatnosti kao kreativne industrije.

a učinkovitost AV sektora odražava se u izuzetno velikom postotku i dugogodišnjem problematično tumačenje čelnih struktura HRT-a kada je u pitanju provedba zakona koji propisuje da najmanje 15 posto od godišnjeg programskog budžeta mora biti uloženo u neovisnu produkciju. Nai-

me, u prikazivanju programskog budžeta HRT ne uračunava plaće svojih zaposlenika, čak ni onih koji izravno sudjeluju u proizvodnji. Kada bi HRT objektivno prikazivao svoje troškove, Hrvatsko društvo nezavisnih producenata tvrdi da bi se sadašnji budžet za neovisnu produkciju s cca 40 milijuna kuna popeo na 135 milijuna kuna. Stoga je Hrvatska udruga producenata pokrenula postupak učlanjenja u Hrvatsku udrugu poslodavaca s posebno istaknuta tri cilja njihove podrške poslodavcima: pravne usluge, lobiranje, sudjelovanje poslodavaca/članova HUP-a u donošenja zakona, propisa, strategija.

Radom smo ustanovili da bi jasniji zakoni i bolje provođenje istih znatno unaprijedili hrvatski AV sektor. Na to nas ne obvezuje samo odgovornost prema hrvatskim kreativcima i konzumentima njihovih sadržaja, nego i gospodarski učinci.

Literatura

- Ahmetašević E., „Razvoj kreativne industrije kroz kulturnu politiku i redefiniranje sustava audio-vizualne djelatnosti u Republici Hrvatskoj“, *Medijska istraživanja*, br. 1. Zagreb, 2015. str. 126. str. 119-144.
- Antolović J., *Pravo i kultura*, Hadrian, d.o.o., Zagreb, 2013.
- Antolović J., *Medijsko zakonodavstvo Republike Hrvatske*, Ministarstvo kulture RH, Zagreb, 2003.
- Ćupurdija M., Subašić. S., *Pravo i pravednost*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Libertin naklada, Rijeka, 2015.,
- Ćupurdija M., Zlatović D., *Primjenjivost protokola br. 1 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda na intelektualno vlasništvo*, Zbornik radova međunarodne konferencije Razvoj javne uprave, Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru, 2015..
- Direktiva 2010/13EU Europskog parlamenta i Vijeća od 10 ožujka 2010, Službeni list Europske unije, 15. 4. 2010
- Izvješće o obavljenoj reviziji - HAVC, 2017.
- Zakon o audio-vizualnim djelatnostima, pročišćeni tekst Zakona, NN 76/07, 90/11.
- Zakon o elektroničkim medijima, NN 153/09, 84/11,94/13,136/13.
- Zakon o financiranju javnih potreba u kulturi, NN, 47/90, 27/93 i 38/09.
- Zakon o Hrvatskoj radio-televiziji, NN 137/10, 76/12,78/16, 46/17.
- Zakon o ustanovama, NN 76/93, 29/97, 47/99, 35/08.

Интернетски извори:

- HAVC, <http://www.havc.hr/o-nama/havc> (pregled na dan 28. 6. 2017),
- HUP – Hrvatska udruga poslodavaca, Podrška poslodavcima, <http://www.hup.hr/podrška-poslodavcima.aspx> (pregled na dan 27. 6. 2017),
- Jutarnji list, NEZAVISNI PRODUCENTI OPTUŽUJU: ‘HRT krši zakon i minira razvoj te su nas oštetili za više od pola milijarde kuna’, <http://www.jutarnji.hr/kultura/film-i-tv/nezavisni-producenti-optuzuju-hrt-krsi-zakon-i-minira-razvoj-te-su-nas-ostetili-za-vise-od-pola-milijarde-kuna/5566011/> (pregled na dan 28. 6. 2017),
- Søndergaard, H., 2014, Denmark Passes New Media Policy Agreement, <http://mecetes.co.uk/denmark-passes-new-media-policy-agreement/> (pregled na dan 25. 6. 2017),
- Statut Hrvatske udruge poslodavaca, <http://www.hup.hr/dokumenti-2.aspx> (pregled na dan 25. 6. 2017)

Milorad Ćupurdija, Sc.D., Professor at the University of Applied Sciences Baltazar in Zaprešić
Arsen Oremović, University Specialist for Communications Management,
lecturer at the University of Applied Sciences Baltazar in Zaprešić
Irena Oremović, student, 3rd year of study,
University of Applied Sciences Baltazar in Zaprešić

CONSTITUTIONAL-LEGAL ASPECT OF AUDIO-VISUAL DEVELOPMENT IN REPUBLIC OF CROATIA

Abstract

In March 12th 2014, European parliament has made resolution about preparations for full convergence of audio-visual sector. Development and freedom of cultural and artistic creativity are in constitution of Republic of Croatia, because of that state is obligated to stimulate realisation of goals defined in constitution with improving its legislation and creating favorable conditions for it. Accordingly, Republic of Croatia properly in-

troduced a legal framework for systematic arrangement of audio-visual sector. In this way, positive environment has been created which is directed to freedom of creativity and art expression which supports development of audio-visual sector. As precondition, it is necessarily to empower audio-visual institutions, mainly in their independence to serve to the interest of public before interest of anyone else. Republic of Croatia endeavours to establish institution Croatian audio-visual centre (HAVC), this action moves competency for audio-visual area from Ministry of culture, republic, regional or local public body to no to be financed by the law for financing public needs in culture but by the law for audio-visual sector and by HAVC statute. However, in practice this law is neglect which resulted with state audit negative opinion. Theory and practice are in discrepancy between normatively and really. Purpose of this work is to show basic ideas and foundation of the process of cooperation and improvement in legal harmonisation between Republic Croatia and European Union legislation in the area of audio-visual sector. This work points out that clearer laws and better law enforcement improves Croatian audio-visual industry which, in western countries is significant part of their economy and their creative industry. However, we don't have illusions that our work gives answers on all unknowns regarding the functioning of the audio-visual sector, on the contrary, we want to open a discussion and point out noticed problems to improve audio-visual sector.

Keywords: *audio-visual sector, cinematography, audio-visual sector financing, production.*

УДК: 323.15+323.13(=163.4)(497.113)

doi 10.7251/PR5017217O

Излагање са научног скупа

ПРОТИВУСТАВНОСТ АСИМИЛАТОРСКОГ ПРАВНОГ АКТА ПРЕМА БУЊЕВЦИМА И ШОКЦИМА ПО ОСЛОБОЂЕЊУ 1945. ГОДИНЕ

Слободан П. Орловић*

Апстракт: Током Другог светског рата на простору бивше Краљевине Југославије пружао се оружани отпор окупатору паралелно са којим је текла социјалистичка револуција. По победи партизанских јединица (Народноослободилачке војске Југославије – НОВЈ) једна од револуционарних мера на подручју Бачке, Барање и шире била је насилно асимиловање Буњеваца и Шокаца у Хрвате. У раду ће се покушати оцијенити правна ваљаност таквог акта с обзиром на то да је у то време владало стање уставног интереснума (безуставности, провизорности). Закључак може бити и шири, политички, а тиче се непосредних и даљих последица по правни и укупан статус и положај Буњеваца и Шокаца на том подручју и њихов опстанак.

Кључне речи: насилна асимилација, устав, Буњевци, Шоқци, асимилаторски акт.

Правни систем у држави коју називамо правном и где влада право састоји се од уређеног скупа општих правних аката. То значи да у правни систем улазе многи правни акти, од устава, преко закона до подзаконских прописа, који имају своје место у хијерархији – закони морају бити у складу са уставом а подзаконски акти у складу са законима. Уређен правни систем је монолитан што значи да између његових правних аката постоји формални и садржински склад [Јовичић 2006: 331]. Вредносно посматрано, ово значи да су у уставу садржане највеће вредности и најважнија питања једног друштва и државе, док су

* Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

у законима важне вредности и питања али не толико да заслуже место у уставу. Подзаконски прописи, пак, детаљније разрађују одређена питања на начин како и колико им је то дозвољено законом. Ово би угрубо био опис пожељног правног система. За потребе овог рада могли бисмо га и поделити на формални и материјални (садржински) део. По формалном критеријуму у правном систему препознајемо акте више и ниже правне снаге, све до највишег правног акта – устава. По материјалној компоненти анализира се садржина правних аката па, следећи формални критеријум, закључујемо да све (три) врсте аката морају да стоје у служби остварења и заштите прокламованих вредности: живота, слободе, достојанства, имовине, народне власти и других које су основа демократске уставне државе. Правни систем савремених демократија састоји се, дакле, од хијерархијски усклађених правних аката различите правне снаге којима се регулишу и штите друштвене вредности, лични и општи интереси.

Ово је слика правног система у редовним приликама функционисања државе. Када је држава у ванредним или ратним приликама, кризним стањима која ремете или сасвим дезавуишу механизме функционисања власти, постоји опасност од поремећаја редовне хијерархије правних аката у правном систему. Уставима се обично остави могућност да се нижим правним актима, због потребе опстанка државе, мењају и суспендују виши правни акти. Тиме се начело правне сигурности ставља испод „државног разлога“. Такозваним ратним уредбама подређују се закони док постоји потреба и док кризно стање, рат или елементарна непогода, траје. У нарочитим околностима, у стању рата, окупације или револуције, на подручју једне државе могу паралелно да функционишу два или више државних механизма, сваки на делу територије. Тада норме мирнодопског устава губе, трајно или привремено, своју супремацију што значи и да се мења, потпуно или делимично, хијерархија правних аката из преткризног правног система. Уредба или наредба коригује или просто игнорише ранији (формално још постојећи) мирнодопски закон или то у рату донет закон чини са уставом из времена редовног државног стања. Ове деформације у односу виших и нижих правних аката се по престанку стања кризе превазилазе тако што држава потврђује или поништава акте донете за време рата. Уколико се угрожена држава не обнови и зацели, у новонасталој политичкој заједници ратни правни акти ће наставити да производе правно дејство тако што ће их нова мирнодопска власт потврдити уставом или законом.

Напред наведене вредности (живот, слобода...) као објекти заштите су, како се то обично наводи, карактеристични за либерално-демократске уставне системе који преовлађују у Европи за протекла два века (почев од Француске буржоаске револуције 1789), а данас су заступљени готово без изузетка у европским државама. Међу основним правима која се нису одмах заокружила (значи мењала су садржину и значење) и која су прошла одређену еволуцију и касније признавање јесте право на националну припадност. Оно је данас гарантовано уставима кроз право грађанина да се слободно изјасни о својој националној припадности, да изражава своју националну културу и употребљава свој језик и писмо или, уколико не жели, да се не изјашњава о својој националној припадности [Симовић, Аврамовић, Зекавица 2013: 425]. Уобичајени наставак овог права је забрана дискриминације, која подразумева забрану стављања неког лица у неповољнији положај због припадности некој нацији, етносу, народу.

Пре него што су елементи нације јасно дефинисани током дугог настајања националних држава у XIX и XX веку као етничко порекло, језик и свест о историјском и културном заједништву, постојао је идентитет чија је основа била вероисповест. Разликовање вероисповести као вредности која се штити правом није нестала дефинисањем и признавањем националног идентитета, већ су два идентитета почела да постоје заједно. Негде су се поклапали (Енглези – англиканска вероисповест, Италијани, Пољаци – католицизам), а у неким државама припадници једне нације традиционално припадају различитим верама (Немци, Мађари – протестанти и католици). На Балкану су религија и национална припадност и даље уско повезани, али се ипак религиозни, језички и етнички критеријуми не поклапају [Stanković-Rejnović 2010: 106]. На подручју југословенске Краљевине и потом Републике постојало је неколико вероисповести а већи број националних идентитета, што признатих што непризнатих правом.

Поратно време (1945) доношења акта који је предмет овог рада – о асимилацији Буњеваца и Шокаца – још увек је нека врста ванредног стања¹ у коме нема изграђеног а камоли уређеног правног поретка па су и људска права за то време била посебно угрожена. У том смислу, данашњи уставни стандарди који се односе на слободу националног идентитета нису постојали као уставна материја, нити су у некој

¹ Давно дефинисано као време у коме је: *Salus populi, suprema lex* – спас народа, врховни закон [Цицерон 2002: 3], где правни поредак не функционише нормално.

блажој (палијативној) форми били уобичајени за оно време. Такође, то је било време нестајања једног (капиталистичког) и настајања другог (социјалистичког) правног система, што је подразумевало промену најважнијих друштвених вредности као предмета уставне и законске заштите. Мењала се дефиниција националне припадности, процеси националног обједињавања („интегративно југословенство“) замењени су „националним ослобођењем“ и стварањем нових нација у југословенским федеративним јединицама (републикама). Обрнут процес правног и стварног затирања спровођен је према националном идентитету Буњеваца и Шокаца.² То је, између осталог, довело до готово нестанка Шокаца и драстичног смањења броја Буњеваца (укупно са 75.000 на 28.000), уз бројно повећање „буњевачких Хрвата“ на пописима у Југославији после 1945. године [Raič, Kujundžić Ostojić 2013: 111–112]. Процеси негирања Буњеваца, који су започети у периоду између два светска рата, настављени су у драстичној форми по окончању Другог светског рата [Његован 2008: 106]. Ако се пође од става да су све државе, а посебно нове, „криве“ за политику националне хомогенизације, која варира од благих до жестоких покушаја [Harris 2015: 197], онда на примеру Буњеваца и Шокаца видимо жесток покушај хомогенизације хрватске нације који је на концу, у новој, самосталној Хрватској доведен до краја. То значи да „неприлагођеним појединцима“, у овом случају онима који се осећају Буњевцима и Шокацима, „остаје само да се изборе за индивидуалну аутономију, ако је она уопште могућа у конзервативно утемељеном поретку“ [Jović 2011: 41].

Нестајање правног система Краљевине Југославије у току и на крају Другог светског рата

Највиши правни акт у правном систему Краљевине Југославије јесте Устав (“Октроисани“) од 1931, као и његов демократскији претходник

² Различити су ставови о пореклу и националности Буњеваца и Шокаца. Буњевци и Шокаци су католици, пореклом Далматинци (етноним Буњевци) и Босанци (етноним Шокаци) који насељавају подручје „Бајског троугла (трокута)“ током XVII века [Опширније: Mandić 2009]. Да о етничком идентитету Буњеваца и Шокаца у последњих век и по постоје сасвим различити ставови, од тога да су то Хрвати, посебне мале нације (етничитети), Југословени или Срби, писано је и у докторској дисертацији [Хорват, 2015]. Албо Кунтић, адвокат и буњевачки историчар, у тексту „Буњевачко национално питање као део националног проблема Војводине и Југославије“ (необјављен, написан вероватно између два светска рата, Рукописно одељење Матице српске, М 5409) национални идентитет Буњеваца сматра посебним и везује га за Војводину и разноврсност „војвођанских идентитета“.

Устав („Видовдански“) од 1921. Октроисани и Видовдански уставни нису имали одредбе о националном идентитету већ се гарантовала слобода вере. „Ујемчава се слобода вере и савести“ (чл. 12 Видовданског устава, чл. 11 Октроисаног устава) што је подразумевало равноправност пред законом и јавно исповедање вере. У самом имену државе по Видовданском уставу препознају се три нације (народа) Срби, Хрвати и Словенци, а Устав их помиње касније још на једном месту – „Намесници могу бити само рођени Срби, Хрвати или Словенци (...)“ (чл. 60).³ Устав познаје и Муслимане (са великим словом „М“), али не као народ већ као верску заједницу на коју се примењује шеријатско право у наследним и породичним односима (чл. 109). Мимо овога, Устав носиоце људских права и слобода третира као „грађане пред законом једнаке“ (чл. 4 и др). Слично је и у Октроисаном уставу по коме су сви грађани једнаки пред законом и уживају исту правну заштиту (чл. 4). У њему се више не помињу Срби, Хрвати и Словенци, већ се означава „племе“ (забрањује се партијско-политичко удруживање на племенској основи, чл. 13), а по истим наследним и породичним питањима Устав познаје муслимане (овај пут са малим словом „м“).

Са таквим уставним игнорисањем националних идентитета, а тиме и ускраћивањем евентуалних колективних националних слобода (политичког удруживања, на пример) дочекан је ратни пораз, окупација и распад Краљевине и тиме практична суспензија њеног Устава. Из рата као победник излази партизански Народноослободилачки покрет (прерастао у НОВЈ) који је паралелно са војном победом спроводио и доконтрао револуцију, заменивши бивши политички режим новим. Револуционарни политички и правни поредак је током предуставне фазе (до Устава ФНР Југославије од 1946) настојао да конститутивним учини више нација и да свака буде заокружена у своју политичку јединицу (републику).⁴ Ово је довршено две деценије касније (1963 Муслимани постају нација и добијају шесту буктињу на грбу) [*Nacionalni sastav stanovništva FNR Jugoslavije: podaci po naseljima i opštinama* 1994: 5 и даље].

³ У актима прводецембарског уједињења: у Адреси изасланства Народног вијећа СХС помињу се Словенци, Хрвати и Срби, али и „уједињени Српско-Хрватско-Словеначки Народ“. Такав „троимени“ народ помиње и престолонаследник Александар у одговору на Адресу и у Манифесту од 6. јануара (24. децембра) 1919. године [Кркљуш 2003: 321–327].

⁴ „(...) Југославија ће се изградити на федералном принципу који ће обезбедити пуну равноправност Срба, Хрвата, Словенаца, Македонаца и Црногораца, односно народа Србије, Хрватске, Словеније, Македоније, Црне Горе и Босне и Херцеговине“, Одлука о изградњи Југославије на федералном принципу, Јајце, 29–30. новембар 1943; касније у Декларацији о проглашењу ФНР Југославије од 29. новембра 1945. године говори се о „народима Југославије“ без навођења који су то, што је оставило могућност ширења списка народа [Nešović, Petranović 1983: 452, 853–854].

Током рата највише представничко тело Покрета – АВНОЈ, доносило је акте уставног карактера који су важили на територији коју су контролисали партизани, а спроводили су их народноослободилачки одбори. Ово је био само један од начина раскида са правним системом који је важио под Октроисаним уставом (формално престао да важи потписом капитулације 17. априла 1941). На другим деловима територије Краљевине Југославије током окупације такође је дошло до дисконтинуитета (прекида) са ранијим правним системом. Ово значи да на некада јединственом правном подручју више није било општеважеће хијерархије правних акта па тиме ни јединственог правног система. На сваком делу окупираног подручја важила су правна правила која је у војним условима наметнуо окупатор. Условно би се могло рећи да је Октроисани устав делимично остао на снази, али не на сталној и заокруженој територији, тамо где је фактичку власт имала Југословенска војска у отаџбини. Ипак, ни ту у стварности тај устав није био спровођен, нити су постојале ваљане институције власти које би то чиниле.⁵

У фази завршних операција ослобођења Баната, Бачке и Барање формира се Војна управа (17. октобра 1944) која ће сву цивилну власт после четири месеца на тим подручјима (и одраније у Срему), пренети на Главни народноослободилачки одбор Војводине (у даљем тексту: Одбор) (Наредба Врховног команданта НОВ и ПОЈ од 27. јануара 1945). Одбор као орган власти прерашће у Народну скупштину АП Војводине (у августу 1945). Пре тога, у мају, Одбор ће донети допис који садржи асимилаторску наредбу по којој се нижим властима „ставља у дужност да спроведу и да се старају“ о томе да се у легитимацијама и разним евиденцијама Буњевци и Шокци имају „уносити“, „означити“ и „третирати искључиво као Хрвати без обзира на њихову изјаву“, а ако су већ означени као Буњевци и Шокци исправе се имају уништити.⁶

⁵ Било је коментарисано да је тај устав био на на снази само у краљевој хотелској соби у Лондону.

⁶ Главни народноослободилачки одбор Војводине, Одељење за унутрашње послове, бр. 104071945, 14. маја 1945, Нови Сад, Свима окружним народноослободилачким одборима (латиничким писмом, *нап. С.О.*): „Догађа се, да се многи Хрвати уводе као Буњевци и Шокци у рубрике, где се означава народност, а не као Хрвати као на пр.: у легитимације, разне евиденције и спискове, и то бива често по њиховом изричитом захтеву или по вољи и нахођењу дотичног чиновника. Како буњевачка и шокачка народност не постоје, то вам се наређује да све Буњевце и Шокце имадете третирати искључиво као Хрвате без обзира на њихову изјаву. У разним окружним и местним, где су они до сада уведени као Шокци и Буњевци, има се то исправити и означити као Хрвати нарочито у легитимацијама, бирачким списковима, путним објавама и разним другим списковима по народности. У будуће се имају уносити само и искључиво као Хрвати. Све до сада издате легитимације и исправе, где су означени као Буњевци и Шокци имају се уништити и нове издати, издавање нових легитимација не сме се поново наплаћивати од странака. Ставља вам се у дужност да о овоме одмах известите све градске и среске одборе, а преко ових месне, да то што пре безуветно спроведу, а ви да се старате, да се ово свакако изврши

Оваквом атаку на људско право морала је претходити одлука на највишој инстанци – можда се таквом може сматрати нешто ранији говор маршала Јосипа Броза Тита на оснивачком конгресу Комунистичке партије Србије (8–12. маја 1945), када 12. маја изговара следећу реченицу: „Ми градимо братство и јединство, али српски шовинисти у Војводини неће да признају Хрвату да је Хрват, већ га зову Буњевац“ [Branković 1985: 37]. Све у свему, насилна асимилација од стране нових власти је отпочела.

Правна природа асимилаторског правног акта према Буњевцима и Шокцима

Посматрајући форму и садржину овог асимилаторског правног акта према Буњевцима и Шокцима (у даљем тексту: асимилаторски акт) може се извести закључак о његовој правној природи. У погледу форме асимилаторског акта увиђамо следеће: ради се о писаном, општем правном акту који је донет у форми наредбе. Овај акт, додуше, не слови као наредба али се из његове садржине тако шта може закључити. Издат је од стране органа управе – Одељења за унутрашње послове који је део (или орган у саставу) Главног народноослободилачког одбора Војводине. Овде се јавља прва правна дилема: да ли је реч о акту законске, подзаконске или можда уставне снаге. Из угла данашње уставности посматрано, да би један овакав акт производио правно дејство, морао би имати уставну снагу, то јест морао би бити у форми устава или уставног амандмана с обзиром на то да се њиме дира у право на национално опредељење. Ово право је материја (садржина) устава (*materia constitutionis*) јер се везује за друштво и његове припаднике, грађане [Марковић 2015: 40]. Међутим, у то време није било устава у формалном смислу, већ су постојали одређени уставни акти у материјалном смислу – они које је доносио АВНОЈ (или његов Президијум) и тицали су се уставне материје. Њима су штићена (суверена) права Срба, Хрвата, Словенаца, Македонаца и Црногораца, као „појединих народа“ Југославије. Конкретно право Буњеваца и Шокаца да се таквима национално изјашњавају није било заштићено уставним актима у материјалном смислу, већ се о томе да закључити посредно. Тако је Законом о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора (24. мај 1945) кажњиво „свако ограничење грађанских права

и да о учињеном известите“, у потпису (ћирилицом, нап. С.О): начелник Маринковић. Овај акт су окружни народноослободилачки одбори прослеђивали градским, среским и месним на даље извршење.

као и свако пружање повластица и предности (привилегија) грађанима (...) у зависности од њихове националне, расне ии верске припадности (...)“ [Nešović, Petranović 1983: 704]. Овакво ограничење је и немогућност националног изражавања што, иако је овде законски уређено, представља уставну материју (устав у материјалном смислу). Закон се, даље, неспорно односи и на Буњевце и Шокце (као и све друге грађане на територији ДФ Југославије).

Асимилаторски акт такође уређује уставну материју и супротан је ономе што је уређено овим законом па би оба ова супротстављена акта могла представљати устав у материјалном (садржинском) смислу. Међутим, у погледу форме (доносиоца, поступка и облика) не могу бити уставни акти. При оцени да ли се ради о пропису законске снаге, такође се мора поћи од формалног и материјалног критеријума. У погледу доносиоца, донео га је орган управе али као део хибридног (законодавно-извршног) органа, Одбора, који ће касније прерасти у представничко тело – Скупштину Војводине. Није донет по уобичајеном законодавном поступку (непознато је да ли је икакав поступак доношења спроведен или је просто октроисан, издиктиран), нити има облик (форму у ужем смислу) закона. Састоји се од неколико реченица које номотехнички нису разврстане у чланове (основне јединице систематизације). Оно што је заједничко са законом јесте то да се ради о општем правном акту. У погледу садржине, могло би бити говора о томе да се у асимилаторском акту ради о законским одредбама јер су људска права, поред устава, и законска материја, а овде се ради о одузимању колективних права одређеним заједницама (народима, етничким групама) на националну припадност.

Аргументи постоје и да се овај асимилаторски акт сврста у групу подзаконских правних аката. Он не може бити управни акт (иако га је донео орган управе) јер није појединачни правни акт, али у погледу непосредног доносиоца очигледно је реч о органу управе који не може да доноси законске већ само подзаконске акте (начелник одељења управе). Ипак ово сигурно важи у уређеном и формираном правном систему који функционише у редовним приликама. Овде је, пак, реч о приликама које се, иако мирнодопске, не могу назвати редовним. У таквим околностима формално подзаконски акти (уредбе, наредбе) могу да имају законску снагу. По правима у која задире и на који начин то чини, а имајући у виду ко је доносилац асимилаторских акта, најближе је истини да је реч о правном акту који је по формалним елементима своје правне природе подзаконски општи правни акт са законском снагом.

У погледу оцене уставности у првом плану је као критеријум сама садржина асимилаторског акта. Додуше, правни акт може бити неуставан и незаконит и због форме: када је донет од ненадлежног органа, у незаконитом поступку и нема прописан облик. Али ови елементи се овде не могу ваљано ценити управо због провизорности формалних правних правила правног система у настајању као ни због укупних тадашњих политичких прилика које нису биле редовне.

Остаје, даље, садржински критеријум. По мерилима данашње националне демократске уставности и међународних стандарда о људским правима, ово је очигледно неуставан и незаконит акт.

Реч је о пропису који садржи одредбе о насилној асимилацији припадника одређених народа (националних заједница) у другу нацију. Невољно, силом администрације претварају се Буњевци и Шокци у Хрвате. Реч је о насилној асимилацији као правном поступку који као резултат има да се дотадашњи Буњевци и Шокци правно имају сматрати Хрватима, без обзира на то како се стварно осећају. То је предуслов стварне асимилације за коју је неопходно више времена (генерација) и која ће као коначан резултат имати вољно изјашњавање бивших Буњеваца и Шокаца, односно њихових потомака, као Хрвата.

Како је у овом акту реч о насилној асимилацији (ненасилна, вољна асимилација – као претварање етничке мањине у већину је и данас постојећи друштвени процес) њена забрана у данашњој уставности има статус нарочито (апсолутно) заштићеног права. То значи да је насилна асимилација забрањена у свим приликама па и за време рата или ванредног стања када уставни систем не функционише на уобичајен начин. Карактеристика садржине овог акта је и та да се насилна асимилација не спроводи тако што се мањина правно претвара у већину, већ се припадници мањинских народа, Буњевци и Шокци, административним путем у јавним исправама воде и означавају као нека друга мањина са тог подручја – Хрвати.

Ценећи садржину овог асимилаторског акта у односу на тадашње правне прописе више правне снаге који су важили на ослобођеној територији Југославије - акте АВНОЈ-а и друге, такође се да закључити о његовој незаконитости и неуставности. Највиши правни акти ондашњих власти промовисали су права свих југословенских народа (насупротив Краљевини која је признавала само Србе, Хрвате и Словенце) и грађана па је овакав асимилаторски акт, поготово што се односи на народе (националне мањине) словенског порекла, потпуно у супротности са прокламованим начелима народноослободилачке борбе и актима донетим пре Устава ФНР Југославије.

Неуставност асимилаторског правног акта према Буњевцима и Шокацима – како је исправити

Закључак који произлази из описаног је да се ради о неуставном и незаконитом правном акту и да су сви појединачни правни акти који су донети на основу овог асимилаторског акта апсолутно ништави, односно такви да не могу да производе правно дејство. Тај асимилаторски акт је значио повреду права на лично достојанство; противречио је неповредивости психичког интегритета; повређивао је и начело једнакости јер једна категорија становништва није имала право да слободно изрази своју вољу. Био је јасно дискриминаторски акт без обзира на то што право на изражавање националне припадности тада није било јасно формулисано. Просто, асимилаторски акт је кршио неупитне правне принципе и цивилизацијске тековине.

Како је протекло много времена од када је овај правни акт ступио на правну снагу, почео да се спроводи, произвео правне последице и престао да важи, правно није могуће покренути поступак накнадне оцене његове уставности и законитости пред Уставним судом.⁷ Чак и када би то било могуће, не би се ретроактивно понишtile правне последице које је акт произвео јер су и саме, у међувремену, нестале (на пример, Буњевац коме је издата легитимација са ознаком хрватске националне припадности није више у животу). Не само да се не би понишtile правне последице, већ не би ни дубље социолошке које су се одражавале кроз процес асимилације, губитка националног идентитета и смањења броја Буњеваца и Шокаца.

Оно што може бити правна, политичка и морална надокнада онима којима је право на национално изјашњавање тако грубо одузето, као и њиховим потомцима, јесте доношење одговарајућег акта од стране Скупштине АП Војводине. Она би као правни сукцесор (наследник) Одбора донела декларацију о поништавању свих правних последица асимилаторског акта. Макар што више и не постоји дејство асимилаторског акта, довољна би била и симболичка вредност такве скупштинске декларације.

Даље, декларацијом би се потрли политички мотиви овакве асимилације и исказала политичка воља већине народа у Војводини да се не мири са политичким и стварним последицама асимилаторског акта. Са ове временске дистанце, почетни политички мотив насилне асимилације Буњеваца и Шокаца се сам логично показује – повећање броја Хрвата.

⁷ Поступак оцене уставности може се покренути најкасније у року од шест месеци од престанка важења закона или другог општег акта (чл. 168 Устава Србије од 2006).

Из њега су потом произашле могућности остварења других политичких права Хрвата – првобитно, циљ је био заокруживање хрватске федералне јединице унутар Југославије и њено разграничење са Војводином односно Србијом. Каснији, а тада још увек потенцијални циљ, остварио се распадом Југославије, а то је остајање на овакав начин похрваћених простора (Барање, западне и источне Славоније и западног Срема) у самосталној хрватској држави. Део бивше државе на који се односио асимилаторски акт а данас припада Републици Србији – Бачка, трпила је тенденцију смањења броја Буњеваца и Шокаца (који су готово нестали) и сразмерно томе пораст броја Хрвата. Овај процес асимилације смањен је после распада СФР Југославије и данас готово заустављен.

Република Србија је правни сукцесор бивше Југославије за чије власти је донет и важио овај асимилаторски акт. Он је тако део нашег правног наслеђа па је нужно да се, посебно због уставног положаја Буњеваца и (преосталих) Шокаца данас, макар и симболично изрази отклон према њему и неспоран став да је неуставан и неприхватљив. Једна декларација покрајинске скупштине послужила би таквој сврси.

Цитирана литература

- Branković, Slobodan (1985). Strukturiranje federacije. *Vojnoistorijski glasnik* 36(3), Beograd, 11–40.
- Jović, Dejan (2011). Popis stanovništva: Bitka za etnički status u postjugoslavenskim državama. *Političke analize* 2(5), 36–45.
- Јовичић, Миодраг (2006). *Устав и уставност*. Београд: Службени гласник.
- Кркљуш, Љубомирка (2003). *Одабрани извори из правне историје српског народа*. Нови Сад: Правни факултет, Центар за издавачку делатност.
- Mandić, Mijo (2009). *Buni, Bunjevci, Bunjevci*. Subotica: Bunjevačka matica Subotica.
- Марковић, Ратко (2015). *Уставно право*. Београд: Правни факултет, Центар за издаваштво: Досије студио.
- Nacionalni sastav stanovništva FNR Jugoslavije: podaci po naseljima i opštinama* (Grabeljšek Dragana urednik) (1994). Beograd: Savezni zavod za statistiku.

- Nešović, Slobodan, Petranović Branko (1983). *AVNOJ i revolucija*. Београд: Народна књига.
- Његован, Драго (2008). „Документи о насилној хрватизацији Буњеваца и Шокаца у Војводини после Другог светског рата“, у: *Етнолингвистичка и историјска истраживања о Буњевцима*. Зборник радова, Нови Сад, 105–112.
- Raič, Aleksandar, Kujundžić Ostojić, Suzana (2013). *Bunjevci između asimilacije i nacionalne zajednice*. Нови Сад: УГ Bunjevci.
- Симовић, Дарко, Аврамовић, Драгутин, Зекавица Радомир (2013). *Људска права*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија.
- Цицерон (2002). *Закони III* (превела: Бојана Маневић-Шијачки). Београд: Плато.
- Stanković-Pejnović, Vesna (2008). Могу ли „nacionalne државе“ на Балкану негирати мултикултурализам. *Sociološka luča* 4(2), 103–115.
- Harris, Erika (2015). „Paradoks, kontroverza i nacionalno samoodređenje“. *Politička misao* 52(1), 191–202.
- Хорват, Александар (2015). *Етнички идентитети војвођанских Шокаца и Буњеваца у међуратној Југославији (1918-1941)*, докторска дисертација. Нови Сад: Филозофски факултет Универзитета у Новом Саду.

Извори

- Декларација о проглашењу ФНР Југославије од 29. новембра 1945.
- Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора (Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945).
- Одлука о изградњи Југославије на федералном принципу, Јајце, 29–30. новембар 1943.
- Устав Краљевине Југославије од 1931.
- Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 1921.
- Устав Републике Србије од 2006.

Slobodan P. Orlović
Faculty of Law, University in Novi Sad

UNCONSTITUTIONALITY OF THE ASSIMILATION ACT OF BUNJEVCI AND SOKCI AFTER THE LIBERATION 1945

Summary

During the Second World War on the territory of the former Kingdom of Yugoslavia the armed resistance against occupying forces was organised, and parallel with it flowed the socialist revolution. After the victory of the partisan troops (National Liberation Army of Yugoslavia - NLAY), the one of revolutionary measures in the area of Backa, Baranja and wider, was the forced assimilation of Bunjevci and Sokci to Croats. This work will attempt to evaluate the legality of that act in relation of the fact that at that time there was a situation of constitutional interregnum (ohne constitution, legal provisory). The conclusion could be wider, political, and refers to the direct and further consequences for the legal and overall status and position of Bunjevci and Sokci in this area and their survival.

Key words: *forced assimilation, constitution, Bunjevci, Sokci, assimilation act.*

УДК: 342.849.2:342.534(438)

doi 10.7251/PR5017231S

Izlaganje sa naučnog skupa

RASPODELA MANDATA U EVROPSKIM POSTKOMUNISTIČKIM ZEMLJAMA NA PRIMERIMA ESTONIJE, LETONIJE, LITVANIJE I POLJSKE

Miloš Stanić*

***Apstrakt:** Ovaj rad predstavlja, na neki način, celinu sa prethodnim radovima autora, koji su objavljeni u časopisu *Strani pravni život*, broj 3/2013 i 3/2016.¹ U ovom članku će biti prikazan sistem raspodele mandata u baltičkim zemljama Estoniji, Letoniji, Litvaniji i Poljskoj, a nakon sprovedenih parlamentarnih izbora. U suštini, to je način na koji se glasovi, posle glasanja, pretvaraju u poslanička mesta. Imajući u vidu da se to može učiniti na različite načine, ova faza izbora se smatra veoma bitnom i samim tim je interesantna za proučavanje. Za istraživanje su odabrane evropske države koje su nekada bile deo tzv. komunističkog bloka. Ovakav odabir je logičan, jer je i naša zemlja nekada tu pripadala. Cilj ovoga rada je da se posle proučavanja rešenja u svakoj od ovih zemalja dođe do odgovarajućih opštih zaključaka, a u vezi sa njima. Izučavanje ove teme je društveno i naučno opravdano, pošto je želja autora da na taj način pruži skroman doprinos poznavanju iste kod nas, a i šire. Nauka bi morala da služi društvu i ovakva znanja bi mogla još više dobiti na značaju, ukoliko nekada u našoj zemlji dođe do reforme izbornog sistema.*

***Ključne reči:** izborni sistem, način raspodele mandata, proporcionalni, većinski izborni sistemi.*

* Diplomirani pravnik-master, istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo u Beogradu, student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, ustavnopravni smer.

¹ V. Miloš Stanić, „Raspodela mandata u evropskim postkomunističkim zemljama na primerima Poljske, Bugarske, Hrvatske i Makedonije“, *Strani pravni život* 3/2013; Miloš Stanić, „Raspodela mandata u evropskim postkomunističkim zemljama na primerima Češke, Slovačke i Slovenije“, *Strani pravni život* 3/2016.

1. Uvod

U svakom organizovanom društvu mora se pronaći odgovarajući način na koji se donose odluke, koje se tiču svih članova te zajednice. Vojislav Grol je pisao da se „politička sloboda sastoji u učešću građana u upravi zemlje, a da to učešće može biti raznog obima i intenziteta, jače ili slabije, uže ili šire. Ono može biti samo posredno, time što bi građani izabrali svoje predstavnike koji će se u njihovo ime starati o kontroli vlade i donošenju zakona, kao što se radi u predstavničkom režimu, a može biti i neposredno.”² U današnjim državama je izuzetno teško postići taj ideal da svi učestvuju u donošenju odluka, koje se svih i tiču. Zbog toga nosioci političkih prava u demokratskim državama, periodično, na parlamentarnim izborima, biraju one koji će u njihovo ime vršiti državnu vlast uz istovremeno postojanje formi poluneposredne demokratije, kao što su narodna inicijativa i referendum.

Stoga, nakon sprovedenih izbora dati glasovi se na neki način moraju pretvoriti u mandate, a kako bi se formiralo predstavničko telo. Ovo je veoma bitan deo izbora, jer se „tim činom izražava volja biračkog tela. To je jedno od najbitnijih pitanja izbornog procesa, od čijeg rešavanja može zavisiti ne samo vrsta stranačkog sistema u zemlji nego i obeležja čitavog njenog političkog sistema.”³ Kada je reč o većinskim izbornim sistemima, može se kazati da je u tom slučaju raspodela mandata jednostavnija, nego što je to slučaj u proporcionalnim sistemima, odnosno da su lakše razumljivi za prosečnog birača.⁴ Izgleda da se u tom slučaju izabran poslanik „vidi“, već po završetku glasanja, dok nije takav slučaj kada se sprovode izbori u proporcionalnim sistemima. Opet, svakako, složeniji je i samim tim teže razumljiv postupak raspodele mandata u srazmernom, odnosno proporcionalnom izbornom sistemu. U ovom slučaju imamo dva nivoa raspodele mandata. Prvi nivo je raspodela mandata između izbornih lista koje su učestvovala na izborima. Drugi nivo je dodeljivanje osvojenih poslaničkih mesta kandidatima sa liste.⁵ Dakle, pored odabira sistema raspodele mandata, isto tako je i izbor odgovarajućeg tipa izborne liste važan za raspodelu mandata, jer izaziva posledice u pogledu načina glasanja, kao i u pogledu toga na koji način

² Vojislav Grol, *Evolucija izbornog prava u Francuskoj*, Štamparija „Smiljevo”, Beograd 1938, 10.

³ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 233.

⁴ V., *Ibid.*, 240.

⁵ Irena Pejić, „Izborna lista u srazmernom predstavljanju – iskustvo Srbije” u: *Izbori u domaćem i stranom pravu* (ur. Oliver Nikolić, Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 80.

političke stranke vrše konačan izbor između kandidata.⁶ Uloga rukovodstava političkih stranaka pri odabiru samih kandidata koji će postati poslanici je veća što je sama lista zatvorenija i obrnuto.

2. Estonija

Parlament Estonije (Rigikogu) je jednodomni i čini ga 101 poslanik.⁷ Izbori u Estoniji sprovode se u skladu sa Izbornim zakonom od 2002. godine, koji je kasnije nekoliko puta menjan.⁸ Estonija ima 12 višemandatnih izbornih jedinica. Izborne jedinice su različite veličine i to u rasponu od onih u kojima se raspodeljuje pet mandata (Lääne-Virumaa) do onih u kojima se raspodeljuje 14 mandata (Harju-ja Raplamaa).⁹ Raspoređivanje mandata među izbornim jedinicama vrši se tako što se ukupan broj birača deli sa 101, a zatim se broj birača u jednoj izornoj jedinici deli sa brojem koji se dobije kao rezultat prethodne računске operacije. Nakon toga, svakoj izornoj jedinici dodeljuje se broj mandata koji odgovara broju koji se dobije kao rezultat prethodne računске operacije. Mandati koji se ne raspodele u skladu sa prethodnom računskom operacijom raspoređuju se na osnovu pravila najvećeg ostatka, koristeći razlomke brojeva dobijenih u skladu sa drugom navedenom računskom operacijom.¹⁰

Istorijski gledano, od 1919. godine, pa sve do 1938. godine izbori su se održavali u okviru varijanti proporcionalnih izbornih sistema, dok se od 1938. godine uvodi većinski izborni sistem.¹¹ Trenutno, prilikom raspodele mandata tokom parlamentarnih izbora, u Estoniji se primenjuje proporcionalni sistem. Prvo se izračunava Herova kvota, odnosno bazična, jednostavna kvota za svaku izbornu jedinicu. Ona se dobija kada se broj važećih glasova osvojenih u izornoj jedinici podijeli sa brojem mandata u

⁶ Irena Pejić, 80–84, Upor., Mirjana Kasapović, *Izborni leksikon*, Politička kultura, Zagreb 2003, 138–139, 253, 369–370; Marijana Pajvančić, *Izorno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad 2008, 94–96.

⁷ V. Čl. 60 Ustava Republike Estonije.

⁸ V. Zakon o parlamentarnim izborima (Riigikogu Election Act), dostupan na sajtu Izborne komisije Estonije, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/514112013015/consolide/current>, 30.08.2017.

⁹ Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Estonia, Parliamentary Elections*, 6 March 2011, 2011, 3, dostupno i na <http://www.osce.org/odihr/77557?download=true>, 31. 8. 2017.

¹⁰ Čl. 7. Zakona o parlamentarnim izborima (Riigikogu Election Act); Skupština Crne Gore, Parlamentarni institut – istraživački centar, *Usporedna analiza izbornih sistema i način njihovog uređenja u zemljama EU i regiona - otvorene vs zatvorene liste*, Podgorica 2016, 13–14, dostupno na <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/biblioteka-i-istravanje/2017/4.pdf>, 31. 8. 2017.

¹¹ Gerli Eero (ed.), *Elections in Estonia 1992-2015*, National Electoral Committee, Tallinn 2016, 26.

toj jedinici. Bira se onaj kandidat koji dobije broj glasova koji je veći ili je jednak ovoj kvoti.¹² Kandidati na izbornoj listi raspoređuju se u skladu sa brojem osvojenih glasova a svakoj listi dodeljuje onaj broj mandata koji je jednak broju puta kada je broj osvojenih glasova bio veći od dobijene kvote. Mandati koji ne budu raspoređeni na nivou izbornih jedinica raspodeljuju se na nacionalnom nivou u skladu sa modifikovanim D'Ontovim metodom i to među onim političkim partijama i koalicijama čiji su kandidati osvojili najmanje pet odsto glasova na nacionalnom nivou.¹³

Inače, D'Ontov sistem, poznat i kao sistem tzv. najvećeg količnika nazvan po njegovom utemeljivaču belgijskom matematičaru Viktoru D'Ontu, znači da se broj važećih glasova koje je dobila svaka lista deli sa brojem 1, 2, 3... i dalje sve do broja poslanika koji se bira u odnosnoj izbornoj jedinici i na taj način se dobijaju količnici za svaku listu. Tako dobijeni količnici se svrstavaju po veličini, a uzima se onoliko najvećih količnika koliko data izborna jedinica bira poslanika. Zatim, svaka lista dobija onoliko mandata koliko ta lista ima najvećih količnika od onih uzetih količnika svrstanih po veličini.¹⁴ Međutim, u Estoniji je ovaj metod unekoliko modifikovan i broj važećih glasova koje je dobila svaka lista se ne deli sa 1, 2, 3... i dalje, već sa 1, 2^{0.9}, 3^{0.9}, 4^{0.9} i dalje.¹⁵

Kada je reč o izbornim listama, odnosno njihovoj otvorenosti, u Estoniji u slučaju parlamentarnih izbora, mandate dobijaju stranačke liste a kandidati se rangiraju prema broju osvojenih glasova (otvorene liste). Sa druge strane, kompenzacioni mandati odnosno mandati koji se raspodeljuju na nacionalnom nivou dodeljuju se onom kandidatu koji se nalazio na vrhu liste u skladu sa D'Ontovim metodom (zatvorena lista).¹⁶ Tu su i nastale zanimljive situacije, te su tako bez mandata ostajali poslanici koji su dobijali znatan broj preferencijalnih glasova, dok su bili izabirani kandidati koji su imali neznan broj preferencijalnih glasova, ali su bili visoko „kotirani“ u okviru stranačkih lista.¹⁷ U vezi sa tim, zanimljiv je u Estoniji i tzv. „Toomepuu efekt“, koji objašnjava pojavu koja se zbivala u ovoj zemlji i prema kojoj veoma popularan kandidat sa neke liste, zahvaljujući glasovima koje je on osvojio, omogućujući da i kandidati koji nisu dobili veliki broj preferencijalnih glasova,

¹² Čl. 62 Zakona o parlamentarnim izborima (Riigikogu Election Act).

¹³ Čl. 62 Zakona o parlamentarnim izborima (Riigikogu Election Act); Skupština Crne Gore, Parlamentarni institut-istraživački centar, 14.

¹⁴ V. Ratko Marković, 236.

¹⁵ Čl. 62 Zakona o parlamentarnim izborima (Riigikogu Election Act).

¹⁶ Skupština Crne Gore, Parlamentarni institut – istraživački centar, 14.

¹⁷ Vello Pettai, The parliamentary elections in Estonia, March 2003, *Electoral Studies*, 23/2004, 830.

ipak budu izabrani.¹⁸ No, čine se izmene koje idu za tim da ovakvu anomaliju izbornog sistema onemoguće.¹⁹ Zanimljivo je da u Estoniji kandidatske liste ne mogu da predlažu koalicije političkih stranaka, već jedino političke stranke samostalno i to od 1998. godine.²⁰ Ipak, ova zabrana nije bila toliko „drakonska“ koliko je to bilo predlagano.²¹ Prema važećem rešenju, kandidati mogu da budu nezavisni, a mogu ih kandidovati političke stranke koje su upisane u nadležni registar najmanje 90 dana pre dana održavanja izbora. Takođe, političke stranke mogu da učestvuju u izbornom procesu samo pod svojim nazivom.²²

3. Letonija

U Letoniji se na izborima za Parlament bira 100 poslanika. Država je podeljena na pet višemandatnih izbornih jedinica, u kojima se bira između 13 i 32 poslanika. Broj mandata koji se dobija u svakoj izornoj jedinici određuje se na osnovu popisa o broju birača u datoj izornoj jedinici, četiri meseca pre održavanja izbora. Zanimljivo je i da su birači koji imaju prebivalište u inostranstvu uključeni u izbornu jedinicu glavnog grada Rige.²³ Izbori se sprovode po proporcionalnom sistemu, uz izborni cenzus koji iznosi 5%. Raspodela mandata vrši se primjenom Sent-Lagijeveg metoda. Na parlamentarnim izborima glasa se za stranačke liste u okviru kojih se preferencijalno glasa za pojedinačne kandidate, koji se rangiraju prema broju tako dobijenih glasova. Dakle, u upotrebi je sistem otvorenih lista, u okviru kojeg preferencijalni glasovi određuju cjelokupan redosled kandidata na izbornim listama.²⁴

Sent-Lagijev metod predstavlja modifikaciju D'Ontovog metoda i pogoduje političkim strankama srednje veličine i ne obezbeđuje toliko

¹⁸ Gerli Eero, 27.

¹⁹ *Ibid.*, 31.

²⁰ *Ibid.*, 30.

²¹ John Fitzmaurice, The parliamentary elections in Estonia, March 2003, *Electoral Studies*, 20/2001, 142.

²² Čl. 26 Zakona o parlamentarnim izborima (Riigikogu Election Act).

²³ Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Republic of Latvia, Parliamentary Elections, 4 October 2014*, 2014, 3, dostupno i na <http://www.osce.org/odihr/elections/latvia/132416?download=true>, 31. 8. 2017.

²⁴ Skupština Crne Gore, Parlamentarni institut – istraživački centar, 18; Čl. 38 Zakona o parlamentarnim izborima (The Saeima Election Law), dostupno na sajtu Izborne komisije Letonije <https://www.cvk.lv/pub/public/30067.html>, 31. 8. 2017.

precizno proporcionalnost predstavljanja različitih političkih stranaka.²⁵ Modifikacija se sastoji u tome što se glasovi koje je stranka osvojila ne dele sa 1, 2, 3... n, već sa 1, 3, 5, 7... n²⁶. Uporednopravno posmatrano, ovaj metod nije često predviđen.²⁷ U okviru reforme izbornog sistema najviše se razgovora vodilo o izbornom pragu. Prvo je bio predviđen izborni prag od 4 odsto, da bi kasnije on bio povećan na 5 odsto. Razgovaralo se i o uvođenju izbornog praga od 7 odsto koji bi važio za koalicije političkih stranaka, ali do toga nije došlo.²⁸ Takođe, postojali su i planovi o ponovnom uvođenju većinskog izbornog sistema ili bar stvaranja nekakvog mešovitog izbornog sistema. Pored toga, postojali su i predlozi o uvođenju potpuno otvorenih izbornih lista koje bi birači slobodno mogli da menjaju, a sve u skladu sa rešenjima koja su postojala u ovoj zemlji početkom dvadesetih godina prošlog veka.²⁹ Zanimljivo je i da u Letoniji nosioci lista koje žele da participiraju na izborima Centralnoj izornoj komisiji uplaćuju depozit u iznosu od 1.400 evra. Ukoliko neka od lista osvoji manje od 2 odsto glasova taj depozit se ne vraća, već se uplaćuje u državni budžet.³⁰ Deluje da je namera zakonodavca da sa ovakvim rešenjem spreči kandidovanje „neozbiljnih“ kandidata.

4. Litvanija

Prvi višestranački izbori u Litvaniji nakon sloma komunizma sprovodili su se u skladu sa većinskim izbornim sistemom u jednomandatnim izbornim jedinicama. To je sistem koji je bio nasleđen još iz komunističkog sistema.³¹ Od izbora koji su se održali 1992. godine se uvodi mešoviti izborni sistem. Naime, na izborima za Parlament Litvanije (Sejma) neposredno se bira 141 poslanik, putem mešovitog izbornog sistema. Konkretno, to znači da se od ukupnog broja poslanika, njih 71 bira primenom klasičnog dvokružnog većinskog sistema u jednomandatnim izbornim jedinicama. U ovim izbornim

²⁵ Janis Ikstens, Andris Runcis, *Free and Fair Elections*, u: How democratic is Latvia, Audit of Democracy (ed. Juris Rozenvalds, Latvijas Univerzitate 2005, 85.

²⁶ Tanasije Marinković, *Izborni sistemi država Evropske unije*, Centar za slobodne izbore i demokratiju, Beograd 2002, 35.

²⁷ Helen Hardman, Alan Renwick, *Electoral System Change in Europe since 1945*, http://www.electoralsystemchanges.eu/Files/media/MEDIA_151/FILE/Latvia_summary.pdf, 6.

²⁸ Janis Ikstens, Andris Runcis, 85.

²⁹ *Ibid.*, 85–86.

³⁰ Čl. 12 Zakona o parlamentarnim izborima.

³¹ Algis Krupavicius, Notes on Recent Elections, The Lithuanian Parliamentary Elections of 1996, *Electoral studies*, 4/1997, 543.

jedinicama izabranim se smatra kandidat koji dobije apsolutnu većinu glasova, uz izlaznost od najmanje 40 odsto. Ukoliko je izlaznost manja od 40 odsto, izabranim se smatra kandidat koji je osvojio većinu, ali ne manje od jedne petine glasova u datoj izbornoj jedinici. U slučajevima kada na izborima učestvuju više od dva kandidata, a ne ispune se navedeni uslovi, bar dve nedelje nakon prvog kruga se održava drugi krug, a vreme izbora oglašava Centralna izborna komisija.³² U drugom krugu učestvuju ona dva kandidata koja su imala najveći broj glasova u prvom krugu i mandat osvaja onaj kandidat koji je osvojio više glasova. U slučaju da imaju isti broj glasova, onda mandat dobija kandidat koji je osvojio više glasova u prvom krugu, a ukoliko su i u tom rezultatu poravnati, onda se odlučuje žrebom.³³

Preostalih 70 poslanika bira se proporcionalnim metodom, u kojoj je cela Litvanija jedna izborna jedinica. Za validnost izbora neophodna je izlaznost najmanje jedne petine birača. Za raspodelu mandata koristi se metod najvećeg ostatka, odnosno Hare-Nimajerov metod.³⁴ Hare-Nimajerov metod pripada metodama izbornog broja. Kada je reč o ovoj metodi, mandati se dodeljuju na taj način što se broj glasova koji je zadobila svaka stranka ili koalicija podeli ukupnim brojem važećih glasova, te se taj količnik pomnoži brojem mandata koji se raspodeljuju. Na taj način se dobiju brojevi koji predstavljaju broj mandata koji je osvojila svaka stranka. Ovi brojevi mogu biti celi, a mogu i imati decimale. No, može se desiti da se pri ovakvom postupku ne raspodele svi mandati, te se propisuje metoda za raspodelu preostalih mandata.³⁵ U Litvaniji u tom slučaju prednost imaju liste koje su osvojile više glasova, a ukoliko je taj broj podjednak, onda liste koje su osvojile više mandata u jednomandatnim jedinicama, a ukoliko i tu postoji jednakost, mandat se dodeljuje listi sa manjim izbornim brojem.³⁶

Do istog rezultata se može doći i na drugi način i to primenom Hareove kvote. Naime, u ovom slučaju se prvo izračunava Hareova kvota, koja je jednaka količniku ukupnog broja važećih glasova i ukupnog broja mandata. Kada se dođe do ove kvote, broj dobijenih glasova svake liste se sa istom deli i kao u prethodnoj metodi se dobijaju količnici koji predstavljaju broj

³² Čl. 88 Zakona o izborima za Sejm (Republic of Lithuania Law on Elections to the Seimas), dostupan na sajtu Izborne komisije Litvanije, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/10831a4018db11e5bfc0854048a4e288?jfwid=-t0ik4ni0p>, 31.08.2017.

³³ Čl. 88 Zakona o izborima za Sejm.

³⁴ Skupština Crne Gore, Parlamentarni institut – istraživački centar, 18.

³⁵ V. Mirjana Kasapović, 105.

³⁶ Čl. 89 Zakona o izborima za Sejm.

poslaničkih mesta koji je osvojila svaka lista.³⁷ Izborni prag iznosi 5 odsto za samostalan izlazak političkih stranaka na izbore, odnosno 7 odsto za koalicije političkih stranaka. Deo poslanika koji se bira u skladu sa proporcionalnim metodom bira se tako što birači osim glasa za određenu izbornu listu daju do pet preferencijalnih glasova kandidatima unutar te liste, što Litvaniju svrstava u red država sa otvorenim izbornim listama.³⁸

5. Poljska³⁹

Parlament u Poljskoj ima dvodomnu strukturu. Broj poslanika poljskog parlamenta je unapred određen i to najvišim pravnim aktom te zemlje, Ustavom Republike Poljske. Donji dom poljskog parlamenta, koji se naziva Sejm, čini 460 poslanika, dok Gornji dom poljskog parlamenta, koji se naziva Senat, sačinjava 100 senatora.⁴⁰ Kada je reč o izbornom sistemu u Poljskoj primećuje se da se u tom pogledu dosta „lutalo“ i da su često menjani izborni propisi. Prvi parlamentarni izbori u Poljskoj 1989. godine su sprovedeni po većinskom izbornom sistemu, a zatim su izbori sprovedeni po proporcionalnom izbornom sistemu, uz često menjanje metoda raspodele mandata.⁴¹ Ipak, godine 2011. je na snagu stupio Izborni zakonik.⁴² S obzirom na to da je naziv akta Izborni zakonik i da se njime reguliše izborna materija na celovit način, čini se da je poljski zakonodavac želeo njime da istakne da je nakon bezmalo dvadesetogodišnjeg traženja odgovarajućeg rešenja isto i pronašao, a na temelju iskustava iz bliske prošlosti.

Zanimljivo je da se u Poljskoj samim Ustavom predviđa da će izborni sistem, kada se radi o izborima za Sejm, biti proporcionalan.⁴³ Dakle, sam ustavotvorac je u Poljskoj odredio izborni sistem za donji dom parlamenta, opredelivši se za srazmerni izborni sistem. Imajući u vidu hijerarhiju pravnih normi i poznato načelo *lex superior derogate legi inferiori*, jasno je da u

³⁷ V. Mirjana Kasapović, 106.

³⁸ Mindaugas Jurkynas, The parliamentary elections in Lithuania, October 2016, *Electoral studies*, 47/2017, 46; Skupština Crne Gore, Parlamentarni institut – istraživački centar, 18

³⁹ V. Miloš Stanić, „Raspodela mandata u evropskim postkomunističkim zemljama na primerima Poljske, Bugarske, Hrvatske i Makedonije“.

⁴⁰ Čl. 96 i 97 Ustava Republike Poljske.

⁴¹ Milan Jovanović, *Oblikovanje izborne demokratije Poljska, Mađarska, Češka, Slovačka, Bugarska, Rumunija, Rusija, Ukrajina*, Institut za političke studije, Službeni list SCG, Beograd 2006, 51–80.

⁴² Izborni zakonik Poljske – IZP, State Gazette, No. 21, item 112, No. 94, item 550, No. 102, item 588, No. 134, item 777, No. 147, item 881, No. 149, item 889, No. 171, item 1016, No. 217, item 1281.

⁴³ Čl. 96 Ustava Republike Poljske.

ovom slučaju do promene izbornog sistema može dovesti samo promena navedene ustavne odredbe, jer zakonske norme ne smeju biti u suprotnosti sa ustavnim normama. No, ovakvim rešenjem poljski ustavotvorac nije u potpunosti vezao ruke zakonodavcu, kako se to možda na prvi pogled čini, već se pre može kazati da mu je omeđio prostor u okviru kojeg bi trebalo da se kreće. Taj prostor jamačno nije usko omeđen, već je ostavljeno zakonodavcu da u širokom prostoru i brojnim varijantama samog proporcionalnog sistema pronade onu, koja bi bila baš po meri poljskog ustavnog i političkog sistema.

Kada se sprovode izbori za Sejm, cela se zemlja deli na 41 izbornu jedinicu i u svakoj od tih izbornih jedinica se bira od sedam do devetnaest poslanika.⁴⁴ Tokom izbora za Sejm poljski birač glasa na taj način što obeležava polje koje se nalazi pored imena određenog kandidata. Takav glas se u isto vreme dodeljuje i samoj izornoj listi kojoj taj kandidat pripada, ali i samom kandidatu. Prilikom dodeljivanja mandata mora se voditi računa o tome koliko je svaki kandidat sa neke liste dobio glasova, te će kandidat koji je dobio više glasova od drugih kandidata sa konkretne liste osvojiti mandat.⁴⁵ Same izborne liste u Poljskoj su, dakle, otvorene i ovakvo rešenje predstavlja konstantu izbornih sistema u ovoj zemlji od pada Berlinskog zida, pa do današnjih dana.⁴⁶ Ovakve izborne liste utiču na smanjenje uticaja političkih partija, naročito vođstava istih, a kada je reč o predlaganju i biranju samih poslanika.

Pretpostavljamo da je poljski zakonodavac sa ovakvim rešenjem želeo da na neki način otupi nesumnjivo golem uticaj političkih stranaka, te da ojača vezu između birača i izabranih, pa je predvideo postojanje otvorenih izbornih lista. Na ovaj način se i primoravaju političke stranke, koalicije političkih stranaka, kao i biračke grupe da u toku kandidovanja vode računa i da predlažu kandidate koji uživaju određeni ugled u datoj izornoj jedinici. Takvi kandidati im zbog svojih ranijih dostignuća mogu doneti glasove na izborima. Istovremeno, tako se i stvara jača povezanost između birača i poslanika, jer su takvi parlamentarci izabrani baš zahvaljujući glasovima koji su dodeljeni njima i oni će se najčešće još više i istrajnije truditi da rade u interesu svojih birača, a kako bi zaslužili ponovni izbor. To je i efikasan način

⁴⁴ Office for Democratic Institutions and Human Rights – OSCE, *Republic of Poland Parliamentary elections 9 October 2011, OSCE/ODIHR NEEDS ASSESSMENT MISSION REPORT*, 9-11 August 2011, <http://www.osce.org/odihr/elections/82336>, 31.08.2017.

⁴⁵ Čl. 227–237 Izbornog zakonika Poljske, dostupan na file:///C:/Documents%20and%20Settings/milos.stanic/My%20Documents/Downloads/Poland%20Elections%20Code%20Section%201,2,3,4,9_2011.pdf, 31. 8. 2017.

⁴⁶ Milan Jovanović, 54.

da se, ako ne potpuno, a ono u određenoj meri smanji uticaj partijskog vrha na poslanike, jer poslanik se u ovom slučaju ne „skriva“ samo iza skuta svoje političke partije.

Što se tiče same raspodele poslaničkih mesta prihvaćen je sistem tzv. najvećeg količnika, koji je poznat i kao D'Ontov sistem, o kome smo već pisali. Valjalo bi pomenuti da u Poljskoj postoji i tzv. zakonski izborni prag ili cenzus, ali se on računa na nivou cele zemlje, a ne na nivou izbornih jedinica i iznosi 5 odsto za političke stranke, dok za koalicije političkih stranaka iznosi 8 odsto od ukupnog broja važećih glasova na nivou teritorije Poljske.⁴⁷ Dakle, da bi neka lista stigla do same raspodele mandata, broj njenih osvojenih glasova mora preći predviđeni cenzus. U Poljskoj cenzus ne važi za liste nacionalnih manjina.

Međutim, kada se analizuju ustavne odredbe koje se odnose na Senat, može se primetiti da ustavotvorac, kada su u pitanju izbori za Senat, nije odredio koji će izborni sistem biti primenjen, te je praktično ostavljeno zakonodavcu da odredi koji će se izborni sistem u ovom slučaju primeniti. Izbornim zakonikom je propisano da će se 100 senatora birati u skladu sa većinskim pravilom, a u varijanti sistema relativne većine. Zakonik predviđa da će se formirati jednomandatne izborne jedinice, što opet znači da će se formirati na teritoriji Poljske sto jednomandatnih jedinica.⁴⁸ Sistem koji je primenjen u Poljskoj za izbor senatora je klasičan sistem relativne većine, a to je praktično izborni sistem primenjen u Velikoj Britaniji, kada je reč o izborima za članove britanskog donjeg doma, The House of Commons. Pomenuto je da se ovakav sistem sprovodi u skladu sa jednostavnim načelom first past the post system, što bi značilo da mandat osvaja onaj izborni takmac koji osvoji najviše glasova i to u jednom krugu glasanja.

6. Zaključak

Možemo da zaključimo da su se ove četiri zemlje odlučile za neku od varijanti srazmernog sistema. Izuzetak su jedino izbori za gornji dom parlamenta u Poljskoj, kao i mešoviti izborni sistem u Litvaniji. Čini se da su ove države izabrale neku od varijanti proporcionalnog sistema, jer „cilj sistema proporcionalne zastupljenosti je da i manjina i većina budu zastupljene, a umesto prevelike ili premale zastupljenosti nekih stranaka,

⁴⁷ Čl. 196 Izbornog zakonika Poljske.

⁴⁸ Čl. 256, 260 Izbornog zakonika Poljske.

da se dobijeni glasovi proporcionalno raspodele na mesta u parlamentu⁴⁹. Očigledno je da ovakav sistem više odgovara prilikama u tim zemljama, odnosno omogućava široko predstavljanje različitih interesa u društvu i na taj način artikulisanje istih kroz demokratsku proceduru. U suprotnom, kada neke društvene grupe ne bi bile predstavljene, nastupila bi opasnost za još uvek krhki demokratski poredak u tim državama. U ponovnom osvajanju i usvajanju pravila demokratske igre, čini se da im za tu svrhu pre može poslužiti srazmerni sistem, te ga zbog toga i usvajaju. One u okviru njega traže onu čarobnu formulu, koja će najviše odgovarati konkretnim prilikama u tim zemljama. Da li su uspeli pokazaće vreme, jer ono je najbolji sudija svemu, pa i stvorenim izbornim sistemima.⁵⁰

U okviru proporcionalnog sistema u ovim zemljama koriste se Sent-Lagijev metod, D'Ontov metod, u modifikovanom i nemodifikovanom obliku, kao i Hare-Nimajerova kvota. Kada je reč o raspodeli mandata u okviru samih lista, videli smo da u svima postoji mogućnost preferencijalnog glasanja. Ovakva rešenja zaslužuju pohvalu, jer se na taj način u okviru proporcionalnih izbornih sistema uspostavlja i čuva veza između birača i poslanika. Takođe, na taj način se i smanjuje mogućnost da vođstva političkih stranaka potpuno zavladaju izbornim procesom. Praktično, tako se omogućava da u parlament bude izabran kandidat koji uživa podršku biračkog tela. Kada pogledamo sa druge strane, ovakvim rešenjem se i sami podnosioci izbornih lista „teraju“ da kandiduju ona lica koji su svojim prethodnim delovanjem zaslužili podršku birača. Šire gledano, na ovaj način se i učvršćuje princip postojanja političke odgovornosti, jer kandidat razvija svest da će svojim angažovanjem moći da poboljša kako svoje šanse za reizbor, tako i da doprinese svojoj političkoj opciji da na izborima osvoji više glasova. Trebalo bi da se razmišlja u smeru mogućnosti da se preferencijalno glasanje uvede i u našoj zemlji.

Što se tiče zakonskog izbornog praga, njegova svrha je da se onemogući da u parlament uđu kandidati sa lista koje nemaju značajno uporište u biračkom telu. Različit cenzus koji postoji za koalicije u odnosu na liste koje nisu koalicione jeste rešenje koje zaslužuje pažnju, a naročito kada je reč o našoj zemlji. Naime, često smo svedoci da usled koalicionih lista birači glasaju za stožerne političke stranke neke koalicije, a ne za političke stranke bez uporišta u biračkom telu. Međutim, i pored toga što u suštini nemaju podršku biračkog

⁴⁹ Arend Lajphart, *Modeli demokratije – oblici i učinak vlade u trideset šest zemalja*, Službeni list SCG, Beograd 2003, CID, Podgorica 2003., 171.

⁵⁰ V. Miloš Stanić, „Raspodela mandata u evropskim postkomunističkim zemljama na primerima Poljske, Bugarske, Hrvatske i Makedonije“, 324.

tela, predstavnici takvih stranaka bivaju izabrani u parlament, na koalicionim listama. Na taj način se, svakako, „iskrivljuje“ volja biračkog tela, jer je u demokratiji *vox populi, suprema lex*.

Miloš Stanić, M.A.
Associate Researcher,
Institute of Comparative law, Belgrade

THE DISTRIBUTION OF MANDATES IN POST-COMMUNIST COUNTRIES OF EUROPE ON EXAMPLES OF ESTONIA, LATVIA, LITHUANIA AND POLAND

Summary

This paper is connected with previous papers of this author, published in journal Foreign Legal Life, No. 3/2013, 3/2016. In this paper will be presented the distribution of mandates system in Baltic states Estonia, Latvia, Lithuania and Poland, after the parliamentary elections. In its core, the mandate's distribution system is the way of converting votes into Member of Parliament seats, after the completion of voting. As a matter of fact, this phase of the election can be done in different ways, and that makes it very interesting researched topic. The author has selected three European countries, and they all are ex-communist countries. This choice is quite logic, because our country, Serbia, was part of that system. The aim of this paper is to bring some general conclusions, after the examination of the solutions in these countries. In our opinion, this topic has scientifically and social justification to be researched. The author wishes to provide a modest contribution to the knowledge of this subject in our country, and beyond. The science should serve to society, and this knowledge could in the future gain an importance, in case of future reforms of Serbian electoral system.

Key words: *the electoral systems, the way of the distribution of parliamentary mandates, proportional election systems, majority election systems.*

EISANGELIA – PROCEDURA „IMPIČMENTA“ U KLASIČNOJ ATINI

Ivana Vrkatić*

Apstrakt: *Eisangelia je predstavljala proceduru opoziva magistrata i retora u klasičnoj Atini. Ova procedura se može nazvati „impičmentom“ demokratske Atine. Postoje, međutim, ogromne razlike između ovog – atinskog „impičmenta“ i onog u modernom angloameričkom sistemu. Pored hronološke udaljenosti i potpuno različitog uređenja ovih dvaju pravnih sistema, razlike leže i u samom pokretanju i odvijanju procedure, kao i u kažnjavanju. Proceduru eisangelia mogao je pokrenuti bilo koji punopravni građanin Atine pred skupštinom ili član veća Bule pred samim većem, s tim da je konačnu odluku u postupku od sredine IV veka pre n. e. ipak donosio sud. Ona se, u najvećem broju slučajeva, pokretala protiv stratega i retora koji su uglavnom bili optuživani za izdaju i korupciju. Kao kazne, u ovom postupku su se mogle izreći: smrtna kazna, konfiskacija imovine, nasledni gubitak građanskih prava (atimija), visoka novčana kazna (nemogućnost isplaćivanja novčane kazne dovođila je do statusa državnog dužnika i nasledne atimije), zabrane sahranjivanja na tlu Atike, rušenje doma i pritvor.*

Ključne reči: *klasična Atina, impičment, eisangelia, izdaja, korupcija, smrtna kazna.*

Uvod

Za klasičnu Atinu danas se vrlo često kaže da je kolevka demokratije. Ne sme se, međutim, smetnuti s uma da demokratsko uređenje Atine nije istoветно sa modernim demokratskim uređenjima. Osnovna razlika leži u tome da su samo punoletni muški građani Atine imali privilegiju da učestvuju u

* Asistent, Fakultet za pravne i poslovne studije „Dr Lazar Vrkatić“, Novi Sad.

političkom životu polisa, dok su žene, stranci (meteci) i robovi bili lišeni tog prava. Uprkos tome, demokratska Atina je napravila veliki civilizacijski iskorak svojom odlukom da, bez obzira na imovinsko stanje, svaki punopravni muški građanin ima pravo da aktivno učestvuje u uređenju i vođenju polisa. Takođe, za razliku od modernog doba, Atina je pre svega bila laička država, što znači da su državne poslove (poput sudstva i rada skupštine), sem zvanja stratega (vojnog zapovednika), obavljali obični građani. Atinjani su, međutim, vrlo brzo postali svesni svoje ranjivosti usled takvog načina uređenja shvatajući da ipak mora postojati neki vid ograničenja i odgovornosti državnih dužnosnika. Pored procedure *eisangelia*, koja je predmet ovog rada, za pozivanje na odgovornost magistrata služile su procedure *eutine*, *apocheriotonia* i *epicheirotonia*.¹ Procedura *eutine* mogla se pokretati tek po okončanju mandata dužnosti, za razliku od procedure *eisangelia* koja se mogla pokretati i tokom mandata. Takođe, procedura *eutine* bila je mnogo komplikovanija i češće se upotrebljavala tokom V veka pre n. e.²

Odlike i vrste postupka *eisangelia*

Reč *eisangelia* potiče od glagola *eisangelō* što znači unutra javljati, oglasiti, prijaviti, izveštavati te se, shodno tome, reč *eisangelia* može prevesti kao objava, prijava ili priziv. U literaturi na engleskom jeziku, koja se bavi antičkim grčkim pravom, *eisangelia* se najčešće prevodi kao *impeach-*

¹ U prevodu *epicheirotonia* znači glasanje, potvrđivanje izbora ili predloga, a *apochirotonia* znači izglasati da ne, svrgnuti. Ove dve procedure su bile povezane i pokretale su se u toku mandata dužnosnika. Nije u potpunosti jasna njihova uloga. Harison (*Harrison*) iznosi tezu da je *apochirotonia*, u suštini, predstavljala proceduru *eisangelia* i da je njena uloga prevashodno bila politička; Alick Robin Walsham Harison, *The Law of Athens - Procedure*, Oxford University Press, Oxford 1971, 59.

² Procedura *eutine* je imala dva dela – finansijski i deo pred eutinima. Finansijski deo procedure vodili su *logistai*, koji su imali rok od mesec dana da nakon okončanja nečijeg mandata ispituju finansijske izveštaje bivšeg magistrata. Za to vreme bivši magistrat nije smeo da napušta teritoriju Atike. Bez obzira na odluku koju donesu *logistai*, pozitivnu ili negativnu, pokreće se postupak pred dikastima (sudijama-porotnicima). Nakon ove finansijske istrage sledio je postupak pred deset eutina, koji su inače bili članovi veća Bule birani žrebom iz svake od deset triba. Sedište eutina bilo je na agori i bilo koji građanin ili metek mogao je u roku od tri dana da im podnese prijavu protiv lica koje je prošlo proceduru pred logistajima. Treba naglasiti da se prijava podnosila samo onom eutinu koji je poticao iz iste triba kao i optuženi. Ukoliko eutin smatra da su optužbe osnovane, u slučaju da se radi o privatnoj stvari, predaje tužbu lokalnim sudijama, a ukoliko se optužba tiče javnih stvari predaje je tesmotetima; Aristotel, *Ustav atinski*, prevod Petar Jevremović, Plato, Beograd 1997, 48.4-5; 54.2; Douglas MacDowell, *The law in Classical Athens*, Thames and Hudson LTD, London 1978, 170–171; Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, University of Oklahoma Press, Norman 1999, 222-3.

ment³ što vrlo lako može dovesti do toga da čitalac poistoveti jednu antičku proceduru sa procedurom angloameričkog pravnog sistema. Tačno je da obe reči imaju značenje priziva, međutim postoje ozbiljne razlike u ovim dvema procedurama koje se, pre svega, ogledaju u njihovom karakteru, nosiocima inicijative za njihovo pokretanje, političkom kontekstu, vremenskom razmaku od dva i po milenijuma, različitim uzrocima nastanka tih procedura i samih društava u kojima su ponikle. Možda je *denuntiation* prikladniji prevod reči *eisangelia* na engleski jezik, pošto je manje zbunjujući termin.

Postavlja se pitanje starosti ovog postupka. U *Ustavu atinskom* pojavljuje se reč *eisangelia* u delu koji se tiče delokruga Areopaga nakon Solonovih reformi,⁴ te neki autori smatraju da je Solon njegov inicijator. Hansen (*Hansen*), koji je posvetio čitavo jedno delo isključivo postupku *eisangelia*, ne isključuje mogućnost da je Solon možda doneo zakon o postupku *eisangelia* (*nomos eisangelitikos*), ali istovremeno iznosi jednu mogućnost koja, po njegovom mišljenju, ima više smisla – da je postupak *eisangelia* demokratska institucija koju je uveo Klisten 507. g. pre n. e. i da su od početka svi *eisangeliai* bili saslušavani ili pred skupštinom ili pred sudom.⁵

U zavisnosti od toga pred kojim organom se pokretao, postojale su dve vrste postupka *eisangelia*: *eisangelia eis ton demon*⁶ (pokreće se pred skupštinom) i *eisangelia eis ten boulen*⁷ (pokreće se pred većem Bule). Pored navedenog, razlika je postojala i u delima za koje se mogao pokrenuti postupak *eisangelia*, kao i u vrsti kazne koja bi sledila. Naime, postupak *eisangelia* pred skupštinom (skupštinska *eisangelia*) pokretao se u slučajevima dela koja su se mogla svrstati u ona koja mogu biti neposredno opasna po polis i mogao je biti pokretan i protiv običnih građana, političara i magistrata (uključujući i građane koji su ispunjavali neke javne obaveze) i za njih je odluka skupštine bila konačna⁸. Pred većem Bule, postupak *eisangelia* se pokretao uglavnom u slučajevima nedoličnog ponašanja ili zloupotrebe dužnosnika, bio je isključivo usmeren prema magistratima i presuda je bila preliminarnog karaktera.⁹ Ono što je karakteristično za obe vrste postupka *eisangelia* jeste da je

³ A.R.W. Harrison, 51; Stephen Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford Clarendon Press, Oxford 1995, 114.

⁴ Aristotel, 8.4.

⁵ Mogens Herman Hansen, *Eisangelia: the sovereignty of the people's court in Athens in the fourth century B.C. and the impeachment of generals and politicians*, Odense University Press, Odense 1975, 19.

⁶ Lisija 28.9, 29.2

⁷ Antifon 6.35.

⁸ M. Hansen (1975), 22. *Ibid.*

⁹ *Ibid.*; Edwin Carawan, "Eisangelia and Euthyna: the Trials of Miltiades, Themistocles and Cimon", *Greek, Roman and Byzantine Studies*, 28, 1987, 170.

veće Bule u oba postupka imalo aktivnu ulogu, pa je ponekad teško u izvorima tačno odrediti o kojoj vrsti je reč. Takođe, izvori pokazuju da su se vrste postupka *eisangelia* razlikovale i po tome ko je pokretao procedure. Postupak *eisangelia* su pred skupštinom pokretali uglavnom građani koji su se pojavljivali i kasnije pred sudom kao tužioci¹⁰, dok je pred većem Bule to najčešće činilo samo veće ili pojedinačni članovi *ex officio*, mada su je ponekad mogli pokrenuti i sami građani.¹¹ Takođe, ove dve vrste postupka *eisangelia* se razlikuju i prema vrsti izrečene kazne. Naime, veće Bule nije moglo da izrekne smrtnu kaznu bez presude demosa, odnosno skupštine,¹² dok je skupština imala tu moć. Ova razlika je, najverovatnije, uvedena iz razloga što se smatralo da o smrtnoj kazni treba da odlučuje čitav demos.

Upravo ta razlika u sankcionisanju možda je i dovela do podvajanja postupka *eisangelia*. Moguće je da je bilo isuviše komplikovano da se skupština saziva za svaki slučaj zloupotrebe funkcije ili primanja mita. Takođe, sazivanje skupštine je predstavljalo i finansijski izdatak. Nakon restauracije demokratije 403/402. g. pre n. e. uvedena je dnevnicarica i za članove skupštine¹³ (sredinom V veka pre n. e. Perikle je uveo plaćanje dnevnice za dikaste). Hansen je napravio okvirni godišnji proračun za plaćanje dnevnica članovima skupštine u Aristotelovo vreme, koji iznosi oko 45 talenata.¹⁴ Pored toga što je svako zasedanje skupštine bio finansijski izdatak za sam polis, ono je i članove skupštine odvajalo od svakodnevnih obaveza koje su, ipak, bile značajne za privredu samog polisa. Da je skupština odlučivala u svim slučajevima korupcije i izdaje, najverovatnije bi morala da zaseda tokom čitave godine.

Postupak *eisangelia* se vrlo često koristio u borbi političara te su njoj bili podvrgnuti i neki od najpoznatijih Atinjana tog vremena, poput Perikla, Kimona, Filokrata i Alkibijada.

a) *Eisangelia eis ton demon*

Postoji razlika u određivanju dela protiv kojih se upotrebljavao postupak *eisangelia* pred skupštinom u V veku pre n. e. i u IV veku pre n. e. Mekdauel (*MacDowell*) smatra da se postupak *eisangelia* u V veku pre n. e. koristio, putem zakona ili običaja, za procesuiranje raznovrsnih slučajeva izdaje i ateizma, kao i da se mogao koristiti i za neka druga dela koja nisu

¹⁰ M. Hansen (1975), 32.

¹¹ *Ibid.*

¹² E. Carawan, 169.

¹³ Aristotel 41.3.

¹⁴ M. Hansen (1999), 150; Jedan talenat je približne vrednosti današnjih 785.714 američkih dolara.

bila navedena u zakonu.¹⁵ Po njegovom mišljenju, u IV veku pre n. e. dolazi do sužavanja obima postupka *eisangelia* – na dela koja su tačno navedena u zakonu, odnosno poziva se na *nomos eisangelitikos* (νομος εισαγγελτικός) iz Hiperidovog govora u odbranu Eukseniposa. Datiranje ovog govora, kao najvažnijeg izvora za postupak *eisangelia* u IV veku pre n. e., izaziva dileme u stručnoj literaturi. Smatra se da je donet između 330. g. pre n. e. i 324. g. pre n. e.¹⁶, dok Mekdauel nije u potpunosti siguran u vezi sa datiranjem ovog zakona. On iznosi mogućnost da je u poslednjoj dekadi V veka pre n. e. postojao samo običaj o upotrebi postupka *eisangelia* za izdaju, a da je taj običaj zapisan tokom revizije i reinskripcije zakona 410–403. g. pre n. e.¹⁷ Zbog važnosti za proučavanje materije postupka *eisangelia* zakon će biti citiran na osnovu teksta koji se pominje u jednom Hiperidovom govoru:

U kojim slučajevima mislite, dakle, da je potrebno podneti prijavu (*eisangelias gignesthai*)? To ste već u pojedinostima propisali zakonom tako da je to svakome poznato. Ako neko, kaže zakon, pokuša da ugrozi vladavinu atinskog naroda! S pravom, gospodo porotnici. Jer takva optužba ne dopušta nikakvu sumnju ni sa čije strane, niti ma kakvu odgađajuću zakletvu,¹⁸ nego je takav slučaj potrebno najhitnije izneti pred sudije.

Ili, ako neko učestvuje u skupu čiji je cilj da ugrozi vladavinu naroda, ili oformi politički klub sa istim ciljem, ili ukoliko bi neko izdao neki grad, brod (i posadu), ili neke kopnene ili pomorske jedinice; ili ukoliko je govornik, govori suprotno interesima atinskog naroda i pri tom za to uzima novac (hremata lambanon).¹⁹ (Prevod I. V.)

Hansen i Mekdauel smatraju da Hiperid nije citirao u celosti zakon i da je izostavio deo koji se odnosi na primenu postupka *eisangelia* protiv svako- ga ko bi varao narod obećanjima, a koji se može pronaći u Demostenovom

¹⁵ D. MacDowell (1978), 184.

¹⁶ A. R. W. Harrison, 53; D. MacDowell (1978), 184-5.

¹⁷ D. MacDowell (1978), 185.

¹⁸ *Hypomosis* – odgađajuća zakletva kojom se morao zakleti protivnik novog zakona s namerom da ga pobije. Time bi se novi zakon, ako je već prihvaćen, obustavio, a ukoliko još nije, sam predlagač bi ga mogao povući.

¹⁹ Hiperid 4. 7-8; “ὕπερ τινῶν οὐν οἰεσθε δεῖν τὰς εἰσαγγελίας γίνεσθαι; τοῦτ’ ἦδη καθ’ ἕκαστον ἐν τῷ νόμῳ ἐγράψατε, ἵνα μὴ ἀγνοῆ μῆδεις: ‘εἴαν τις,’ φησί, ‘τὸν δῆμον τὸν Ἀθηναίων καταλύη;’ — εἰκότως, ὦ ἀνδρες δικασταί: ἡ γὰρ τοιαυτὴ αἰτία οὐ παραδέχεται σκηψὶν οὐδεμίαν οὐδενός οὐδ’ ὑπωμοσίαν, ἀλλὰ τὴν ταχίστην αὐτὴν δεῖ εἶναι ἐν τῷ δικαστηρίῳ: ἡ ‘συνὴ ποιεῖ ἐπὶ καταλύσει τοῦ δήμου ἡ εταιρικὸν συναγαγῆ, ἡ εἴαν τις πολὺν τινα προδώῃ ἡ ναυς ἡ πῆξιν ἡ ναυτικὴν στρατίαν, ἡ ῥητῶν ὧν μὴ λέγῃ τα ἀρίστα τῷ δήμῳ τῷ Ἀθηναίων χρηματὰ λαμβάνων.” Hyperides, *Minor Attic Orators in two volumes*, engleski prevod J. O. Burt, M. A. Cambridge, MA, Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd. 1962, <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Hyp.+4+7&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0139>, 20. mart 2017.

govoru protiv Timotheusa.²⁰ Karavan (*Carawan*) smatra da je ovaj dodatak postao deo zakona o postupku *eisangelia* u periodu između 411. i 405. g. pre n. e., jer se pre toga kažnjavanje retora koji su govorili protiv interesa naroda odvijalo po posebnim propisima predviđenim konkretno za ta dela.²¹

Na osnovu prethodno navedenog citata i dopune iz Demostenovog govora, sledi zaključak da se postupak *eisangelia* pred skupštinom koristio u slučajevima koji su mogli ugroziti opstanak samog polisa. Usled toga je postupak *eisangelia*, za razliku od tužbe *graphe*, bio izuzet od pravila da se tužilac koji ne uspe da dobije 1/5 glasova kažnjava novčanom kaznom od 1.000 drahmi i delimičnom atimijom (gubitkom građanskih prava) koja se ogledala u tome da se takvom licu zabrani podizanje te vrste tužbi.²² Ovo izuzimanje je imalo za cilj da se građani Atine podstaknu da prijave dela koja neposredno mogu ugroziti sam polis. Međutim, vremenom se ispostavilo da se postupak *eisangelia* značajno zloupotrebljavao, te je oko 330. g. pre n. e. ukinut privilegovani položaj ove vrste postupka čime je on postao sličan tužbi *graphe*,²³ s tim da nije uvedena kazna atimije za neuspehu tužbu,²⁴ već samo novčana kazna u iznosu od 1.000 drahmi.²⁵

Postupak *eisangelia* je bio obavezna tema u rasporedu rada skupštine, jednom u svakoj pritaniji.²⁶ Svaki građanin je mogao da podnese prijavu na glavnom zasedanju pritana koje se naziva *ekklesia kyria*.²⁷ Prijava se nakon debate uobličavala u predlog dekreta u kojem se navodilo ime osobe protiv koje je pokrenut postupak *eisangelia*, dela za koja se optužuje, delovi zakona pod kojim je optužen, a ponekad se predlagala i kazna.²⁸ Pre 355. g. pre n. e. predlog je morao sadržavati i odluku da li će postupak biti prepušten helile-

²⁰ Demosten 49.67; M. Hansen (1999), 213; D. MacDowell (1978), 185.

²¹ E. Carawan, 173.

²² S. Todd, 114.

²³ *Ibid.*, 114; Tužba *graphe* se vrlo često prevodi kao „javna tužba“, a tužba *dike* kao „privatna tužba“. Međutim, upotreba termina „javna tužba“ može dovesti do pomisli da je u atičkom pravu postojala podela na javno i privatno pravo, što nije tačno. Atinjanima je ta vrsta podele bila nepoznata. Ono što se sa današnje tačke gledišta posmatra kao javno pravo, „za punopravnog Atinjanina je bila i njegova privatna stvar“. Tužbu *graphe* je mogao podići bilo koji punopravni atinski građanin, ali ne samo za dela koja se sa današnje tačke gledišta tiču javnog prava, već i za dela za koja se danas smatra da imaju isključivo privatno-pravni karakter (poput *graphe* protiv neženja ili *graphe* za preljubu); Sima Avramović, „O podeli na javno i privatno pravo u grčkim polisima“ *Anali PFB* 1982/5, 821–826.

²⁴ A.R.W. Harrison, 1971, 51.

²⁵ D. MacDowell (1978), 186.

²⁶ M. Hansen (1999), 214; Aristogeiton je kažnjen kaznom od 1.000 drahmi zbog odustajanja od procedure *eisangelia*. Pošto nije bio u mogućnosti da plati kaznu, udvostručen mu je dug i postao je državni dužnik što je za sobom povlačilo privremenu trajnu atimiju; M. Hansen (1975), 107.

²⁷ Aristotel 43.4

²⁸ M. Hansen (1999), 214.

ji (sudu) ili će se voditi pred skupštinom.²⁹ Naime, u periodu između 362. g. pre n. e. i 355. g. pre n. e. došlo je do reforme zakona o postupku *eisangelia*, kojom je proglašeno da se suđenje u postupku *eisangelia eis ton demon* mora voditi pred helilejom.³⁰ Do tog doba bilo je moguće da i skupština donosi presudu, ali je to bilo u slučajevima dela koja se mogu okvalifikovati kao izdaja. Moguće je da su razlozi reforme postupka *eisangelia eis ton demon* bili i ekonomskog karaktera. Naime, procena je da je suđenje pred skupštinom u ovoj vrsti postupka koštalo jedan talenat, a pred helilejom između 750 i 250 drahmi.³¹ Ukoliko se prijava podnosila na redovnim sastancima skupštine, bila je potrebna *probouleuma* veća Bule kako bi se prijava stavila u raspored zasedanja skupštine.³² Hansen navodi da je u periodu od 492. g. pre n. e. do 322. g. pre n. e. održano 130 postupaka *eisangelia eis ton demon*, od kojih je 60 bilo pokrenuto protiv građana i meteka, 34 protiv generala (s tim da je u jednom slučaju postupak *eisangelia* bio pokrenut kolektivno, protiv osam generala), 10 protiv magistrata, devet protiv građana koji su obavljali neku dužnost (poput trijerarha) i 17 protiv retora (govornika) u skupštini.³³ Slučajevi koji navode postupak *eisangelia* protiv retora – svega se u tri eksplicitno navodi reč *rethores*³⁴, dok se u ostalima iz konteksta može zaključiti da se radi o njima. U periodu od 432. g. pre n. e. do 355. g. pre n. e. izvori daju podatak o pokretanju postupka *eisangelia* protiv 33 generala (s tim da je protiv jednog generala postupak bio pokrenut čak tri puta)³⁵, devet protiv drugih magistrata ili građana koji su imali neke javne dužnosti i sedam protiv retora.³⁶ Interesantno je da izvori najčešće kao razloge pokretanja priziva protiv generala navode korupciju i izdaju.³⁷ Takođe, bitno je napomenuti da se ova vrsta procedure mogla pokrenuti protiv više lica u istom postupku.

b) *Eisangelia eis ten boulen*

Iako se *nomos eisangelitikos* vezuje za postupak *eisangelia eis ton demon*, Hansenov stav je da je ovaj zakon obuhvatao i postupak *eisangelia eis ten boulen*.³⁸ Postoje, međutim, značajne razlike u načinu njihovog izvođenja. Za razliku od postupka *eisangelia eis ton demon*, odluka veća Bule u postupku

²⁹ *Ibid.*, 214.

³⁰ *Ibid.*, 159.

³¹ *Ibid.*.

³² *Ibid.*, 214.

³³ M. Hansen (1999), 216; M. Hansen (1975), 58.

³⁴ M. Hansen (1975), 58–59.

³⁵ *Ibid.*, 60.

³⁶ *Ibid.*, 59.

³⁷ M. Hansen (1999), 217.

³⁸ M. Hansen (1975), 14.

eisangelia eis ten boulen je bila ograničena. U *Ustavu atinskom* se navodi da je veće Bule u većini slučajeva sudilo činovnicima, naročito onima koji se bave novcem, ali da presuda nije bila pravosnažna, već je zavisila od sudske presude.³⁹ Pravo na pokretanje postupka *eisangelia eis ten boulen* imali su i obični građani ukoliko su sumnjali da se neki magistrat ne drži zakona.⁴⁰ Međutim, Demosten u svom govoru *Protiv Evergusa i Mnesibulsa* navodi podatak da je Veće moglo da izrekne kazne u iznosu od 500 drahmi⁴¹ čime je, u tom slučaju, presuda bila konačna. Ukoliko su članovi veća Bule smatrali da kazna treba da bude teža ili se optuženi žalio na presudu – postupak se prepuštao sudu, odnosno presuda je u ovakvim slučajevima bila preliminarnog karaktera.⁴²

Mekdael smatra da je veće Bule pored slučajeva u vezi sa vršenjem dužnosti magistrata moglo da raspravlja i o prizivu u slučajevima izdaje, s tim da je moralo dobiti potvrdu skupštine da može da pokrene postupak u tačno određenom slučaju.⁴³ Postupak *eisangelia eis ten boulen* je, s jedne strane, bio ograničen u odnosu na priziv pred skupštinom zato što se odnosio samo na magistratu, ali je, sa druge strane, bio u prednosti, pošto je obuhvatao sve prestupe koji bi ti magistrati počinili. Hansen u svom katalogu poznatih postupaka *eisangelia* navodi svega 14 postupaka *eisangelia eis ten boulen*, dok je čak 130 vođeno pred skupštinom.⁴⁴ Razlog znatno većeg broja slučajeva priziva pred skupštinom može biti u činjenici da je u njenom radu učestvovalo 6.000 građana, a u radu veća svega 500. Takođe, postupak priziva pred skupštinom je obuhvatao mnogo veći broj dela, što je samim tim povlačilo sa sobom i veću mogućnost podizanja priziva.

Međutim, postoji jedan izuzetak u ovoj vrsti priziva – protiv koga se on može podići. Naime, već pomenuti Isokratov govor *Antidosis* navodi da se protiv sikofanta može pokrenuti postupak priziva pred Većem.⁴⁵ Sikofanti su predstavljali profesionalne potkazivače u klasičnoj Atini, koji su kao atinski građani iskorišćavali svoje pravo podizanja tužbe *graphe*. Oni su to pravo najčešće koristili u slučajevima pokretanja postupka konfiskacije imovine (*apographe*)⁴⁶ protiv državnih dužnika. Njihove namere nisu bile moralne već

³⁹ Aristotel 45.

⁴⁰ Aristotel, 45.3.; u originalnom tekstu stoji *tois idiotais eisangellein*.

⁴¹ Demosten 47. 43.

⁴² M. Hansen (1975), 26; Aristotel 45.2.

⁴³ D. MacDowell (1983), 63.

⁴⁴ Hansen za neke slučajeve, zbog nedostatka podataka, samo pretpostavlja da su predstavljali procedure *eisangelia* pred skupštinom.

⁴⁵ Isokrat 15.314.

⁴⁶ *Apographe* (ἀπογραφή) istovremeno označava spisak imovine koja treba da se konfiskuje i samu

materijalne prirode pošto bi nakon uspešnog okončanja tužbe dobijali 3/4 iznosa koji je država ostvarila prodajom konfiskovane imovine.⁴⁷ Zbog moguće zloupotrebe ove procedure uvedena je kazna od hiljadu drahmi i zabrana podizanja tužbi (delimična atimija) za one tužioce koji su dobijali manje od 1/5 glasova.⁴⁸ Zbog ovih odlika sikofanti se nikako nisu mogli smatrati magistratima pošto oni nisu obavljali nikakvu zvaničnu dužnost, već je njihovo zanimanje bilo isključivo dobrovoljno, ali i nezakonito i nečasno.

Dela koja su obuhvaćena postupkom *eisangelia*

U već pomenutom Hansenovom delu, koje možda predstavlja dosad najsystematičniji pregled postupka *eisangelia*, može se uočiti da su najčešća dela zbog kojih je postupak pokretan izdaja (31 slučaj), mito i korupcija (16), pronevera (9), bezbožništvo (više od 40), zavere i pokušaj zbacivanja demokratije (10). Pored ovih dela postoje pojedinačni slučajevi pokretanja postupka zbog špijunaže, lažne prijave, nepoštovanja javnih vlasti, dezertstva, neispunjavanja dužnosti trijerarha, zavođenja naroda, prekoračenja nadležnosti, protivzakonitog predloga i kršenja ugovora. Interesantan podatak je i da su neka lica bila optuživana u istom postupku *eisangelia* za različita dela, a najčešće se zajedno spominju izdaja i korupcija.

Možda su najpoznatiji slučajevi upotrebe ovog postupka bili sknavljenje Hermi i Eleusinskih misterija 416. g. pre n. e. i slučaj stratega nakon bitke kod Arginuskih ostrva 406. g. pre n. e. Čak tri postupka *eisangelia*, kojima je bilo obuhvaćeno više od 40 ljudi, pokrenuto je u slučaju sknavljenja Hermi i Eleusinskih misterija. Najpoznatija osoba u ovom antičkom skandalu je Alkibijad. Pozadina ovog slučaja je bila pre svega politička. Naime, Alkibijad je bio najveći zagovornik pokretanja Sicilijanske ekspedicije 415. g. pre n. e. Neposredno pred samo isplovljavanje ekspedicije, otkriveno je da je nekoliko kipova boga Hermesa (zaštitnika trgovaca i putnika) obezglavljeno.⁴⁹ To je smatrano lošim znakom za samu ekspediciju. U toku ispitivanja ovog

proceduru konfiskacije imovine. Kao procedura, *apographe* je u suštini obuhvatala tri vrste konfiskacije: a) konfiskaciju imovine lica koja su pogubljena ili lišena građanskih prava; b) konfiskaciju imovine državnih dužnika i c) konfiskaciju imovine lica koja drže u posedu javnu svojinu; Robin Osborne, *Athens and Athenian Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge; New York 2010, 178.; Ova vrsta procedure se najčešće pokretala protiv državnih dužnika.

⁴⁷ D. MacDowell (1978), 166.

⁴⁸ Demosten 53. 1; Zabrana podizanja tužbi predstavlja delimično ograničavanje građanskih prava tj. delimičnu atimiju.

⁴⁹ Tukidid, *Peloponeski rat*, prevod Dušanka Obradović. Admiral Books, Beograd 2010, 6.27.

slučaja pojavile su se informacije da su iz obesti neki pijani mladići izvodili po kućama obred Eleusinskih misterija, što je smatrano bezbožništvom.⁵⁰ Optuženi su Alkibijad i njegovi prijatelji. Uprkos tome što je Alkibijad tražio da se pokrene proces protiv njega pre isplovljavanja ekspedicije, to nije učinjeno iz straha da će vojska stati na njegovu stranu.⁵¹ Međutim, po njegovom odlasku ipak je odlučeno da se postupak pokrene i naređeno je Alkibijadu da se vrati. Pri povratku, Alkibijad je odlučio da promeni kurs i iskrcao se u Spartu. Tako je jedan od najznačajnijih Atinjana s kraja V veka pre n. e. izdao sopstveni polis.

U slučaju generala bitke kod Arginuskih ostrva, čitav odbor stratega (njih osam) zajedno je optužen uprkos pobjedi u bici. Naime, optužnica ih je teretila da nisu pružili pomoć mornarima koji su se našli u moru i da su zbog toga odgovorni za smrt više od 2.000 lica.⁵² Ovaj proces je odlikovala velika brzina kako u samom pokretanju postupka, tako i u donošenju smrtnog presude. Posledica ovakve odluke bila je da je atinska flota ostala bez vođstva i već naredne godine se usled toga dogodio jedan od najvećih poraza Atine u Peloponeskom ratu – u bici kod Egospotama koja je suštinski i odlučila ishod rata.⁵³

Kažnjavanje u postupku *eisangelia*

Izricanje kazne u postupku *eisangelia* je bilo *agon timetos*, što znači da je u slučaju kad je neko proglašen krivim porota birala između kazni koje su predložili optuženi i tužilac.⁵⁴ Za moderno poimanje penologije, kažnjavanje u postupku *eisangelia* je bilo poprilično strogo. Naime, u periodu 432–355. g. pre n. e. izrečene su a najverovatnije i izvršene 42 smrtnih kazni, dok je *in absentia* izrečeno 44 smrtnih kazni.⁵⁵ Ovako velika brojka *in absentia* smrtnih kazni može upućivati na činjenicu da su optuženi bili svesni kakva im kazna sledi, pa su se odlučili na samoprogonstvo. Pored smrtnih kazni konfiskacija imovine je bila izrečena 66 puta, visoka novčana kazna sedam puta, zabrana sahranjivanja na tlu Atike šest puta, rušenje doma pet puta, nasledna atimija četiri

⁵⁰ *Ibid.*, 6.28.

⁵¹ *Ibid.*, 6.29.

⁵² Ivan Jordović, *Stari Grci – portret jednog naroda*, Zavod za udžbenike, Beograd 2011, 350.

⁵³ *Ibid.*, 351.

⁵⁴ M. Hansen (1999), 215.

⁵⁵ Ove brojke nisu u potpunosti precizne pošto se u nekim slučajevima priziva navodi da je on pokretan protiv više lica, ali se ne navodi niti broj niti imena tih lica. Stoga se ovi rezultati mogu uzimati samo kao relativni, a ne kao apsolutni.

puta, zapisivanje imena osuđenih na steli četiri puta, pritvor dva puta i pojedinačni slučajevi vađenja iz groba⁵⁶ i bacanja kletvi.⁵⁷ Oslobođajuća presuda je izrečena 13 puta, a za 23 slučaja se ne znaju ili ishod ili detalji samog spora.⁵⁸

Kazne su u većini slučajeva bili izricane kumulativno, a najčešće su zajedno izricane smrtna kazna i konfiskacija imovine.⁵⁹ Međutim, ima primera da se pored ove dve kazne izricala i kazna rušenja doma koja je imala i religijski karakter, pošto bi se tim činom uništio ne samo *oikos* prestupnika, već i kultovi njegovih predaka, kao i zabrana sahranjivanja na tlu Atike.⁶⁰ Najveći broj kazni u jednoj presudi je izrečen Antifonu i Arheptolemusu 411/410. g. pre n. e. Njihova presuda je glasila:

„Arheptolemus, Hipodamusov sin, Argilijanac i Antifon, Sofilusov sin, Ramnuzijanas, obojica prisutni na sudu, osuđeni su za izdaju. Ovo je bila njihova kazna: biće predati jedanaestorici egzekutora, imovina će im biti konfiskovana, desetina od konfiskovanog žrtvovala se Minervi (Atini); njihove kuće će se srazniti sa zemljom i na mestu na kojem su stajale biće u mesingu ugravirano – (kuće) Arheptolemusa i Antifona izdajnika. Niti Arheptolemus niti Antifon neće biti sahranjeni u Atini, niti igde gde Atina vlada. I pored toga, njihovo potomstvo će biti atimisano (*atimon*), i vanbračna deca (*nothoi*)⁶¹ i zakonita i svako ko usvoji njihovo potomstvo biće *atimos* (*atimous esto*). I sve to će biti udubljeno i ugravirano na mesinganom stubu...“⁶² (prevod sa engleskog I.V.)

Kao što je već navedeno, lica protiv kojih je najčešće pokretan postupak *eisangelia* bila su stratezi. U poznatih 35 slučajeva priziva stratega, u pet slučajeva je izrečena oslobođajuća presuda, a za tri slučaja se ne zna ishod.⁶³ Iz ove računice proizlazi da su stratezi bili osuđeni u 27 slučaja, i to devet puta smrtnom kaznom, koja je i izvršena, 10 puta smrtnom kaznom *in absentia*, šest puta novčanom kaznom, a za dva slučaja se ne može sa sigurnošću

⁵⁶ Ovaj slučaj je jedinstven. Naime, Kritija je pokrenuo postupak *eisangelia* protiv preminulog Frinihosa zbog izdaje. Kazna je bila vađenje iz groba i ostavljanje tela van teritorije Atike, zatim mu je konfiskovana imovina i kuća mu je sraznjena sa zemljom; M. Hansen (1975), 82.

⁵⁷ *Ibid.*, 66–120.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Lisija 29.2; Demosten 19. 180, 49.10; Najveći broj osuđenih istovremeno na smrtnu kaznu i konfiskaciju imovine bio je u slučaju uništavanja Hermi i sknavljenja Eleusinskih misterija 416/415. g. pre n. e.

⁶⁰ Temistokle je 467/466. g. pre n. e. osuđen na smrt *in absentia*, konfiskaciju imovine i zabranu sahranjivanja na tlu Atike, a moguće je da mu je izrečena i nasledna atimija. M. Hansen (1975), 70.

⁶¹ Ova presuda je jedinstvena i po tome što se samo u njoj predviđa kazna atimije i za vanbračnu decu.

⁶² Plutarh, Antifon 834A; Plutarch, *Plutarch's Morals*, engleski prevod William W. Goodwin, PH. D. Boston. Little, Brown, and Company. Cambridge. Press Of John Wilson and son. 1874. 5. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3atext%3a2008.01.0346>, 16. jun 2017.

⁶³ M. Hansen (1975), 63–64.

reći da li je izrečena smrtna ili novčana kazna.⁶⁴ Interesantan je podatak da je istovremeno u ovom periodu 24 stratega (od toga 21 za vreme Peloponeskog rata) izgubilo život u bitkama ili ih je neprijatelj zarobio i pogubio.⁶⁵ Kada se uporede ove brojke, može se zaključiti da su Atinjani bili izuzetno strogi prema svojim vojnim predvodnicama i da je dužnost stratega bila izuzetno raskantna. Većina stratega je optuživana ili za izdaju ili za korupciju (ponekad i za oba dela istovremeno), nakon neuspešnih vojnih pohoda. Stiče se utisak da su Atinjani bili skloniji da odgovornost za vojne neuspehe prebace na stratege, nego da prihvate neka druga objašnjenja za njih, poput vremenskih okolnosti, neprijateljeve dominacije ili nekih drugih objektivnih okolnosti. Takođe se može uočiti da su smrtno kazne zbog korupcije u proceduri *eisangelia* bile izricane uglavnom u slučajevima kada je radnjama optuženih ugrožen opstanak samog polisa. Izuzetno je značajno da je smrtna kazna bila predviđena i za podmićene retore koji su svojim govorom članove skupštine naveli da donesu odluku suprotno interesima polisa. Ova praksa govori o tome da *isegoria* nije bila apsolutna, već je sa sobom povlačila određenu odgovornost.

Novčana kazna je po jedanput izrečena na iznos na 100 talenata⁶⁶, 50 talenata⁶⁷, 15 talenata⁶⁸ i pet talenata⁶⁹. Za osam slučajeva se ne zna visina kazne, ali se može naslutiti da je bila visoka.⁷⁰ Visoki iznosi novčanih kazni su najčešće doveli do nemogućnosti isplate, pa su osuđeni automatski postajali državni dužnici što je za sobom povlačilo naslednu privremenu atimiju i konfiskaciju imovine. Atimija je za sobom povlačila zabranu pristupa javnim i religijskim institucijama tog doba (poput agore, hramova, suda), što je imalo za cilj da se prestupnik izoluje iz zajednice. Vrlo je moguće da su ovako visoke novčane kazne bile izricane i kao neki vid prevencije kako bi odvratile potencijalne počinioc, jer su posledice njihovih neisplaćivanja dovodile

⁶⁴ *Ibid.*, 64.

⁶⁵ *Ibid.*, 64.

⁶⁶ Aristofon je pokrenuo priziv protiv Timoteusa koji je bio član veća generala 356/355. g. pre n. e. Timoteus je optužen da je primio mito od Hijana i Rodošana i u procesu koji se vodio pred sudom kažnjen je novčanom kaznom u visini od 100 talenata. Pošto nije bio u mogućnosti da plati, pobjegao je iz polisa; *Ibid.*, 101.

⁶⁷ Militijad, član veća stratega 490/89. g. pre n.e. je nakon poraza kod Parosa denunciran i kažnjen kaznom od 50 talenata. Pošto nije bio u mogućnosti da isplati kaznu, pritvoren je i preminuo je u zatvoru zbog komplikacija nastalih usled ranjavanja u bici; *Ibid.*, 69.

⁶⁸ Protiv Perikla je bio pokrenut postupak *eisangelia* dok je bio član veća generala 430/429. g. pre n. e. Osuđen je zbog pronevere državnog novca i najverovatnije je platio 15, a možda i 50 talenata. Ovaj priziv je najverovatnije bio pokrenut pred skupštinom i postoje podaci da je u suđenju učestvovalo 1.500 dikasta; Tukidid II, 65.3, Plutarh Perikle 35.4; M. Hansen (1975), 71.

⁶⁹ Demosten 23.167.

⁷⁰ Demosten 19.180.

u pitanje i opstanak čitavog *oikosa* koji je predstavljao osnovnu ćeliju atinskog društva.

Nasledna atimija je izrečena četiri puta i to u slučajevima izdaje. Cilj ove kazne bio je da *oikos* prestupnika nestane, na šta upućuje presuda protiv Antifona i Arheptolemusa, jer su potomci takvih lica bili trajno atimisani i nije bilo mogućnosti da se atimija ukine.

Zabrana sahranjivanja je bila pre svega kazna religijskog karaktera, koja je za posledicu imala da potomci okrivljenog ne mogu da brinu o kultu preminulog. Ova kazna je bila jedna od najtežih za atinske građane. Njome se pokazivalo da osuđeno lice nije dostojno ni sahranjivanja na tlu svog polisa. Time bi ono i u zagrobnom životu bilo prognano iz svoje otadžbine. Sličnu ulogu je imala i kazna rušenja doma. Naime, *oikos* je predstavljao osnovnu ćeliju atinskog društva. On je u sebi sadržao i materijalni i religijski momenat. Naime, u svakom *oikosu* je postojao kult predaka koji su ukućani poštovali i na taj način bi se život preminulog nastavljao i posle smrti. Rušenjem doma taj kult bi se prekidao. Inače, jedna od osnovnih dužnosti svakog Atinjanina, pored plaćanja poreza i vojne službe, bila je briga o porodičnim kultovima.⁷¹

Zaključak

Eisangelia je kao procedura opoziva vrlo često korišćena u atinskom polisu, naročito u IV veku pre n. e. Naime, u V veku pre n. e. procedura *eisangelia* je bila pokrenuta 23 puta protiv 83 lica, dok je u IV veku pre n. e. pokrenuta 58 puta protiv 70 lica.⁷² Ova disproporcija u broju pokrenutih postupaka i broju optuženih lica u V veku pre n. e. leži u tome što su tri procedure opoziva u slučaju sknavljenja Hermi i Eleusinskih misterija obuhvatile više od 40 osoba, a u proceduri protiv stratega nakon bitke kod Arginusa osam osoba. Znači, procedura *eisangelia* je u V veku pre n. e. obuhvatila više osoba protiv kojih se pokretala u odnosu na broj procedura, ali se u IV veku pre n. e. ona češće upotrebljavala. Moguće je da jedan od najznačajnijih razloga za njenu češću upotrebu u ovom periodu leži u istorijskim okolnostima. Naime, atinski polis je krajem V veka pre n. e. prošao veliku krizu koja je bila uslovljena tokom Peloponeskog rata (431–404. g. pre n. e.). Nakon neuspešne sicilijanske ekspedicije 413. g. pre n. e., u Atini je u dva navrata ukinuto demokratsko uređenje te uspostavljena oligarhija (411.

⁷¹ Dinarh 2.17-18.

⁷² M. Hansen (1975), 69–120.

g. pre n. e. i 404. g. pre n. e.). Ovi režimi su, međutim, bili kratkog daha i već 403. g. pre n. e. Atina opet uvodi demokratiju. Možda se baš zbog tog iskustva i poraza u Peloponeskom ratu u atinskom društvu javila bojazan da se neke greške iz prošlosti ne ponove, pa se zbog toga procedura *eisangelia* počela više koristiti. Kao što je već naglašeno u radu, ova procedura se najčešće upotrebljavala protiv stratega i retora, a najčešće kazne koje su bile izricane su smrtna kazna, konfiskacija imovine, novčana kazna, a pored njih je još značajno napomenuti kazne nasledne atimije, zabrane sahranjivanja na tlu Atike i rušenja doma. Ovako stroge kazne govore o tome da je u Atini rano razvijena svest o odgovornosti dužnosnika, uprkos laičkom državnom aparatu. Status građanina je sa sobom nosio mnoge privilegije koje su bile uskraćene metecima i robovima, ali i mnoge obaveze. Učestvovanje u radu državnih organa predstavljalo je dužnost svakog punoletnog Atinjanina, ali je to istovremeno povlačilo za sobom i veliku odgovornost. Ukoliko neko svojim nečasnim ili neodgovornim postupanjem u toku svoje dužnosti ugrozi sam polis, protiv njega bi se pokretala procedura *eisangelia* koja je, kao što je već napomenuto, mogla da ima fatalne posledice. Za razliku od modernog angloameričkog „impičmenta“, koji kao najstrožu kaznu može izreći opoziv i zatvorsku kaznu, atinski „impičment“ je bio stroži jer je i vreme u kojem je uspostavljen bilo turbulentno za sam atinski polis.

Ivana Vrkatić, Teaching Assistant
Faculty of Legal and Business Studies “Dr Lazar Vrkatić”, Novi Sad

EISANGELIA – IMPEACHMENT PROCEDURE IN CLASSICAL ATHENS

Conclusion

Eisangelia was often utilised as a form of prosecution in the Athenian polis, especially in the fourth century B.C. Namely, in the fifth century B.C. *Eisangelia* had been executed 23 times upon 83 persons, while in the fourth century B.C. *Eisangelia* had been executed 58 times upon 70 persons. The reason for the disproportion in the amount of initiated *Eisangeliae* and number of accused persons in the fifth century B.C. is because three *Eisangelia* procedures that were initiated because of the desecration of the Hermi and Eleusian mysteries covered over 40 persons, and because the *Eisangelia* process against the strategists of the battle at Argusine covered 8 persons. Therefore, fifth century *Eisangelia* covered more accused persons than there were procedures, but it was more often practiced in the fourth century B.C. It is possible that one of the most important reasons for its common practice in this period lies in historical circumstances. Namely, the Athenian polis suffered a great crisis which was induced by the Peloponnesian war in the fifth century B.C. (431-404 B.C.). After the unsuccessful Sicilian expedition in 413. B.C., democracy had been replaced twice and was replaced by an oligarchy (411 B.C. and 404 B.C.). However, these regimes were short-lived and Athens reinstated democracy in 403 B.C. Maybe it is because of this experience and their defeat in the Peloponnesian war that they feared not to repeat mistakes from the past in the Athenian society, that *Eisangelia* found increased use. As was previously emphasised in this paper, this procedure was in most cases used against strategists and rhetoricians, and the most issued punishments were the death penalty, the confiscation of property, monetary fine, and other than these it is worth of mentioning the punishments of inheritable *Atimia*, the prohibition of a burial on the Attican peninsula and the destruction of the accused's home. Punishments as harsh as these tell of the fact that there was an early developed sense of the responsibility of officials, despite the laic state apparatus. The status of citizen carried many privileges that were taken away from sla-

ves, but also carried many civil duties. The participation in the works of state organs was the duty of every adult Athenian, but this also carried a great responsibility. If someone were to endanger the polis with his or her dishonorable or irresponsible actions during his or her duty, said person would suffer the eisangelia process, which could, previously mentioned, have fatal consequences. Unlike anglo-american impeachment which as the harshest punishment can mean removal from office and jail time, Athenian „impeachment“ was much more severe, because the time period in which it was utilised was difficult for the Athenian polis itself.

Key words: *classical Athens, impeachment, eisangelia, treason, corruption, death penalty.*

ЗНАЧАЈ И УЛОГА УНУТРАШЊЕ КОНТРОЛЕ ПОЛИЦИЈЕ КАО ГАРАНТА СЛОБОДЕ И БЕЗБЕДНОСТИ У ПРАВНОЈ ДРЖАВИ

*Дарко Бикаревић, мср**

Апстракт: Правна држава је демократска творевина која се заснива на правној сигурности и владавини права и представља такав облик државе у којој су сви субјекти обавезани правом, односно у којој постоји омнипотенција права. Дакле, правна држава постоји када у свом правном систему обезбеди владавину начела легалитета, где се подразумева да у њој влада право, а не сила.

Ипак, и правна држава мора у, подразумева се, законом предвиђеним случајевима употребити апарат принуде – полицију, како би обезбедила, парадоксално речено, слободу и безбедност својим грађанима.

Међутим, понекад се и полиција приликом обављања својих послова и задатака налази у инкриминисаном пољу, тј. неке њене активности приликом примене овлашћења стичу обележја недозвољених радњи.

Смисао писања овог рада аутор налази у потреби преиспитивања доприноса који интерни систем контроле МУП-а Републике Србије пружа на плану остварења правне државе, јер је контрола полиције управо један од најважнијих критеријума за процењивање мере у којој неко друштво почива на принципима правне државе.

Указаће се на легислативне механизме унутрашње контроле полиције, првог, који је институционализован у Сектору унутрашње контроле, и другог, који се спроводи кроз контролу рада полиције путем решавања притужби, и анализираће се њихови домети и капацитети на пољу подршке владавине права.

Тежња аутора је да се укаже на значај и улогу контроле рада полиције, као органа државне управе који располаже монополом при-

* Одред Жандармерије у Новом Саду.

нуде на легалну употребу силе, којим се могу повредити права и слободе грађана и нарушити једно од основних начела правне државе, начело легалитета.

Такође, аутор ће настојати да са проблемски оријентисаног аспекта сагледа наведене форме контроле, како са позиције носиоца контроле, тако и са позиције грађанина, а све у циљу побољшања ефикасности ових сегмената контроле и давању доприноса на побољшању функционисања правне државе.

Кључне речи: *правна држава, владавина права, полиција, унутрашња контрола, законитост.*

Увод

Полиција као орган државне управе извршава веома сложене и захтевне безбедносне послове и задатке безбедносне заштите имовине, спречавања, откривања и осветљавања кривичних дела, прекршаја и других деликата, безбедносне заштите живота, права и слобода и личног интегритета грађана, као и друге задатке утврђене позитивним прописима.

Током обављања све комплекснијих и одговорнијих безбедносних послова и задатака, полиција примењује разноврсна овлашћења, у различитим окружењима и под утицајем многих фактора, који олакшавају или отежавају њихову примену.

Овлашћења којима полиција располаже требало би да служе и искључиво су намењена остварењу безбедности грађана и заштити њихових права и слобода зајамчених уставним нормама. Начелно, повремено постоји могућност да полиција и њени припадници прекораче или чак злоупотребе полицијска овлашћења, па с тим у вези и наруше једнакост грађана пред законом, када долази до повреде људских права и грађанских слобода и нарушавања вредности правне државе.

Један од модалитета да се повећа ниво законитости, професионалности и одговорности полицијских службеника, јесте контрола њиховог рада.

Стога је контрола рада државних органа, а посебно полиције, важна ради даље афирмације владавине права, изградње савременог демократског друштва и заштите универзалних вредности. С друге стране, контрола рада државних органа (принуде) је веома важна са становишта заштите угледа државе, носилаца државних функција и извршилаца ових послова.¹

¹ Никач, Ж., *Концепт полиције у заједници и почетна искуства у Србији*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2012, стр. 39.

Доследна примена принципа законитости у раду полиције обезбеђује равнотежу између њених овлашћења и слобода, с једне стране, и права човека и грађанина, с друге стране. Дакле, законитост треба да обезбеди да полиција примењује овлашћења ради заштите безбедности људи и остваривања њихових слобода и права, а истовремено и заштиту тих слобода и права од евентуалних прекорачења овлашћења и злоупотреба полиције.²

У правној држави сила мора да буде у служби права, јер ако је право у служби силе, не може се говорити о правној држави³ и управо је то разлог зашто се посебна пажња треба посветити контроли оних који располажу монополом силе.

Из наведеног проистиче да контрола рада полиције представља најважнији аспект проблема односа полиције према заштити људских права у правној држави, те јој се из наведеног разлога и даје централна позиција у предметном раду.

Циљ писања рада огледа се у намери да се укаже на легислативно одређење унутрашње контроле полиције у Р. Србији, са приказом њених резултата на пољу заштите права и слобода грађана, а што свакако доприноси остварењу слободе и безбедности у правној држави.

Легислативно одређење и значај унутрашње контроле полиције

Као једно од кључних начела владавине права, начело законитости захтева утемељеност поступака државних органа власти у закону, што свакако важи и за полицију.⁴ Законитост рада полиције и уопште управе основни је елемент појма правне државе.⁵

² Видети више у: Васиљевић, Д., Вукашиновић-Радојичић, З., *Полиција (управа) између поштовања принципа законитости као нужности и његовог кршења као изазова*, Зборник радова „Право и форензика у криминалистици“, други научни скуп са међународним учешћем, Крагујевац 15–17. септембар 2010, КПА, Београд, 2010, стр. 49–59.

³ Стајић, Љ., Гађиновић, Р., *Увод у студије безбедности*, Библиотека Стручна књига, Београд, 2007, стр. 78.

⁴ Зековица, Р., *Улога полиције у демократском друштву и реформа полиције у Србији – случај ПУ Београд*, Тематски зборник радова „Полиција у функцији заштите људских права“, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2011, стр. 30.

⁵ О схватањима појма правне државе видети: Васиљевић Д., „Правна држава и савремена управа“, *Наука, безбедност, полиција*, год. XIII, бр. 2, Београд, 2008, стр. 21–38.

Механизми унутрашње контроле обезбеђују спровођење службених мера и закона на ефикасан, професионалан и законит начин.⁶

Најзначајнији показатељ правне државе јесте принцип законитости. Природа безбедности наметнула је потребу да се она уреди и правно, како би се уклонила или свела на минимум арбитрарност државних органа када одлучују о правима, интересима или обавезама грађана.⁷

Предмет пажње унутрашње контроле је *испитивање и оцена законитости рада полиције*, пре свега у погледу поштовања и заштите људских права и грађанских слобода.⁸

То даље имплицира закључак да контрола законитости у раду полиције има преваходно за циљ да се њеном применом спречи извршење или, у случају њихове појаве, да се процесуира сваки вид прекорачења или злоупотребе полицијских овлашћења.

У Републици Србији, унутрашња контрола рада полиције реализује се кроз деловање Сектора унутрашње контроле, као институционалног облика контроле, и путем спровођења поступака по притужбама грађана, а што је дефинисано Законом о полицији.

У правној држави полиција штити грађане, али су грађани заштићени и од полиције.⁹

Учинити полицију одговорном подразумева могућност да се од ње захтевају сва потребна објашњења у вези са задацима које предузима, могућност да њено понашање буде испитивано, да се о њему суди и да оно буде санкционисано од стране других.¹⁰

Већ из самог одређења појма одговорности може се уочити да она подразумева ограничавање моћи полиције, њену подложност контроли од стране различитих субјеката којима се даје право да цене да ли је рад полиције у складу са усвојеним нормама и стандардима, те да у

⁶ Born, H., Leigh, I., *Making Intelligence Accountable-Legal Standards and Best Practices for Oversight of Intelligence Agencies*, University of Durham, Parliament of Norway, 2005, 24.

⁷ Кековић, З., *Системи безбедности*, Универзитет у Београду, Факултет безбедности, Београд, 2011, стр. 205.

⁸ Никач, Ж., *Реформа полиције у Републици Србији у функцији заштите од злоупотребе моћи*, XIII тематски међународни научни скуп „Злоупотреба моћи“, Тара 2014, Удружење за међународно кривично право: Intermex, 2014, стр. 313.

⁹ Милетић, С., Југовић, С., *Право унутрашњих послова*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2012, стр. 341.

¹⁰ Fisher, E., *The European Union in the Age of Accountability*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 24, No. 3/2004, p. 497.

случајевима у којима процене да није, предузму одговарајуће мере или изрекну одговарајуће санкције.¹¹

Успех те борбе умногоме зависи од усвојене стратегије успостављања одговорности полиције и успешности самих механизма њене контроле.¹²

Контрола има и велико превентивно дејство, јер утиче на свест контролисаних субјеката, који, знајући за могућност вршења контроле и евентуалне негативне последице, настоје да свој рад сведу у предвиђене оквире.¹³

Контрола може да се схвати као једна од алатки управљања, ови системи помажу руководиоцима да надгледају како њихова организација функционише, како напредују пројекти и додељене активности и одреде које су то слабе тачке.¹⁴

Улога и значај институционалне контроле

Институционални облик контроле рада полиције уведен је одредбама Закона о полицији 2005. године, када је формиран Сектор унутрашње контроле полиције,¹⁵ а који је Законом о полицији из 2016. године преименован у Сектор унутрашње контроле.¹⁶

Најзначајније новеле Закона односе се на: нарочито оснажену улогу и давање већих контролних овлашћења Сектору унутрашње контроле и истицање вишеструких облика спољашње контроле, што је претпоставка за ефикасну заштиту људских права и пружање подршке владавини права.¹⁷

¹¹ Симовић, Д., Зекавица, Р., *Полиција и људска права*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2012, стр. 156.

¹² Зекавица, Р., *Правна одговорност полиције као претпоставка владавине права*, Супротстављање савременом организованом криминалу и тероризму, Едиција *Asphaleia*, књ. 1, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2011, стр. 71–72.

¹³ Милков, Д., *Управно право III, Контрола управе*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012, стр. 9.

¹⁴ Aepli, P., Ribaux, O., Summerfield, E., *Decision making in policing-operations and management*, Lausanne, 2011, 113.

¹⁵ Раније постојао као Служба генералног инспектора некадашњег Ресора јавне безбедности МУП-а, више видети у: Милошевић, М., Богдановић, Б., *Безбедност обновљене Србије*, Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2004, стр. 189; Стајић, Љ., *Контрола полиције и служби безбедности*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012, стр. 92.

¹⁶ О контроли рада Полиције и запослених у Министарству путем Сектора унутрашње контроле, видети у чл. 224–233 Закона о полицији, Сл. гласник Р. Србије, број: 6/16.

¹⁷ Закон о полицији, Предговор и Стварни регистар, Миловановић, Д., Вукашиновић-Радојичић,

Позитивна страна је да је материја унутрашње контроле рада полиције тј. целокупног МУП-а институционализована у Сектору унутрашње контроле полиције од 2005. године добила легислативне обриси и тиме постала законска категорија регулисана Законом о полицији. Међутим, одредбе наведеног закона су веома непрецизне и уопштене тако да отежавају рад и поступање полицијских службеника из СУКП.¹⁸

Основни недостатак ове форме контроле је изостанак подзаконског регулисања облика и начина вршења унутрашње контроле рада полиције, као и вршење контроле над „контролорима“ односно припадницима Сектора унутрашње контроле. Нажалост, за сада, и одредбе новог Закона о полицији које предвиђају подзаконско регулисање наведеног, нису реализоване.¹⁹

Њихово функционисање у многоме отежава одбојан став осталих припадника МУП-а који их доживљавају као „полицију у полицији“ из чега произлази одређена доза неповерења према њима и одбојан став према свему што „они“ раде. С друге стране, њихов рад се карактерише као колегијалан и заштитнички, који за последицу може да има чак и заташкавање одређених незаконитости. Тако, њихов рад је отежан двојачко, како од стране самих припадника МУП-а, тако и од стране грађана.

Унутрашња контрола законитости рада полиције коју врши Сектор непосредно утиче на заштићеност људских права, а посредно (индиректно) и на њихово остваривање. Појединачни случајеви у којима Сектор врши контролу законитости рада полиције требало би да резултирају, са аспекта полицијског поступања, не само укупно бољом заштитом људских права, већ и ефективнијим остваривањем тих права. Из појединачних случајева контроле законитости рада полиције треба да проистекне збирни резултат како у виду боље заштите, тако и у виду потпунијег остваривања људских права. Резултати унутрашње

З., Оташевић, Б., Марковић, С., Јавно предузеће Службени гласник, Београд, 2016, стр. 11–12.

¹⁸ О непрецизности и уопштености одредаба везаних за рад СУК-а, видети у: Бикаревић, Д.: *Специфичности и проблеми супротстављања Сектора унутрашње контроле савременим облицима криминалитета у полицији*, Научно-стручни скуп са међународним учешћем „Супротстављање савременим облицима криминалитета – анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење“, том 3, Зборник радова, Криминалистичко-полицијска академија и Фондација „Ханс Зајдел“, Београд, 2015, стр. 412–417.

¹⁹ Чл. 172 ст. 2 Закона о полицији од 2005. године (Сл. гласник Р. Србије, број: 101/05) је предвиђао, и чл. 225 ст. 3 актуелног Закона о полицији донет 2016. године (Сл. гласник Р. Србије, број: 6/16) сада предвиђа подзаконско регулисање облика и начина унутрашње контроле. Рок за доношење подзаконских аката утврђених новим Законом о полицији је годину дана од дана ступања на снагу Закона, односно 5. 2. 2017. године, а што је одређено чл. 251 Закона о полицији.

контроле требало би да буду и подлога за стратегију полиције, будући да у значајном делу од њене безбедносне функције зависи и заштита и остваривање људских права.²⁰

Сектор унутрашње контроле врши контролу законитости рада полицијских службеника, као и других запослених у Министарству, а нарочито у погледу поштовања и заштите људских и мањинских права и слобода при извршавању службених задатака и примени полицијских овлашћења односно при вршењу послова из свог делокруга. Сектор унутрашње контроле предузима мере и радње у складу са законом којим се уређује кривични поступак на откривању и сузбијању кривичних дела корупције и других облика коруптивног понашања, као и других кривичних дела полицијских службеника и других запослених у Министарству, извршених на раду или у вези са радом.²¹

Резултати рада на сузбијању криминалитета за период од 2013. до 2015. године

Током 2013. године полицијски службеници Сектора су надлежним тужилаштвима поднели су 116 кривичних пријава и 12 допуна кривичних пријава против 149 лица, од чега су 124 полицијска службеника, због постојања основане сумње да су учинили 177 кривичних дела.²²

У 2014. години поднели су надлежним тужилаштвима 148 кривичних пријава и осам допуна кривичних пријава против 183 лица, од чега су њих 155 полицијски службеници, којом приликом је обухваћено 187 кривичних дела.²³

Током 2015. године надлежним тужилаштвима поднели су 168 кривичних пријава и осам допуна кривичних пријава против 238 лица, од чега су 173 полицијска службеника, због постојања основане сумње да су учинили 335 кривичних дела.²⁴

За период од 2013. до 2015. године надлежним тужилаштвима од стране полицијских службеника Сектора поднето је 432 кривичне пријаве и 28 допуна кривичних пријава против 570 лица, од којих је 452

²⁰ Милетић, С., *Коментар Закона о полицији*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 334.

²¹ Чл. 225 Закона о полицији, Сл. гласник Р. Србије, број: 6/16.

²² <http://prezentacije.mup.gov.rs/sukp/rezultati/2013.html> прегледано 08.03.17.

²³ <http://prezentacije.mup.gov.rs/sukp/rezultati/2014.html> прегледано 08.03.17.

²⁴ <http://prezentacije.mup.gov.rs/sukp/rezultati/IZVESTAJ%20O%20RADU%20ZA%202015%20GODINU.pdf>, прегледано 8. 3. 2017.

полицијских службеника, због стицања основа сумње да су извршили 699 кривичних дела, а што се види у приказаној табели:

Табела бр. 1. Поднете кривичне пријаве од стране Сектора за период 2013–2015. године

	Поднето		Против		Број КД-а
	Кр. пријава	Допуна кр. пријава	Грађана	ПСЖ	
2013.	116	12	25	124	177
2014.	148	8	28	155	187
2015.	168	8	65	173	335
Σ	432	28	118	452	699

Која кривична дела су садржана у кривичним пријавама поднетим од стране Сектора, тј. за која кривична дела се сумњиче полицијски службеници, може се видети у наредној табели:

Табела бр. 2. Структура кривичних дела садржаних у кривичним пријавама поднетим од стране Сектора за период 2013–2015. године

	Злоупотреба службеног положаја	Примање мита	Фалсификовање исправе	Фалсификовање службене исправе	Превара	Превара у служби	Трговина утицајем	Злостављање и мучење	Недоз. произв., држ., ношење, и промет ор. и екс. материја	Крађа	Тешка крађа	Несавестан рад у служби	Остала КД-а	Укупно
2013	82	27	13	3	6	4	5	4	0	0	0	0	33	177
2014	72	29	7	20	11	0	0	0	0	0	0	0	48	187
2015	86	111	8	7	37	1	3	3	4	2	1	23	49	335
Σ	240	167	28	30	54	5	8	7	4	2	1	23	130	699

Треба напоменути да у структури кривичних дела преовладавају кривична дела злоупотребе службеног положаја из чл. 359 КЗ РС – 240, примање мита из чл. 367 КЗ РС – 167 и преваре из чл. 208 КЗ РС²⁵ – 54. Међутим, нису нам познати исходи наведених поднетих кривичних пријава, тј. да ли су изречене кривичне санкције према пријављеним ли-

²⁵ Сл. гласник РС, број: 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

цима, односно да ли је донета одбијајућа, осуђујућа или ослобађајућа пресуда. Такође, непознати су подаци у колико случајева је јавни тужилац одбацио кривичну пријаву,²⁶ а посебно битни подаци који нису транспарентни, а дискутабилно је да ли се уопште и статистички обрађују, јесу у колико наврата је дошло и да ли је дошло и у колико случајева до одлагања кривичног гоњења од стране надлежног тужиоца²⁷ и споразума о признању кривичног дела између јавног тужиоца и окривљеног.²⁸ Иако се таква лица не сматрају извршиоцима кривичних дела, било би корисно унифицирати такву евиденцију полицијских службеника, која би дала свој допринос у проактивном раду Сектора.

Било би свакако интересантно утврдити неке конкретније карактеристике наведених кривичних дела, као на пример, под којим околностима су извршена, да ли су извршена током или ван службе, а посебно да ли и у којем обиму постоји спрега између пријављених полицијских службеника за конкретно кривично дело и чланова криминалних група и организација, што им даје обележје организованог односно савременог криминалитета. Али, наведено захтева увид у комплетну документацију кривичних предмета.

Притужбени поступак као форма заштите правне државе

Позитивноправни оквир за контролу рада полиције решавањем притужби, први пут је установљен 2005. године доношењем Закона о полицији.²⁹ Актуелни Закон о полицији³⁰ такође препознаје и дефинише наведени вид унутрашње контроле рада полиције.

Наиме, притужбу може поднети свако лице које сматра да су му поступањем или пропуштањем поступања запосленог при вршењу службених задатака повређена људска и мањинска права и слободе, у року од 30 дана од дана када се притужена радња догодила. Притужба може да се поднесе и на рад Министарства.

²⁶ Члан 284 Законика о кривичном поступку, Сл. гласник РС, број: 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

²⁷ Члан 283 Законика о кривичном поступку, Сл. гласник РС, број: 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

²⁸ Члан 313-319 Законика о кривичном поступку, Сл. гласник РС, број: 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

²⁹ Чл. 180–181, Сл. гласник Р. Србије, број: 101/05.

³⁰ Чл. 224–233, Сл. гласник Р. Србије, број: 16/16.

На основу поднете притужбе спроводи се притужбени односно скраћени поступак.

Може се рећи да притужба има субјективан, али и објективан значај. Субјективан – за заинтересовано лице у предмету (притужиоца), а објективан – за кориговање делатности у смислу нагомилавања притужби по истој ствари, тј. на основу истоветног решавања притужби за истоврсне случајеве (формирање исправне полицијске праксе).³¹

На тај начин значајно је унапређена пракса поступања са притужбама грађана. За разлику од ранијег периода, од тада је по први пут предвиђено и мериторно решавање притужби, уређен је поступак по поднетој притужби, од пријема притужбе до закључења притужбеног поступка. Наведена материја ближе је прописана Правилником о поступку решавања притужби,³² и разрађена Инструкцијом о примени правила притужбеног поступка.³³

Законским решењем у поступку проверавања навода притужбе обезбеђена је двостепеност. У првом степену поступа руководилац организационе јединице у којој је запослен полицијски службеник на кога се притужба односи или полицијски службеник кога је он овластио, док даљи поступак решавања по притужби спроводи комисија.

Такође, обезбеђено је и присуство јавности у другом степену, чиме се обезбеђује објективност и демократичност поступка, а током целог поступка и активно учешће самог притужиоца.

Позитивна страна наведеног је у томе што је материја контроле полиције путем решавања притужби први пут добила основу у законском тексту тј. постала је законска категорија. Произвољности, како грађана, тако и полицијских службеника везано за наведену област сведене су на минимум и њихово деловање је детерминисано законским оквирима.

Негативна страна је та, што се грађанин, након добијања одговора у вези са поднетом притужбом, упућује на коришћење свих правних и „других“ средстава за заштиту својих права и слобода, с тим да грађанину остаје нејасно шта се подразумева под „другим средствима“.

Значи, без обзира на исход вођења поступка по притужби грађана тј. да ли се грађанин сагласио са ставовима руководиоца организационе јединице или није, односно да ли је утврђено да су му повређена људска

³¹ Југовић, С., *Управна функција полиције*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013, стр. 159.

³² Сл. гласник Р. Србије, број: 54/06.

³³ Интерни акт МУП-а донет 17. 8. 2009. године

права и слободе или не, он се упућује на друге институције за остварење својих права и слобода. Оправдано се намеће питање: Да ли је притужбени поступак целисходан са позиције грађанина?

Притужбе на рад полицијских службеника за период од 2013. до 2015. године

Вредно је подсетити на опште познату чињеницу да полицијска функција и специфичност њене улоге у једном друштву чине неминовним контакте између грађана и полицијских службеника по различитим основама, којом приликом се у одређеним случајевима ограничавају слободе и права грађана. Отуда се логично може очекивати да ће одређене полицијске радње и поступци иницирати притужбе грађана.

Колике су заправо размере подношења притужби грађана на рад српске полиције и какви су исходи поступања по њима, приказаћемо у наредној табели:³⁴

Табела бр. 3. *Укупно примљених притужби са констатацијом утврђених пропуста за период 2013–2015. године*

	Укупно примљених притужби	Утврђени пропусати пред рук. орг. јединице		Утврђени пропусати пред Комисијом		УКУПНО утврђених пропуста	
		број	%	број	%	број	%
2013.	1.990	70	3,52%	29	1,46%	99	4,98%
2014.	1.906	64	3,36%	34	1,78%	98	5,14%
2015.	1.732	44	2,54%	26	1,50%	70	4,04%
Σ	5.628	178	3,16%	89	1,58%	267	4,74%

Овоме треба додати како је од укупно 5.628 запримљених притужби, за 496 (8,81%) поступак закључен без мериторног расправљања, у складу са чл. 4 ст. 3 (непотпуна или неразумљива притужба) и чл. 7 ст. 1 (притужилац одустао од притужбе и о томе дао писмену или усмену изјаву на записник; о притужби већ било одлучено у поступку решавања притужбе; о суштини захтева који је предмет притужбе већ правоснаж-

³⁴ На ауторов захтев за приступ информацијама од јавног значаја, Одељење за информације од јавног значаја и заштиту података о личности Секретаријата МУП-а, уз пропратни акт 02/5 број: 1200/16, од дана 4. 11. 2016. године, доставило је податке из званичних евиденција, Т-14.5-1/1.

но одлучено пред другим органом; притужба поднета прекасно; притужбу поднело неовлашћено лице) Правилника о поступку решавања притужби.

Чињеница да значајан број жалби грађана бива одбачен, да ли због неоснованости или пак због непоткрепљености навода из жалбе доказима, не сме олако да се схвати. Извесно је да мали проценат основаних жалби води до популарног мишљења у јавности како полиција и у овом случају настоји заправо да искористи прилику како би одбила или избегла обавезу да казни сама себе, што аутоматски смањује вољу и спремност грађана да на овај начин остваре своја права, чак и у случајевима где постоје јасни докази о кршењу њихових права.

Актуелне евиденције МУП-а о поднетим притужбама грађана и спровођењу поступака провере њихових навода нису на завидном нивоу. Тачније, садржај ових евиденција није централизован и унифициран, те сходно томе, не пружа могућност разматрања притужби грађана и притужбених поступака по веома битним варијаблама.³⁵

Закључак

Поштовање људских права и слобода, као и осталих универзалних вредности, данас је стандард у демократском свету. У том смислу правна држава подразумева да државни органи, а посебно апарат принуде – полиција, извршавају постављене послове и задатке законито и у интересу грађана.

Уз огромне предности, унутрашња контрола ипак има једну слабост, а то је да она увек остаје „унутрашња“ контрола. Ради постизања објективности у контроли право уводи спољну контролу, а њиховим складним комбиновањем постижу се најбољи резултати.³⁶

За вршење послова унутрашње контроле запослених у МУП-у, Закон о полицији предвиђа Сектор унутрашње контроле. Он је институционални носилац контроле законитости рада полиције, а нарочито у погледу поштовања и заштите људских права при извршавању полицијских задатака и примени полицијских овлашћења. Његов основни задатак је сузбијање криминалитета у самој полицији.

³⁵ Bikarevic, D., Kesic, Z., *Controlling the Police Through the Form of Complaint Procedure to Protect and Assert the Rights and Freedoms of Citizens*, International scientific conference „Archibald Reiss Days“, Thematic conference proceedings of international significance, vol. 2, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 2015, p. 6.

³⁶ Југовић, С., *Управна функција полиције*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013, стр. 161.

Основни недостатак ове форме контроле, а који се рефлектује и на пољу сузбијања криминалитета у полицијским редовима, јесте изостанак подзаконског регулисања облика и начина вршења унутрашње контроле рада полиције, као и вршење контроле над „контролорима“ односно припадницима Сектора унутрашње контроле.

Када су овакве специјализоване јединице успостављене као стручне и професионалне, када своје задатке обављају искључиво на основу правних критеријума уз поседовање што већег степена оперативне независности, може се рећи да несумњиво представљају једно од најзначајнијих средстава правне одговорности полиције.

Логично би се могло претпоставити да је, у односу на период пре 2005. године, правним новелама повећан ниво одговорности полицијских службеника током предузимања послова и задатака, јер су свесни чињенице да је њихово поступање од тада подложно контроли специјализоване институције, као и грађана, у складу са законским нормама.

Исто тако бисмо могли тврдити како је битно повећан ниво одговорности и полицијских службеника који врше проверавање навода из притужбе, јер им је поступање тачно одређено, без могућности било каквих импровизација и произвољности. Овом треба додати како грађани имају одређену дозу сигурности да ће се тај поступак заиста доследно и спровести, јер им је гаранција за то законски акт.

Ипак, грађанин није остварио своја права, јер последице које су наступиле услед незаконитог или неправилног поступања полицијског службеника нису отклоњене. Оне и даље производе одређено дејство штетно за грађанина, које се мора отклањати у другим судским поступцима, који опет изискују његово активно учешће.

Требало би се предложити решења да се грађанину надокнади проузрокована штета настала у вези са вођењем притужбеног поступка и тако пошаље порука подршке и подстицај грађанима да указују на неконвенционално понашање полицијских службеника.³⁷

Међутим, поред свега тога, од контроле рада полиције решавањем притужби не треба превише очекивати, јер је она само један од механизма контроле рада полиције, у читавом спектру контролних механизма који су усмерени према полицији. С друге стране, не треба очекивати ни агилно учешће грађана у спровођењу притужбеног поступка, зарад остварења генералне превенције, а без остварења личних правних интереса.

³⁷ Бикаревић, Д., *Утилитарност учешћа грађана у притужбеном поступку*, Безбедност, Министарство унутрашњих послова, бр. 2, Београд, 2015, стр. 126.

Darko Bikarevic, MA
Gendarmerie Department in Novi Sad

IMPORTANCE AND ROLE OF THE POLICE INTERNAL CONTROL AS A GUARANTEE OF FREEDOM AND SECURITY IN A LEGAL STATE

Conclusion

The respect for human rights and freedoms, as well as other universal values is now the standard in the democratic world. Hence, a legal state entails that state authorities, in particular the coercive apparatus – police, are to perform tasks and duties lawfully, and in the interest of citizens.

Despite great advantages, internal control has one weakness – it remains ‘internal’ control. In order to achieve objectivity in control, the law introduces external control, and harmonious combination of the two achieves the best results.³⁸

In order to implement internal control of the persons employed in the MI, the Law on Police prescribes the Sector for Internal Control. It is an institutional holder in controlling the lawfulness of police work, especially in terms of respecting and protecting human rights when performing police tasks and exercising police powers. Its main goal is to combat criminal in police itself.

The main weakness of this form of control, which is also reflected in the field of combatting criminal in police ranks, is lack of by-law regulation regarding the form and manner of performing internal control of police work, as well as carrying out the control of ‘controllers’, i.e. members of the Sector for Internal Control.

When these specialist units are established as expert and professional, when they perform their tasks exclusively in accordance with legal criteria, and with high degree of operational independence, it can be said that they are one of the most important means of legal responsibility of police.

³⁸ Jugović, S., *Upravna funkcija policije*, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 2013, p. 161.

Logically, one could assume that, in comparison to the period prior to 2005, legal novelties increased the level of responsibility of police officers in performing tasks and work, because they are aware that their actions since then have been subject to control of a specialised institutions, as well as citizens, in accordance with legal norms.

Similarly, it could be claimed that the level of responsibility of police officers who perform checks of allegations of complaints is also significantly increased, because their actions are precisely defined, without possibilities for improvisation and arbitrariness. Furthermore, the citizens have a certain level of certainty that the procedure will be duly performed, because their guarantee is a legal act.

However, citizens have not exercised their rights, because consequences that followed due to unlawful or irregular actions of police officers have not been remedied. They still produce a certain adverse effect for citizens, which must be removed in other court proceedings, which require the active participation of citizens.

Solutions that would compensate to citizens the damage caused due to performing complaint procedure should be proposed, and thus send the message of support and encouragement to citizens to point out to unconventional behaviour of police officers.³⁹

However, despite it all, one should not expect too much from the control of the police by solving complaints, because this is just one of the mechanisms of the control of police work, in a spectre of control mechanisms that are focused on the police. On the other hand, one should not expect agile participation of citizens in implementations of complaint procedure for the sake of general preventions, without the possibility to achieve personal legal interests.

Keywords: *constitutional state, rule of law, police, internal control, lawfulness.*

³⁹ Bikarević, D., *Utilitarnost učešća građana u pritužbenom postupku*, Security, Ministry of Interior, no. 2, Belgrade, 2015, p. 126.

УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК: 35.077.2/.3(497.11)

doi 10.7251/PR5017277L

Прегледни чланак

НАЈВАЖНИЈИ НОВИ ПРАВНИ ИНСТИТУТИ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Проф. др Зоран Лончар*

Апстракт: Нови Закон о општем управном поступку Републике Србије, чија је пуна примена почела 1. јуна 2017. године, садржи низ потпуно нових правних института, као и велики број битно измењених института, од којих се са пуним правом може очекивати да ће у значајној мери унапредити вођење управног поступка на савременим основама, и у складу са најважнијим европским правним принципима везаним за рад органа управе, а у раду се указује на неке за управну праксу од најважнијих нових правних института.

Кључне речи: управа, орган управе, управни поступак, закон о општем управном поступку.

Уводне напомене

Начин на који су уређена правила управног поступка једно је од најважнијих питања за правни положај грађана у свакој савременој држави. Стога је за Републику Србију од посебне важности што је почетком 2016. године, након скоро две деценије важења Закона о општем управном поступку Савезне Републике Југославије,¹ усвојен нови Закон о општем управном поступку,² чија је пуна примена почела недавно, 1. јуна 2017. године.

* Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

¹ Закон о општем управном поступку, „Службени лист СРЈ”, бр. 33/1997, 31/2001 и ”Службени гласник РС”, бр. 30/2010.

² Закон о општем управном поступку, „Службени гласник РС”, бр. 18/2016.

Усвајањем новог закона, Република Србија се придружила групи држава које су концептуално напустиле стари, у пракси више него успешно опробан, југословенски модел управног поступка. Тиме је Босна и Херцеговина, а у оквиру ње и Република Српска, формално остала једина држава бивше Југославије која свој управни поступак није суштински мењала, и чији закони о управном поступку³ и даље почивају на концепту заједничког југословенског Закона о општем управном поступку из 1956. године.⁴

Иако је основни циљ припреме новог Закона о општем управном поступку била правна стандардизација управног поступка кроз увођење неких од најважнијих принципа предвиђених појединим европским документима везаним за деловање управе, како би се омогућила њихова што лакша примена у пракси, а који су одавно добро познати у домаћој стручној јавности, попут: Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market), 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 2001. године (The European Code of Good Administrative Behaviour, Luxemburg, European Communities, The European Ombudsman), као и одређених препорука Савета Европе⁵ и прин-

³ Закон о управном поступку Босне и Херцеговине, "Службени гласник БиХ", бр. 29/2002, 12/2004, 88/2007 и 93/2009, 41/2013 и 53/2016; Закон о општем управном поступку Републике Српске, "Службени гласник РС", бр. 13/2002, 87/2007 и 50/2010.

⁴ Закон о општем управном поступку, "Службени лист ФНРЈ", бр. 52/1956. Међу државама бивше Југославије које су претходних деценија битно преуредиле свој управни поступак суштински напуштајући југословенски модел, одређени изузетак представља само Словенија. Наиме, иако је одавно постала држава чланица ЕУ, у Словенији је Закон о општем управном поступку из 1999. године (Zakon o splošnem upravnem postopku, "Uradni list RS", br. 89/1999) и даље заснован на концепту старог југословенског закона. Након пријема у чланство ЕУ, Словенија је свој закон о општем управном поступку мењала чак шест пута (2004, 2005, 2007, 2008, 2010. и 2013. године), али увек углавном у правцу поједностављења и убрзања управне процедуре, првенствено стварањем могућности за електронско пословање управе, не напуштајући при томе концепт југословенског модела управног поступка, чији је квалитет кроз вишедеценијску праксу потврђен. Видети: P. Kovač, „Analiza razvoja regulacije općeg upravnog postupka u Sloveniji“, *Hrvatska javna uprava*, br. 2, 2008, str. 421–441; P. Kovač, G. Virant, *Razvoj slovenske javne uprave 1991–2011*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2011; P. Kovač, I. Rakar, M. Remic, *Upravno-procesne dileme o rabi ZUP*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2012.

⁵ Међу бројним препорукама Савета Европе о којима је требало водити рачуна приликом припреме новог Закона о општем управном поступку најважније су: Препорука REC (1977) 31 о заштити појединаца у односу према актима управних тела, Препорука REC (1980) 2 о вршењу дискреционих овлашћења органа управе, Препорука REC (1981) 19 о приступу информацијама органа власти, Препорука REC (1987) 16 о управном поступку у односу на већи број лица, Препорука REC (1991) 10 о давању трећим лицима личних података о грађанима које поседују

ципа које је кроз своју праксу формулисао Европски суд правде,⁶ процес израде новог Закона у Републици Србији био је не само неуобичајено дуг, већ га је пратило и мноштво контроверзи стручне природе, изазваних честим мењањем ставова приређивача закона у погледу многих важних процесних института.⁷ Пре коначног усвајања текста важећег закона, забележена су чак два неуспела покушаја доношења новог закона о општем управном поступку. Прво је фебруара 2012. године од стране Владе Републике Србије био усвојен Предлог закона о општем управном поступку, који је, услед расписивања парламентарних избора и формирања нове владе, повучен из законодавне процедуре у јулу 2012. године. Затим је децембра 2013. године од стране нове владе поново утврђен Предлог закона, али је и он, такође због расписивања ванредних парламентарних избора и формирања нове владе, повучен из законодавне процедуре у априлу 2014. године. Коначно, тек из трећег покушаја, Народна скупштина Републике Србије је успела да усвоји нови Закон о општем управном поступку, 29. фебруара 2016. године, и то у битно измењеном тексту у односу на два претходно неуспела покушаја.

Дуготрајан процес припреме новог закона праћен је у домаћој стручној јавности изношењем низа примедба. Оне су биле везане, пре свега, за концепт измена основних правила управног поступка којима се одступало од старог и успешно провереног југословенског модела, али је указано и на бројне мањкавости неких од новоуведених процесних–правних института, чијим се уважавањем могао значајно унапредити текст данашњег закона.⁸

јавна тела, Препорука REC (2003) 16 о извршавању управних и судских одлука, Препорука REC (2004) 6 о побољшању домаћих правних лекова, Препорука REC (2007) 7 о принципима добре управе, Препоруке REC (2010) 3 о ефективним правним лековима у случају поступака који предуго трају, итд.

⁶ Видети: З. Лончар, *Европски правни стандарди и управни поступак у Србији*, Зборник "Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније", Нови Сад, 2016, стр. 461–478; Д. Милков, *"Државна управе Србије и европски стандарди"*, Зборник "Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније", Нови Сад, 2015, стр. 59–75; Д. Милков, *О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске уније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014, стр. 84–89; Д. Вучетић, *Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014, стр. 175–186.

⁷ Видети: С. Лилић, *Контроверзе у вези са новом радном верзијом Нацрта Закона о општем управном поступку Србије (у контексту европских интеграција)*, Зборник радова "Перспективе имплементације европских стандарда у управном систему Србије", Правни факултет, Београд, 2013, стр. 11–27; Д. Милков, *Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, 2013, стр. 85–99; З. Лончар, *"О Нацрту Закона о општем управном поступку"*, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 35, 2013, стр. 425–444.

⁸ Видети: Д. Милков, *Реформе управно-процесног законодавства у Србији*, Зборник радова

Упркос значајној критици дела стручне јавности, нови Закон о општем управном поступку Републике Србије данас ипак садржи бројне процесне новине које би могле битно да унапреде правни положај грађана, као странака у овој врсти правног поступка, као и да значајно допринесу квалитету правила општег управног поступка. Стога нам је циљ да у раду укажемо на неке од најважнијих нових правних института који би могли да унапреде управну праксу у Републици Србији, али и да укажемо на неопходност скоре измене неких одново усвојених правних института у циљу њихове правилне примене.

Нови правни институти

Нови Закон о општем управном поступку Републике Србије обилује бројним новинама, од којих многе нису само суштинске, већ и терминолошке природе. Међу њима сматрамо да пажњу стручне јавности највише заслужује начин на који су уређена, пре свих, питања: гарантног акта, јединственог управног места, електронског начина општења органа и странака, као и неколико битно измењених постојећих процесних правила, и нешто другачије уређен систем правних средстава. Стога, тим питањима овом приликом и посвећујемо посебну пажњу.

Гарантни акт

У оквиру проширивања предмета управног поступка, које представља једну од најважнијих новина законодавне реформе управног поступка, у оквиру кога су поред решавања у управним стварима кроз

Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, 2012, 33–43; П. Димитријевић, *Реформа управног поступка*, Зборник радова са међународног научног скупа "Владавина права и правна држава у региону", 26. октобар 2013, Источно Сарајево, стр. 189–199; З. Лончар, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства“, *Правни живот*, бр. 10, 2013, стр. 319–333; М. Рађеновић, „Нови Закон о општем управном поступку“, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 31, 2012, стр. 403–422; 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; П. Димитријевић, "Апорије Закона о општем управном поступку", *Правни живот*, бр. 10, 2014, стр. 197–210; З. Лончар, "Промена улоге службеног лица у управном поступку", *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 42, 2015, стр. 401–416; Д. Милков, Р. Радошевић, *Неке новине у Закону о општем управном поступку – "Управно поступање"*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, 2016, стр. 733–752; Д. Милков, *Поводом новог Закона о општем управном поступку*, Зборник "Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније", Нови Сад, 2016, стр. 47–63; З. Лончар, *Посебни управни поступци*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, 2016, стр. 1231–1249.

доношење *управних аката*, сада предвиђене и *управне радње* (члан 27), као и *управни уговори* (члан 22–26) и *пружање јавних услуга* (члан 31), који до сада нису били предмет посебног регулисања у домаћем правном систему, као битна новина предвиђена је могућност доношења *гарантног акта* (члан 18–21). Гарантни акт представља писани акт којим се орган обавезује да, на одговарајућег захтев странке, донесе управни акт одређене садржине (члан 18 став 1). То фактички значи да на основу новог закона орган управе има обавезу, ако странка од њега то захтева, да касније донесе управни акт у складу са претходно издатим гарантним актом. Приликом доношења гарантног акта мора се водити рачуна да он не сме бити противан јавном интересу, нити правном интересу трећих лица (члан 20).

Прописивање ове нове врсте правног акта директно је мотивисано применом начела легитимних очекивања, доследности и обавештења јавности, предвиђеног чланом 10 Кодекса доброг управног поступања, и представља вид стандардизације домаћег управног поступка са европским правним правилима.⁹ Са аспекта правног положаја грађана у управном поступку, увођење ове врсте правног акта представља једну од најважнијих новина у Закону. Захваљујући постојању гарантног акта, органи који воде управни поступак могу унапред да се обавезу да ће касније, на одговарајући захтев странке, донети управни акт одређене садржине, ако чињенично и правно стање остану непромењени. Увођење овог правног института у наш правни систем требало би да обезбеди извесност у погледу могућности за остваривање одређених права и правних интереса странака у управном поступку. Тиме би требало да се у значајној мери повећа степен правне сигурности грађана у односима са органима управе, што је од посебне важности за остваривање права и правних интереса грађана у неким управним областима, попут: грађевинарства, царина, пореског поступка и сл.

Без обзира на одређену везаност доносиоца управног акта садржаним гарантног акта, орган који води управни поступак ипак није дужан да доноси управни акт сагласно претходно издатом гарантном акту ако је испуњен неки од законом изричито прописаних услова, а то су: ако зах-

⁹ "Службено лице мора бити доследно у свом управном понашању, као и у управним радњама своје институције. Службено лице мора следити уобичајену управну праксу институције, осим ако постоји оправдан основ за одступање од те праксе у конкретном случају, који се мора писмено образложити. Службено лице мора поштовати легитимна и разумна очекивања која грађани имају с обзиром на поступање одређене институције у прошлости. Службено лице мора, кад је то потребно, обавестити странку како ће се водити неки предмет који спада у његов делокруг". Европски кодекс доброг управног поступања, чл. 10.

тев за доношење управног акта не буде поднет у року од годину дана од дана издавања гарантног акта или другом року одређеном посебним законом, ако се чињенично стање на коме се заснива захтев за доношење управног акта битно разликује од оног описаног у захтеву за доношење гарантног акта; ако је измењен правни основ на основу кога је гарантни акт донет тако што се новим прописом предвиђа поништавање, укидање или измена управних аката донетих на основу ранијих прописа; као и ако постоје неки други разлози одређени посебним законом (члан 19 став 3). С друге стране, у случају да орган не донесе управни акт сагласно претходно издатом гарантном акту, странка има право на жалбу (члан 19 став 2).

Значај ове законске новине могао је бити још већи да је гарантни акт у Закону формулисан као опште правило које би важило за све управне поступке, што би требало очекивати од свих правних института прописаних Законом о општем управном поступку, а не само у случају када буде предвиђен посебним законом, како је прописано новим Законом (члан 18 став 2). Наиме, и до сада је било правно могуће у сваком закону којим се уређује посебан управни поступак предвидети одредбу о акту гарантне природе, без обзира на то што она није постојала у досадашњем Закону о општем управном поступку. Такав је случај, на пример, са Царинским законом,¹⁰ којим је предвиђен институт *обавезујућег обавештења* (члан 19), или са Законом о држављанству Републике Србије,¹¹ којим је предвиђена могућност издавање *потврде* страном држављанину да ће бити примљен у држављанство Републике Србије (члан 15). Дакле, усвајањем Закона о општем управном поступку, са овде описаном новином, наведени европски правни стандард неће аутоматски постати опште правно правило у домаћем управном поступку, већ ће за његову примену бити неопходно, као и до сада, да буде предвиђен посебним законом.

Јединствено управно место

Прописивање јединственог управног места у новом закону представља једну од најважнијих новина за правни положај странака у управном поступку. Новоуведени институт јединственог управног места требало би да омогући странкама да у управним стварима у којима је

¹⁰ Царински закон, "Службени гласник РС", бр. 18/2010, 111/2012 и 29/2015.

¹¹ Закон о држављанству Републике Србије, "Службени гласник РС", бр. 135/2003 и 90/2007.

потребно поступање једног или више органа управе, све своје активности спроведу на једном месту, односно код једног од органа надлежних за поступање (члан 42).¹² Увођење овог института у правни систем кроз Закон о општем управном поступку, међутим, не утиче на надлежност органа, нити на право странке да се директно обраћа надлежном органу.

Поред тога што уводи овај институт у наш правни систем, новим Законом је изричито прописано и да се на јединственом управном месту могу вршити само одређене процесне радње. Оне се односе на: поучавање подносиоца захтева, на начин како би то чинио надлежни орган, о томе шта је све органима потребно да би поступили по захтеву; примање захтева за признавање права или друго поступање у управној ствари, мишљења, објашњења, коментара као и докумената и правних средстава, сагласно пропису, и њихово достављање надлежним органима; као и обавештавање подносиоца захтева о томе које је радње предузео надлежни орган и о правним актима које је донео (члан 42 став 3). Такође, прописано је и да рокови за одлучивање о захтеву странке пред надлежним органима почињу да теку од када је поднет уредан захтев на јединственом управном месту (члан 42 став 5).

Увођење института јединственог управног места у правни систем Републике Србије представља уједно испуњавање и једног од правних стандарда предвиђених Директивом ЕУ о службама у унутрашњем тржишту (члан 6–7). Међутим, без обзира на то што би увођење овог правног института требало да допринесе већој ефикасности и економичности управног поступка, као и побољшању правног положаја странке, само његово прописивање у новом закону не значи да је овај европски правни стандард аутоматски постао део домаћег управног поступка. Наиме, да би он могао да почне да се примењује неопходно је било да Влада Републике Србије, на основу новог Закона о општем управном поступку, донесе пропис, којим се уређују сва најважнија питања од значаја за примену овог правног института, попут: услова, критеријума

¹² ”Ако је за остваривање једног или више права потребно поступање једног или више органа, странка се обраћа јединственом управном месту”. Закон о општем управном поступку, члан 42 став 1 Подвођење под институт јединственог управног места не само ситуације када је за остваривање права странке потребно поступање више органа управе, већ и када је за остваривање права странке потребно поступање само једног органа управе, представља недовољно добро промишљено законско решење, јер за случај када странка у некој управној ствари има више захтева према истом органу у управном поступку већ постоји процесни институт спајања више управних ствари у један поступак (члан 95), због чега у таквој ситуацији нема потребе за применом института јединственог управног места. Видети: Д. Милков, *Управно право*, II, Нови Сад, 2017, стр. 111–113.

и мерила за одређивање јединственог управног места, као и начина остваривања сарадње надлежних органа у вези са обављањем послова на јединственом управном месту (члан 42 став 6). Рок за доношење таквог подзаконског акта Владе био је девет месеци од дана ступања на снагу Закона о општем управном поступку (члан 212), с тим да нису предвиђене никакве правне последице за случај да Влада не донесе наведени пропис у предвиђеном року. Иако је до сада протекло више од 18 месеци од ступања на снагу новог Закона о општем управном поступку, као и више од два месеца од почетка његове пуне примене, Влада још увек није донела такав пропис, и тиме омогућила да се овај нови правни институт, као један од важних европских стандарда, заиста почне примењивати у управној пракси. Тиме се и у овом случају потврђује лоша пракса у Републици Србији, присутна у значајној мери последњих година, да недостатак правне регулативе често представља несавладиву препреку за почетак примене новоуведених правних института, од којих многи представљају европске правне стандарде, и као такви државу обавезују у процесу европских интеграција.¹³

Електронски начин општења органа и странака

Као вид значајне модернизације управног поступка у новом Закону о општем управном поступку је прописано низ нових правила везаних за остваривање могућности електронског начина општења органа и странака (члан 56), који досадашњи закон уопште није познавао. У настојању да се у што већој мери омогући овај нови вид комуникације органа са странкама у будућој управној пракси, у управни поступак су уведене многе процесне новине, попут: изједначавања папирне и електронске форме општења (члан 56 став 2), обавезе за органе управе да објављују на својој веб презентацији обавештења о могућности електронског општења са странкама (члан 57 став 1), могућности предаје поднесака у електронској форми (члан 60 став 2 и 3), начина евидентирања и

¹³ Интересантно да прописивање јединственог управног места у новом Закону о општем управном поступку не представља први случај увођења овог института у домаћи правни систем. Наиме, институт јединственог управног места познаје још пре две године усвојени Закон о обнови након елементарне и друге непогоде ("Службени гласник РС", бр. 112/2015), који је у виду одредбе о спровођења свих управних радњи на једном месту предвидео обавезу за јединице локалне самоуправе да ради лакшег остваривања права грађана на помоћ предвиде једну организациону јединицу општинске, односно градске управе којој ће грађани подносити све пријаве, захтеве и друге поднеске или тражити информације које се тичу остваривања права и правних интереса прописаних тим законом (члан 21). Сви остали елементи овог института су готово у потпуности уређени као и јединствено управно место у новом Закону о општем управном поступку.

пријема поднеска у електронској форми (члан 61 став 2), обавештавања странке електронским путем (члан 70), могућности личног и посредног достављања писмена електронским путем (члан 72 став 2) итд. Прописивање низа правила везаних за електронску комуникације органа и странака представља истовремено и значајан вид стандардизације домаћег управног поступка са европским правним правилима, с обзиром на то да је идеја за креирање одредаба о електронској комуникацији директно инспирисана начелом електронске комуникације из члана 8 став 1 Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту, као и правилима о објављивању управних одлука из члана 18 Препоруке о принципима добре управе, и правилима о потврди пријема поднеска и начелом дужне пажње из члана 14 и 12 Кодекса доброг управног поступања.

Међутим, упркос бројним новим одредбама у Закону о општем управном поступку, да би електронска комуникација органа и странака у управном поступку заиста могла да почне да се остварује у управној пракси, неопходно је било претходно донети неколико нових прописа, пре свих Закон о електронској управи, али и изменити неке постојеће прописе, попут Закона о електронском документу,¹⁴ Закона о електронском потпису,¹⁵ Уредбе о електронском канцеларијском пословању органа државне управе,¹⁶ Упутства о електронском канцеларијском пословању,¹⁷ итд. Нажалост, прелазним и завршним одредбама новог Закона о општем управном поступку нису предвиђени никакви рокови за њихово доношење. Стога, без обзира на то што је одавно прошао за домаће прилике више него дуг *vacatio legis* од чак 18 месеци, и то што је нови закон у пуној примени већ неколико месеци, готово да ништа од свега тога није урађено. И даље је у току не само вишегодишњи рад на изради Закона о електронској управи, већ нису ни припремљене адекватне измене у свим осталим поменутиим прописима које би требало извршити поводом почетка примене новог Закона о општем управном поступку, како би бројне одредбе о електронском начину општења органа и странака у управном поступку коначно могле и да заживе. За више од двадесет месеци, колико је протекло од ступања на снагу новог Закона о општем управном поступку, измењена је само једна уредба Владе, и то Уредба

¹⁴ Закон о електронском документу, "Службени гласник РС", бр. 51/2009.

¹⁵ Закон о електронском потпису, "Службени гласник РС", бр. 135/2004.

¹⁶ Уредба о електронском канцеларијском пословању органа државне управе, "Службени гласник РС", бр. 40/2010.

¹⁷ Упутство о електронском канцеларијском пословању, "Службени гласник РС", бр. 102/2010.

о електронском канцеларијском пословању органа државне управе,¹⁸ у свега два члана.

Процесне новине

Осавремењавање управног поступка, с једне стране, и жеља за правном стандардизацијом са одређеним европским стандардима, с друге стране, допринела је увођењу више важних процесних новина у Закон о општем управном поступку. За ову прилику истичемо само три новине: измену начина покретања поступка по службеној дужности, промену назива и правног режима одлука које се доносе у управном поступку, као и битно другачији однос према поштовању рокова за предузимање појединих процесних радњи, као значајном виду подизања процесне дисциплине у овој врсти поступка.

Покретање поступка по службеној дужности

Нови Закон о општем управном поступку је у принципу и даље задржао неформалан начин покретања поступка. Већина управних поступака ће се и даље покретати предузимањем прве процесне радње усмерене на њихово вођење (члан 91 став 1 и 2). Такав је случај са свим управним поступцима који се покрећу по основу захтева странке (члан 91 став 1), као и оних који се покрећу по службеној дужности а у интересу су странке (члан 91 став 2). Међутим, у случају покретања поступка по службеној дужности који није у интересу странке, што је случај са далеко највећим бројем управних поступака који се покрећу по службеној дужности, уведено је ново правило да се поступак сматра покренутим кад је странка *обавештена о акту о покретању поступка* (члан 91 став 3). Увођење овог правила подразумева обавезно претходно доношење посебног акта, у форми закључка, налога и сл., о покретању поступка и његово достављање странци, односно обавештавање странке о његовом доношењу. У случају, пак, управног поступка у коме се доноси усмено решење (члан 143), правило о покретању поступка доношењем посебног акта је, сасвим разумљиво, искључено (члан 90 став 3).

Увођење новог правила о покретању управног поступка по службеној дужности када није у интересу странке посебним актом надлежног органа представља веома важну процесну новину, која би тре-

¹⁸ Уредба о изменама и допунама Уредбе о електронском канцеларијском пословању органа државне управе, "Службени гласник РС", бр. 42/2017.

бало у значајној мери да унапреди правни положај странака, односно да им пружи могућност да заиста добију прилику да учествују у управном поступку и да тиме на најбољи начин заштите своја права и правне интересе. То до сада није био случај у бројним управним поступцима, попут пореских, царинских и сл., који су, готово по правилу, вођени у форми скраћеног поступка и за чије су покретање странке најчешће сазнавале у моменту достављања првостепеног управног акта. Могућност заштите права и правних интереса странака сводила се формално само на могућност редовне правне заштите у другостепеном управном поступку и у управном спору.

Међутим, основни проблем у примени овакве законске новине би могло да представља, чини нам се, још увек недовољно познавање од стране службених лица обавезе доношења посебног акта у форми закључка или налога о покретању поступка по службеној дужности, када њихово вођење није у интересу странке. Изостанак акта о покретању поступка представља важно формалноправно питање, од кога ће, већ на самом почетку поступка контроле законитости управног акта (жалбеног или у управном спору), зависити његов даљи опстанак, као законитог, у правном поретку. На испуњеност овог важног формалноправног услова за вођење управног поступка, другостепени органи управе или суд у управном спору би требало да пазе по службеној дужности, независно од жалбених или тужбених навода странке.

Поред тога, значајан правни проблем у примени ове важне процесне новине јавиће се у бројним посебним управним поступцима. Посебно ће он бити изражен при вршењу инспекцијског надзора, у многим управним областима, почев од комуналне делатности, па до заштите животне средине, на које се супсидијарно примењују правила општег управног поступка, а где по природи вршења ове врсте управне делатности неће бити могуће доношење било каквог акта о покретању поступка, а нарочито не обавештавање странке о његовом доношењу, пре вршења самог инспекцијског надзора.

Промена назива одлука у управном поступку

Једна од бројних концепцијских измена које је увео нови Закон о општем управном поступку јесте и промењен назив одлука које се доносе у управном поступку, а који је праћен и њиховим битно другачијим правним режимом. За разлику од досадашњег закона, према коме су се тради-

ционално разликовали решење, као главна одлука о предмету поступка, и *закључак*, као споредна одлука, којим се одлучивало о свим процесним и другим питањима која су се јављала током вођења поступка, нови закон због, наводно, јасније идентификације потенцијалних правних средстава која се могу користити против одређене врсте аката, како је било наведено у образложењу Предлога закона, уводи разликовање решења на *мериторна* и *процесна* (члан 136), уз задржавање закључака (члан 146). Мериторно решење је управни акт којим се на подлози чињеница утврђених у управном поступку одлучује о ствари која је предмет поступка, односно о главној ствари поступка. Процесним решењем се одлучује о правима и обавезама странке које се јаве током вођења управног поступка, односно о свим процесним питањима о којима је неопходно одлучити током вођења поступка. Закључак је, пак, акт којим се управља поступком и одређен је негативно, као акт (управни) који се доноси у свим ситуацијама када Законом није одређено да се доноси решење (члан 146).

Према новом закону, само се против решења (мериторног или процесног), може употребити жалба као редовно правно средство (члан 151). Против закључака, пак, не постоји више могућност коришћења самосталног правног средства (члан 146 став 3). Правна заштита странака у случају ове врсте одлуке органа који води управни поступак може се остварити само кроз жалбу на решење, и евентуално кроз тужбу у управном спору (члан 146 став 4).

Промена у називу одлука које се доносе у управном поступку није, међутим, доследно праћена неопходним изменама у свим елементима њиховог правног режима. Тако, на пример, упркос чињеници да нови Закон разликује мериторна и процесна решења, у делу Закона који се односи на обавезне елементе решења та разлика није направљена, већ су, углавном, задржане све старе одредбе о решењу, које се односе на главну одлуку у управном поступку, а које је до сада било једина врста одлуке која се доносила у форми решења. С обзиром на то да сада постоје и процесна решења, сасвим је природно да је њих требало да прате и одређене специфичности у погледу форме и саставних делова. Такав је случај, на пример, са задржавањем одредаба о усменој форми решења (члан 140 и 143), као и евентуалних елемената у диспозитиву решења, попут одлуке о трошковима поступка, назначења да жалба не одлаже извршење решења (чл. 141 члан став 3) и сл., које по природи ствари не одговарају природи процесних решења.

Санкционисање процесних рокова

Непоштовање рокова за предузимање бројних процесних радњи од стране службених лица представљало је до сада један од основних проблема и узрока недовољно ефикасног вођења управног поступка, а понекад и могућност за свесно одуговлачење поступка. Стога, у циљу постизања пуне процесне дисциплине у управном поступку, као важне претпоставке законитости рада органа управе, у новом Закону је по први пут предвиђена не само *прекришajна одговорност* за овлашћена службена лица која буду водила управне поступке и решавала у управним стварима, већ и *новчане казне* за непредузимање неких од најважнијих процесних радњи, у значајним износима, који у појединим случајевима могу да превазиђу чак и износ просечно исплаћене месечне плате у Републици Србије. Тиме су бројни процесни рокови у управном поступку, који су и даље само инструкционе природе, добили своје адекватне правне последице по овлашћена службена лица која их се не буду придржавала.

Новим законом је најпре овлашћено службено лице у органу који води управни поступак на општи начин учињено одговорним ако због његове кривице дође до неизвршавања одређених процесних радњи (члан 210 став 1). Поред тога, прописана је обавеза за све органе управе, а посебно за министарство надлежно за послове државне управе да у вршењу надзора над применом Закона захтевају покретање *дисциплинског поступка* против овлашћеног службеног лица или одговорног лица за непредузимање неких од изричито наведених радњи, попут: неизвршавања по службеној дужности увида у чињенице о којима се води службена евиденција, ако на захтев органа који води поступак бесплатно не уступе податке о којима се води службена евиденција у року утврђеном законом, ако не издају решење у року утврђеном законом или не доставе списе другостепеном органу, као и суду надлежном за управне спорове у роковима утврђеним законом (члан 210 став 2).

Такође, новим законом су прописане и *новачне казне* у распону од 5.000 динара до 50.000 динара за овлашћено службено лице за непредузимање уопште или за неблаговремено предузимање одређених процесних радњи, као што су: невршење по службеној дужности увида у податке о чињеницама неопходним за одлучивање о којима се води службена евиденција, као и њихово нетражење ради прибављања или необрада, или ако на захтев неког органа који води управни поступак такве по-

датке бесплатно не уступи у року од 15 дана или другом року одређеном законом (члан 207). Истом казном се може казнити овлашћено службено лице и ако у законском року не проследи жалбу другостепеном органу са одговором првостепеног органа и свим списима предмета, што представља нову обавезу првостепеног органа у жалбеном поступку, као и ако не води службену евиденцију о решавању у управним стварима (члан 208), што не представља нову законску обавезу, али је овог пута она изричито санкционисана.

Правна средства

Нови Закон о општем управном поступку унео је доста новина у погледу могућности коришћења правних средстава. Међу најважнијим новинама за које сматрамо да би их требало посебно истаћи су: увођење *приговора* као новог правног средства ремонстративног карактера, који се може употребити код свих нових активности управе подведених под управну ствар, као што су: управни уговор, управне радње и пружање јавних услуга, у случају кад не постоји друго правно средство у управном поступку (члан 147–150); задржавање *жалбе*, која је и даље основно редовно правно средство деволутивног карактера, али донекле измењеног правног режима (члан 151–174); и промена броја и назива *ванредних правних средстава*, уз преформулисање разлога за њихову употребу (члан 175–185).

Међу одредбама о правним средствима има доста новина које се, са аспекта побољшања правног положаја грађана као странака у управном поступку, могу позитивно оценити. Такав је случај, пре свега, са увођењем приговора, као новог правног средства којим су странке добиле додатни вид правне заштите у случају предузимања свих нових активности управе које су важећим законом подведене под управну ствар, односно које данас могу бити предмет управног поступка, попут управних уговора, управних радњи и пружања јавних услуга. Исти случај је и са неким изменама које су извршене у правном режиму жалбе. Међу њима највећу пажњу заслужује по први пут прописивање одредаба о могућностима странке на *одрицање* од права на жалбу (члан 156) и на *одустанак* од жалбе (члан 157), што за правни интерес странака у управном поступку понекад може да представља веома важну процесну новину. Такође, могућност изношења нових чињеница и доказа у жалби, уз дужност навођења разлога због чега нису изнете у првостепеном поступку

ку (члан 159 став 2); као и предавање жалбе директно другостепеном органу у одређеним случајевима, као што су ћутање управе, неиздавање у року уверења или других исправа о чињеницама о којима се води службена евиденција или неодлучивање о захтеву за разгледање списка предмета (члан 161 став 2), могу знатно да допринесу побољшавању правног положаја странака. Исти случај је и са новом обавезом првостепеног органа да уз жалбу, поред списка предмета, другостепеном органу пошаље и свој одговор на жалбу, у коме је дужан да оцени све жалбене наводе (члан 166 став 2 и 3), чије је пропуштање чак и прекршајно санкционирано, новчаном казном од 5.000 до 50.000 динара за одговорно службено лице (члан 208), што би требало да значајно убрза и скрати управни поступак.

Већина измена у правном режиму и жалбе због ћутања управе могу се позитивно оценити. Такав је случај са увођењем изричите обавезе за другостепени орган да сам мериторно реши управну ствар у случају поновљеног ћутања првостепеног органа (чл. 173 став 2), а посебно увођење дисциплинске одговорности за овлашћено службено лице, односно одговорно лице у органу управе, у случају непоштовања рокова који доводе до ћутања управе (члан 210 став 2), о чему је напред већ било речи. Међутим, то никако не би могао да буде случај и са ограничавањем права странке на изјављивање ове специфичне врсте жалбе са роком од годину дана од истека рока за одлучивање по њеном захтеву (члан 153 став 2). Наиме, с обзиром на то да су странке до сада право на изјављивање жалбе због ћутања управе уживале у временски неограниченом периоду, увођење крајњег рока за изјављивање ове врсте жалбе могло би понекад да представља вид умањења степена њихове правне заштите у управном поступку, а то сигурно није требало да буде циљ новог закона.¹⁹

¹⁹ Без обзира на жељу законодавца да се увођењем крајњег рока за изјављивање жалбе због ћутања управе увећа степен извесности у правном поретку, ова новина ипак може да представља одређено смањивање нивоа заштите права странака у односу на досадашњи закон. Наиме, поновно подношење захтева истоветне садржине органу који није у законском року издао решење, након истека рока од годину дана од подношења претходног захтева свакако је правно могуће, као што је и наведено у образложењу Предлога закона, пошто негативни управни акти не стичу својство правноснажности, међутим, никако не може да представља адекватно алтернативно правно решење за странку у свакој правној ситуацији. Понекад могу да постоје и случајеви да странка може да има правни интерес да жалбу против ћутања управе поднесе и након више од годину дана од истека законског рока за издавање решења, уместо да поново покреће управни поступак новим захтевом према истом органу. Такав случај може бити везан за ситуацију када је у међувремену измењено материјално право које је било меродавно за процену основаности њеног захтева, па подношењем новог захтева странка нема правни основ за остваривање неког права или правног интереса. У пракси је то релативно чест случај са бројним

За разлику од свих досад споменутих новина у правним режиму правних средстава, које у основи могу добити прелазну оцену, никако се позитивним не могу оценити бројне новине које су уведене у систем ванредних правних средстава. Новим законом је укупан број ванредних правних средстава смањен, са шест на пет, а називи су им значајно преформулисани (Мењање и поништавање решења у вези са управним спором (члан 175), Понављање поступка (члан 176-182), Поништавање коначног решења (члан 183), Укидање решења (члан 184), Поништавање, укидање или мењање правноснажног решења на препоруку Заштитника грађана (члан 185)). Међутим, суштинска питања за њихов правни режим, као што су разлози за употребу, надлежност органа за решавање и рокови у којима се могу користити, нису битније мењани. Стога се ни од свих измена које су извршене у погледу ванредних правних средстава, ма колико се на први поглед чинило да су значајне, не може очекивати да ће битније допринети повећању нивоа правне заштите странака у овој врсти правно уређеног поступка, а што би требало да буде суштина њихове промене.²⁰

Закључно разматрање

За нови Закон о општем управном поступку Републике Србије може се рећи да садржи низ нових правних института, од којих се са пуним правом може очекивати да ће у значајној мери унапредити вођење управног поступка на савременим основама, и у складу са најважнијим европским правним принципима везаним за рад органа управе. Да би сви новоуведени или измењени правни институти могли заживети у пракси, што мора бити циљ сваког новог правног прописа, поред свеобухватне едукације службеника који се могу јавити у својству овлашћеног службеног лица у управном поступку, и то на свим нивоима вршења управне делатности који данас постоје у Републици Србији, ради упознавања са њиховим значењима, неопходно је и да се у што краћем року, кроз одговарајућу измену појединих правних прописа, законског и

правима на остваривање различитих врста олакшица, попут пореских, царинских и сл., као и са правом на повраћај доприноса за социјално осигурање, итд.

²⁰ О томе колико се пажљиво осмишљеним изменама заиста ради у погледу ванредних правних средстава у новом Закону о општем управном поступку видети детаљније: З. Лончар, *Европски правни стандарди и управни поступак у Србији*, Зборник "Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније", Нови Сад, 2016, стр. 475–476.

подзаконског карактера, створи ваљан правни основ за њихову употребу у управном поступку.

Код неких нових правних института, као што је случај, на пример, са електронским општењем органа и странака, неопходно је што пре, на одговарајући начин, ускладити више пратећих правних прописа, да би се нове одредбе Закона о општем управном поступку могле примењивати, попут Закона о електронском документу, Закона о електронском потпису, Уредбе о електронском канцеларијском пословању органа државне управе, као и Упутства о електронском канцеларијском пословању, и то независно од још увек крајње неизвесног завршетка рада на изради Закона о електронској управи. Измену наведених прописа би требало што хитније извршити у циљу пуне примене нових одредаба Закона о општем управном поступку, независно од чињенице да у прелазним и завршним одредбама новоусвојеног Закона о општем управном поступку таква обавеза уопште није предвиђена за надлежне државне органе.

Међутим, код неких новоуведених правних института, као што је случај, пре свих, са јединственим управним местом, неопходна је значајна измена основних прописа који су системске природе у области државне управе, попут Закона о државној управи,²¹ да би они могли стварно да заживе у управној пракси, с обзиром на то да ти новоуведени правни институти у управном поступку нису само процесне, већ и организационе природе. У том случају би измену Закона о државној управи требало искористити да се изврше и друге измене тог закона, које захтева пуна и у правном систему исправна примена новог Закона о општем управном поступку, као што је случај са увођењем међу основне активности органа државне управе и нових активности обухваћених новоуведеним појмом управне ствари, попут закључивања управних уговора, пружања јавних услуга итд. Такође, требало би ускладити и различито дефинисане појмове, у том закону, али и у другим прописима, као што је, на пример, Закон о управним споровима,²² са новим Законом о општем управном поступку, какав је случај са управним радњама, управним актом, управном ствари итд., о чему у овом раду није било речи, а на шта смо још знатно раније указали током припреме самог закона.²³

²¹ Закон о државној управи, "Службени гласник РС", бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010 и 99/2014.

²² Закон о управним споровима, "Службени гласник РС", бр. 111/09.

²³ Видети: З. Лончар, "О Нацрту Закона о општем управном поступку", *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 35, 2013, стр. 425–444; З. Лончар, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства“, *Правни живот*, бр. 10, 2013, стр. 319–333.

Без одговарајуће и благовремене нормативне активности надлежних државних органа, а пре свега министарства надлежног за послове државне управе, као најодговорнијег органа државне управе за стање система државне управе, па и за правилну примену прописа о управном поступку, нови Закон о општем управном поступку ће остати мањкав, без могућности да испуни циљ који би објективно морао да оствари – ефикасније и економичније вођење управног поступка, уз повећање правне сигурности грађана као странака у овој врсти правног поступка.

**Zoran Lončar, Ph. D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Novi Sad**

THE MOST IMPORTANT NEW LEGAL INSTITUTES IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

For the new Law on General Administrative Procedure of the Republic of Serbia, which was adopted on February 29, 2016, whose full implementation began on June 1, 2017 can be said that it contains a number of new legal institutes, from whom it can be rightfully expected to significantly improve conducting of the administrative procedure on a modern basis, and in accordance with the most important European legal principles related to the work of the administrative bodies.

In order to implement in practice all introduced or changed legal institutes, what should be goal of each new legal regulation, it is necessary, in addition to the comprehensive education of officers who can appear as an authorized official in the administrative procedures at all levels of administrative activity that exists today in the Republic of Serbia, as soon as possible, through the appropriate change of certain legal regulations, to create a valid legal basis for their proper use in the administrative procedure.

Without adequate and prompt normative activities of the competent state bodies, above all the ministry in charge for state administration, as the most

responsible state administration body for the state administration system, and for the proper conducting of the administrative procedure, the new Law on General Administrative Procedure will remain defective, without ability to fulfill objective that could be achieved - more efficient and more economical conducting of the administrative procedure, with increasing of legal security of citizens, as parties in this type of legal process.

Key words: *administration, administrative body, administrative procedure, law on general administrative procedure.*

УДК: 35.07:[349.22:347.23(497.11)

doi 10.7251/PR5017297S

Излагање са научног скупа

ЈАВНА СВОЈИНА И ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Др Марко Станковић*

Апстракт: Проблем својине локалне самоуправе један је од кључних проблема у вези са локалном самоуправом у Републици Србији. С обзиром на то да без финансијске самосталности нема суштинске самоуправе, локална самоуправа мора бити финансијски независна у односу на државу. У оквиру овог рада анализира се статус локалне самоуправе у Србији, даје се кратак историјски осврт на еволуцију њене имовине, а највећа пажња се посвећује позитивноправним решењима, садржаним у Уставу од 2006. године и одговарајућим законима.

Кључне речи: локална самоуправа, јавна својина, Устав Републике Србије од 2006, Закон о финансирању локалне самоуправе, Закон о јавној својини.

Увод

Како већина савремених држава тежи демократији и демократским вредностима, чини се неизоставним и нужним уређивање питања локалне самоуправе или права на локалну самоуправу, које је један од предуслова за успешно функционисање демократских поредака. Пошто постоји оправдана бојазан, с обзиром на тренутно чињенично стање, а нарочито са аспекта међународних људских права, да прописана права представљају само „мртво слово на папиру“, могло би се основано претпоставити да би напредак у том смеру био управо квалитетан механизам

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Рад је настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

за остварење права грађана на локалну самоуправу, имајући у виду да је тешко, готово немогуће, остварити права на ширем плану, односно на целој државној територији, поготово када су у питању веће земље, ако се не омогућава спровођење права грађана у мањим локалним заједницама. О енормном значају локалне самоуправе сведочи и усвајање Европске повеље о локалној самоуправи од 1985, која, између осталог, каже да је право грађана да учествују у вођењу јавних послова најнепосредније остварљиво управо на локалном нивоу. Међутим, како је услед бројности становништва често немогуће непосредно учествовање у политичком животу, односно активно одлучивање о политичким и другим животним питањима, преостаје само посредно одлучивање преко представника.

Систем локалне самоуправе у Републици Србији, успостављен Уставом од 2006. и законима донесеним наредне године, темељи се на сличним начелима која су успостављена након доношења Устава Републике Србије од 1990, који је напустио комунални систем и вратио се класичној локалној самоуправи. Од тада су чак четири пута доношени нови закони, којима је изнова уређиван положај локалне самоуправе (1991, 1999, 2002. и 2007. године). Иако су сви закони о локалној самоуправи углавном били у складу са принципима које садржи Европска повеља о локалној самоуправи, генерално се може рећи да је сваки наредни закон предвиђао солиднија и свеобухватнија решења од претходног. То, ипак, не значи да постојећи систем локалне самоуправе у Србији нема слабости и да се не може значајно поправити. Напротив. Питања којима би законодавац могао да посвети пажњу у блиској будућности како би унапредио локалну самоуправу су: 1) број и величина јединица локалне самоуправе, односно структура и територијална основа локалне самоуправе, која је наслеђена још из времена СФРЈ и има одређене недостатке; 2) локална демократија и начин избора локалних представника (одборника у скупштинама јединица локалне самоуправе), како би се смањио утицај политичких странака на локалне представничке органе, а самим тим и ублажио централизам у држави; 3) начин избора градоначелника и председника општина, ради евентуалног повећања ефикасности локалне самоуправе; 4) јачање месне самоуправе, као начин за снажење локалне демократије и подстицање грађана да непосредно учествују у обављању локалних надлежности, али и начин за „ублажавање“ слабости концепције великих и јаких општина и 5) имовина локалне самоуправе, чији би статус требало регулисати на свеобухватан начин, што је један од главних предуслова за финансијску самосталност локалне са-

моуправе. Уколико би се у наведених пет области учинила одговарајућа побољшања, систем локалне самоуправе у Србији би у целини био много више у складу и са начелима демократије и начелима ефикасности, која су, када се ради о локалној самоуправи, неретко супротстављена. На тај начин би се релативно брзо постигли значајни резултати, без потребе да се спроводе „револуционарне“ промене у систему локалне самоуправе, чије би се повољне последице могле показати тек након неколико година или чак неколико деценија.¹

Велики проблем који је везан за локалног представника јесте везаност за политичку партију, у којој ситуацији се сучељавају две тежње – „страначка“ и „локална“, односно тежња за развитком локалне заједнице из које потиче локални представник. Пошто локална самоуправа, осим права грађана на територијалну самоуправу у локалним заједницама, представља и елемент државног уређења, нарочито у случају вршења поверених државних послова, такав статус изнедрио је три солуције који се тичу односа између државних органа и локалне самоуправе. Прва је пуна самосталност, која једина која гарантује материјално, суштинско право грађана, насупрот оном формалном које егзистира једино на папиру, али рађа нови проблем, а то је финансијски капацитет. Наиме, проценат учешћа државних финансијских средстава у развијеним системима локалне самоуправа повећао се скоро на 50% од укупног броја финансијских средстава која локалним властима стоје на располагању. Друга могућност јесте потпуна несамосталност локалне (само)управе, која представља локални ниво државне власти, а трећа је мешовити систем, у којем су јединице локалне самоуправе у обављању одређених послова из своје надлежности самосталније, док су у другим подвргнуте већем државном утицају.

Финансијска и имовинска самосталност локалне самоуправе чине један од њених кључних елемената. Најједноставније речено, не може постојати самоуправа уколико локални органи не располажу слободно финансијама и имовином.² Држава може најнепосредније, а истовремено веома прикривено, да врши притисак на обављање локалних послова управо тако што ће да утиче на располагање финансијским сред-

¹ Заговорници темељне реформе локалне самоуправе, Димитријевић и Вучетић, као принципе стратегије реформе локалне самоуправе наводе: демократизацију, децентрализацију, дерегулацију, деполитизацију и деетатизацију, а затим наводе девет „приоритета“ те реформе (Предраг Димитријевић, Дејан Вучетић, *Систем локалне самоуправе*, Београд 2011, 276–283).

² „Општина мора имати својину. Ако нема имовине, не можемо да говоримо о независности локалне самоуправе“ (П. Димитријевић, Д. Вучетић, 259).

ствима и имовином локалне самоуправе. Без адекватног финансијског потенцијала, локалне власти не могу да реализују бројне захтеве који произлазе из њиховог домена послова и постају зависне од централне власти поводом попуњавања њихових хроничних буџетских дефицита, а управо успостављање таквих веза доводи до специфичних односа контроле од стране виших нивоа власти и подређености локалних органа централним државним органима. Та ситуација, уз коришћење макијавелистичке логике, може довести до остваривања опценог политичког резултата, који се може окарактерисати као „централизација децентрализацијом“.³ Због свега тога, од изузетне је важности да се одговарајућим прописима, пре свега уставом и законима, обезбеди материјална независност локалних органа од централних власти. У Републици Србији се у том погледу стало на пола пута – донесен је закон о финансирању локалне самоуправе, али не и посебан и целовит закон о њеној имовини, иако за његово доношење постоји ваљан уставни основ.

Промена друштвено-економског уређења у Србији и Југославији и приватизација која је уследила знатно су утицале на питање локалне самоуправе и њено финансирање. У даљем тексту ће се анализирати како имовина којом располаже локална самоуправа може утицати на њен статус и развитак, односно како нови Закон о јавној својини регулише питање њене имовине, као и да ли је Закон о финансирању локалне самоуправе довољан да оствари постављене циљеве.

Јавна својина

Право својине је, као што је познато, стварно право, највиша правна и фактичка власт на одређеној ствари и оно подразумева право држања, коришћења и располагања једном ствари. Дакле, оно је по структури једно комплексно право, које садржи три компоненте. Прва од њих је овлашћење држања, које је претпоставка за коришћење ствари, а састоји се у правној могућности да се има фактичка власт на ствари, да се има државина ствари. Друга компонента је овлашћење коришћења, када је могуће предузимање материјалних аката према ствари ради извлачења користи из ње.⁴ Последња компонента је овлашћење располагања, које

³ Саша Кристић, *Изворни приходи у систему финансирања локалне самоуправе у Републици Србији*, Београд 2006, 34.

⁴ Овлашћење коришћења ствари има два облика, а то су: употреба ствари и прибирање плодова и других прихода.

може бити фактичко и правно. Фактичко располагање се састоји у предузимању материјалних аката којима се утиче на супстанцију ствари. Правно располагање састоји се у предузимању правних аката којима се право својине у целини или делимично преноси на друге субјекте.⁵

Јавна својина је својина која је обликована на тај начин што се нека овлашћења која садржи право својине појачавају, а друга смањују.⁶ У јавну својину спадају државна својина, својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе. Према члану 3 Закона о јавној својини, предмет јавне својине су природна богатства, добра од општег интереса и добра у општој употреби, ствари које користе органи и организације Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, установе, јавне агенције и друге организације чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе и друге ствари које су у јавној својини. Према Закону о јавној својини, свако ко одлучује о стварима у јавној својини, ко их користи или њима управља, дужан је да поступа као добар домаћин и одговоран је за то у складу са законом. Такође, носиоци права јавне својине могу заједнички или са другим лицима инвестирати у изградњу добара од општег интереса, добара у општој употреби и других добара и по том основу, у складу са законом, стицати право коришћења или друго право и убирати приходе по том основу. Корисници ствари у јавној својини су државни органи и организације, органи и организације аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе и јавна предузећа, друштва капитала чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као и њихова зависна друштва, на основу уговора закљученог на основу акта надлежног органа, а којим нису пренете у својину тог јавног предузећа, односно друштва. Ствари у јавној својини могу се дати на коришћење и осталим правним лицима, концесијом или на неки други начин који је предвиђен законом. Аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе не могу стећи својину, односно сусвојину на стварима које могу бити искључиво у својини Републике Србије.

⁵ Обрен Станковић, *Стварно право*, Београд 1999, 56.

⁶ Рајко Јелић, *Јавна својина и сродни облици*, Београд 2013, 423.

Трансформација облика својине у Републици Србији након 1990. године

Да би се боље разумело стање у погледу имовине локалне самоуправе у Србији, неопходно је кратко се осврнути на прошлост. После Другог светског рата у нашој земљи је уставом било зајемчено право својине грађана и грађанских правних лица на одређеним стварима и у одређеном обиму, али је доминантни и основни облик својине била друштвена својина. Дакле, у периоду социјализма претежна је била друштвена својина, а тек његовим одумирањем први пут се као облик својине јавља приватна својина.

Својински односи успостављени у Републици Србији средином деведесетих година прошлог века били су засновани на начелу строге централизације. Устав Србије од 1990. године јемчио је и равноправно штитио друштвену, државну, приватну и задружну својину. Целокупна промена одиграла се веома брзо, и доношењем и примењивањем разних закона, а и других подзаконских аката, друштвена својина претварана је у друге облике својине. На основу Закона о средствима у својини Републике Србије од 1995, сва средства локалне самоуправе, као и средства јавних предузећа и установа чији је оснивач локална самоуправа, постала су државна својина. Србија је тако постала можда и једина европска земља у којој јединице локалне самоуправе нису имале своју имовину, што је, између осталог, било у супротности и са Европском повељом о локалној самоуправи (коју, додуше, наша земља у то време није ратификовала, нити је то могла да учини, с обзиром на то да тада још увек није била чланица Савета Европе). Последица наведеног решења била је немогућност јединица локалне самоуправе да стичу, штите и одржавају сопствену имовину, као и немогућност да закључују многе правне послове, попут зајмова са хипотекарном гаранцијом, издавања непокретности у закуп, продаје имовине, издавања хартија од вредности и слично. Због тога је Милан Влатковић писао да „је нужно, када је у питању обезбеђење финансијских и материјалних претпоставки, заокружити субјективитет локалне самоуправе, њену правну и пословну способност, јер је он нецеловит без имовинскоправне компоненте, без могућности да локална самоуправа буде титулар права својине и других имовинских права на добрима која користи.“⁷

⁷ Милан Влатковић, *Право локалне самоуправе*, Бања Лука 2008, 279.

Однос јавне својине и локалне самоуправе у Републици Србији

Устав (чл. 86) прописује равноправност свих облика својине, истичући да се „јемче приватна, задружна и јавна својина“, а под јавном својином се подразумева државна својина, као и својина аутономне покрајине и локалне самоуправе.⁸ Овом се одредбом, дакле, уводи категорија својине локалне самоуправе, што значи да је направљен раскид са ранијим решењем према којем је својина локалне самоуправе била у ствари државна својина. Устав предвиђа (чл. 87) и да се „начин коришћења и располагања имовином јединица локалне самоуправе уређује посебним законом“. Како наводи Миле Илић, овакво решење представља велики напредак у јачању јединица локалне самоуправе, пошто су органи јединица локалне самоуправе раније „имали право само на коришћење и располагање државном имовином, а новим Уставом постају титулари имовине којом самостално располажу, која је њихова, о којој аутономно одлучују“, што је „значајан предуслов за снажење концепције локалне самоуправе у свим сегментима, од којих је имовина веома битан.“⁹ Услов за такав напредак, међутим, представља доношење одговарајућег закона којим би статус имовине локалне самоуправе био свеобухватно, а не само парцијално, уређен. Наведене одредбе представљају елегантан основ за јачање јединица локалне самоуправе, јер се одустало од решења према којем оне имају само право на коришћење и располагање поменутом државном имовином.

Закон о локалној самоуправи од 2007.¹⁰ не садржи посебне норме о финансирању и имовини локалне самоуправе, већ предвиђа (чл. 15) да се финансирање локалне самоуправе и управљање њеном имовином уређују другим (посебним) законима. Закон о финансирању локалне самоуправе усвојен је још 2006, али закон којим би на свеобухватан начин било уређено располагање имовином локалне самоуправе годинама након тога није донесен. Његовим доношењем многа би проблематична питања у вези са имовином и финансирањем локалне самоуправе у Србији била решена.

Према члану 1 *Закона о финансирању локалне самоуправе (ЗФЛС)*¹¹, њиме се уређује обезбеђивање средстава општинама, градовима и гра-

⁸ Погледати: Маријана Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009, 107–108.

⁹ Миле Илић, „Локална самоуправа у новом Уставу Србије из 2006“, *Устав Србије – критичка анализа* (ур. Ратко Марковић, Драгутин Брчин), Београд 2007, 175.

¹⁰ Закон о локалној самоуправи, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 129/2007 и 83/2014.

¹¹ Закон о финансирању локалне самоуправе, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 62/2006.

ду Београду за обављање изворних и поверених послова. Изворни и поверени послови јединица локалних самоуправа финансирају се путем буџета. Изворни приходи јединица локалне самоуправе јесу приходи које локална самоуправа оствари на својој територији, као што су: порез на имовину, локалне административне таксе, локалне комуналне таксе, боравишна такса, приходи по основу самодоприноса итд. Средства за финансирање послова општине обезбеђују се у буџету општине, при чему се одвојено исказују средства пренета из буџета Републике за финансирање поверених послова. Извори за финансирање послова општине су: 1) порези, таксе, накнаде и остали јавни приходи; 2) локални приходи утврђени законом; 3) самодоприноси, за задовољавање потреба грађана. Из одредаба Закона о локалној самоуправи о граду произлази да граду припадају приходи утврђени Законом за општине, као и 10% пореза на промет производа и услуга оствареног на територији града, а одређеног за финансирање јавних расхода у Републици, као и да се ти приходи користе за обављање изворних послова.

Насупрот решењу да се о финансирању локалне самоуправе донесе посебан закон, о њеној имовини такав закон није донесен. Додуше, 2011. донесен је *Закон о јавној својини (ЗЈС)*¹², којим су регулисана питања у вези са предметом, носиоцима, прибављањем, располагањем и управљањем јавном својином, коришћењем јавне својине, а предвиђена су и правила о успостављању јавне својине. На тај начин је, без сумње, учињен крупан корак унапред у погледу регулисања положаја имовине локалне самоуправе, али чини се да је „најпроблематичнија“ одредба Закона она која прописује општа правила за успостављање јавне својине, јер фаворизује државну својину у односу на покрајинску, општинску и градску (чл. 72 ЗЈС). Тај члан, наиме, практично задржава постојеће стање, прописујући да сва имовина која је била у својини државе и даље има исти статус, уз предвиђање одређених правила по којима покрајинска аутономија и локална самоуправа могу стећи својину над имовином коју користе и која им је неопходна за функционисање. Суштина тих законских правила је да јединице локалне самоуправе (и органи покрајинске аутономије) стичу право јавне својине уписом у јавне књиге, а на основу захтева за упис који морају да поднесу (чл. 76–79 ЗЈС). У пракси, међутим, јединице локалне самоуправе нису подносиле захтеве у довољној и очекиваној мери, а законом предвиђени рок за подношење је истицао (6. октобра 2014), па је Народна скупштина била принуђена

¹² Закон о јавној својини, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 62/2006.

да изменом Закона о јавној својини продужи тај рок за још две године. Остаје да се види да ли ће јединице локалне самоуправе у будућности искористити своја права или ће држава остати доминантан носилац права јавне својине. Питање је, међутим, да ли је овакво решење у погледу стицања имовине локалне самоуправе, по којем је све препуштено иницијативи јединица локалне самоуправе, целисходно и да ли ће довести до жељених резултата.¹³

На крају, интересантно је поменути и да је Закон о јавној својини предвидео да „градска општина има право коришћења на стварима у својини града у чијем је саставу“, а да „на стварима које прибави градска општина, право својине стиче град у чијем је саставу градска општина, а градска општина има право коришћења“ (чл. 18 ст. 2 и 3 ЗЈС). Тиме је потврђена концепција Закона о локалној самоуправи према којој градске општине нису изворне јединице локалне самоуправе, него изведене јединице. Слична је ситуација и са месним заједницама и другим облицима месне самоуправе (чл. 18 ст. 4 ЗЈС).

Локалне самоуправе према закону не могу да располажу имовином коју тренутно само користе или њоме управљају. Код јединица локалне самоуправе постављају се два кључна питања: 1) да ли оне имају довољно ликвидних средстава да покрију своје текуће финансијске обавезе које стално пристижу на подмиривање; 2) да ли јединице локалне самоуправе имају довољно средстава да финансирају своје развојне потребе и дугорочне капиталне пројекте. У зависности од тога, јединице локалне самоуправе окрећу се задуживању, као извору додатних финансијских средстава.

Питање самосталности јединица локалне самоуправе знатно се изменило или се покушало изменити одредбама Закона о јавној својини 2011. године. Проблематика се највише односи на супериоран положај државне својине, тј. задржава се исто стање, државна својина је фаворизована у односу на покрајинску, општинску и градску. У вези са тим, постављена је могућност да покрајинска аутономија и локална самоуправа стекну својину над имовином коју користе и која им је неопходна за функционисање. Процес стицања обухвата упис у јавне књиге уз обавезно претходно подношење захтева за упис.

Према Закону о јавној својини, јавну својину имају само држава, покрајина, град или општина. Тај облик својине може постојати само на

¹³ Марко Станковић, *Локална самоуправа у Србији – прошлост, садашњост, будућност*, Београд 2015, 167–170.

одређеним добрима код којих се препознаје јавни интерес. То су она добра која су у општој употреби, као што су путеви, пруге, објекти који служе за обављање функције власти државних органа, као и други облици од јавног значаја. Закон о јавној својини одређује да држава има ексклузивно право на успостављању власти над природним богатствима, уз могућност да и локална заједница успостави власт над појединим природним богатствима. Локална заједница може стећи право коришћења природног богатства, уговором са државом. Основни принципи одлучивања о својинским овлашћењима локалне заједнице, по питању природних богатства, јесу ти да се коришћењем тих богатства наноси што мања штета животnoj средини, здрављу људи или животиња. Добра над којима само држава, покрајина, град или општина може имати јавну својину су пруге, путеви, гасна, водоводна, канализациона и друге мреже. Општина је та која обезбеђује услове изградње и одржавање улица и тргова, локалних, сеоских и других некатегорисаних путева у насељима, и у складу са законом она обезбеђује управљање тим путевима и одобрава њихову изградњу. Према члану 174 Закона о локалној самоуправи, јединица локалне самоуправе утврђује називе улица, тргова и градских четврти и других делова насељеног места на својој територији. Ти насељени делови не могу носити називе или имена лица којима се вређају морал грађана, родољубље и слободарске традиције народа и државе. Локална самоуправа као ималац својине постаје важан фактор у процесу децентрализације власти. Не може постојати самоуправа уколико локални органи не располажу самостално финансијама и имовином. Држава утиче на располагање финансијским средствима и имовином локалне самоуправе и тако врши притисак на обављање локалних послова. Осим јавне својине, држава, покрајина и локална заједница могу имати и приватну својину, такву својину могу имати и физичка лица, односно грађани.

Закључак

Уколико јединица локалне самоуправе није финансијски аутономна у односу на државу, онда је и сама самоуправа мртво слово на хартији. Без обзира на ширину изворног делокруга и постојање локалне демократије, нужно је да јединица локалне самоуправе располаже адекватним финансијским средствима за вршење својих надлежности.

С друге стране, најефектнији, а истовремено најмање приметан начин за државну интервенцију у сфери локалних послова јесте финансијска контрола над јединицама локалне самоуправе. Стање у вези са локалним финансијама у Републици Србији је у последњој деценији прошлог века било незадовољавајуће, јер је финансирање локалне самоуправе у огромној мери зависило од републичких власти, при чему јединице локалне самоуправе нису могле имати сопствену имовину (већ је постојала само државна својина).

Доношењем Закона о финансирању локалне самоуправе од 2006, а затим и Закона о јавној својини од 2011, ситуација у погледу финансија и имовине локалне самоуправе у Србији се у извесној мери побољшала, иако још увек има недостатака које би требало поправити. Пре свега, требало би рационализовати процедуру за стицање имовине локалне самоуправе, јер постојећи модел, према којем се очекује иницијатива локалних власти, у пракси није дао најбоље резултате.

Циљ локалне самоуправе, као облика одлучивања на ужим деловима државе, јесте сврсисходно решавање локалних проблема, ако је могуће независно од страначке опредељености, уз дозвољен суптилни идеолошки утицај, али не од стране централних органа власти, који нису блиско упознати са проблемима и циљевима одређене локалне заједнице, већ од самих изабраника, односно представника локалне заједнице, који су бирани или би бар требало да буду бирани на основу личних особина, а не као страначке листе.

Начин финансирања локалне самоуправе јак је важан за њену суштинску самосталност. Другим речима, не може постојати самоуправа уколико локални органи не располажу слободно финансијама и имовином. Остаје отворено питање да ли у Републици Србији актуелна законска регулатива представља корак ка апсолутном негирању локалне самоуправе, односно апсолутној потчињености локалних органа државној власти. Утицај државне власти на располагање финансијама и имовином локалне самоуправе може представљати средство за спровођење политичких одлука централне власти вршењем притиска на обављање локалних послова, јер шта би локална заједница могла да постигне без или са недовољним финансијским средствима? Локална власт која је веома ретко бирана на основу личних особина представника, а не страначке листе, постала би претежно или у потпуности зависна од државног врха, што би и искључило њену евентуалну самосталност, ако њен финансијски потенцијал не би био довољно велики да реши постављене пробле-

ме и реализује постављене захтеве који произлазе из потребе локалне заједнице, а са којима су најбоље упознати управо грађани те заједнице.

Финансијски проблеми изнедрили би и политичке проблеме услед потчињености локалне власти државној. Наиме, чак и у пожељном начину бирања локалних представника, очекивани резултати би изостали с обзиром на недовољна финансијска средства којом локална заједница самостално располаже, с једне стране, и условљавање за давање истих од стране државне власти, с друге стране, што би изазвало и другачије опредељење на следећим изборима, под велом незнања како функционише локална власт. И у случају када би се бирали представници на основу личних особина, овакав систем, односно субординација локалних заједница државној власти, постепено би потискивао добре особине оваквог начина бирања локалних представника, јер би и они најбољи били рђавих особина јер би резултати изостајали, те би се на крају избори свели на мање зло.

Политички и финансијски новитети долазе усвајањем Закона о јавној својини, који, како смо видели, другачије регулише својину локалне самоуправе, истина и даље фаворизујући државну. Но, остаје да у будућности видимо да ли такав механизам функционише, с обзиром на то да је и одобрење поднетог захтева могуће довести у питање, имајући у виду споредно питање у вези са овом темом, а важно у смислу државног функционисања, које се тиче корупције и већ познатог политичког и страначког притиска. Такође, и одобрени захтеви ништа не гарантују, па нам једино преостаје да кроз нешто дужу праксу јединица локалне самоуправе видимо да ли наша законска регулатива обезбеђује самосталност локалним заједницама или је у питању само ново формално право са дискутабилним разлогом.

Dr. Marko Stankovic
Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law
Belgrade (Serbia)

PUBLIC PROPERTY AND LOCAL SELF-GOVERNMENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The problem of property of local self-government is one of the key problems related to local self-government in the Republic of Serbia. Considering that without financial autonomy there is no fundamental self-government, the local self-government must be financially independent in relation to the state. This paper analyzes the status of local self-government in Serbia, gives a brief historical review of the evolution of its property, and pays the greatest attention to the positive legal solutions contained in the Serbian Constitution of 2006 and the relevant laws.

Key words: *Local self-government, public property, Constitution of the Republic of Serbia of 2006, Law on Financing of Local Self-Government, Law on Public Property.*

УДК: 353.2.071.2:351.076

doi 10.7251/PR5017311V

Прегледни чланак

PROCES REFORME JAVNE UPRAVE U BOSNI I HERCEGOVINI – IZMEĐU OČEKIVANOG I POSTIGNUTOG

Doc. dr Nevenko Vranješ*

Prof. dr Vladimir Đurić**

Rezime: *Reforma javne uprave u Bosni i Hercegovini je složen i nedovršen proces koji iziskuje kontinuirano postupanje. Integracioni procesi konstantno pred ovu zemlju postavljaju izazove u različitim društvenim i političkim sferama nerijetko zanemarujući činjenicu da se radi o zemlji komplikovanih društvenih odnosa, složene ustavne strukture pa samim tim i ograničenih upravnih kapaciteta. Strategija reforme javne uprave u BiH iz 2006. godine kao i akcioni planovi koji su je pratili istekla je sa polovično ostvarenim ciljevima. Novi strategijski okvir još uvijek nije donesen uprkos zahtjevima institucija Evropske unije za reformom i jačanjem domaćih upravnih kapaciteta u svrhu prilagođavanja i kasnije implementacije komunitarnog prava. Rad daje pregled reforme javne uprave u BiH identifikujući ključne izazove i praveći poređenje između očekivanih i postignutih rezultata.*

Ključne riječi: *javna uprava, reforma javne uprave, strategija za reformu javne uprave, akcioni plan za provođenje strategije za reformu javne uprave i politizacija javne uprave.*

Pojam reforme i reforme javne uprave

U etimološkom smislu posmatrano, riječ reforma potiče od istoimene latinske riječi *reforma*, pri čemu, prema Milanu Vujakliji, reforma ima sljedeća značenja: preinačenje, preinaka, preobražaj, promjena nabolje, preustroj-

* Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci.

** Institut za uporedno pravo Beograd.

stvo, izmjena, popravka, popravka nekog stanja ne mijenjajući suštinu, mijenjanje nabolje postojećih rješenja zakonskim putem i sl.¹ Uz ovaj pojam figuriraju i njemu bliski ili sastavni pojmovi kao što su: tranzicija, modernizacija, razvoj, promjene, integracije i sl. koji već više od deceniju na našim prostorima intenzivno zaokupljaju pažnju naučne, stručne, medijske i svake druge javnosti.²

Reformski procesi u savremenom društvu, u većini oblasti, predstavljaju imperativ i uslov integracijskim procesima za koje se ogromna većina zemalja opredijelila, što sopstvenom voljom, što uslovljavanjem, stojeći na stanovištu da integracije nemaju alternativu, ili bolje rečeno nemaju perspektivnu alternativu.³ Takav pristup reformisanja, menjanja, razvijanja, napredovanja i modernizovanja, suprotan je zadržavanju postojećeg, "povratku" tradicionalnim vrijednostima i restauraciji starog poretka u svim vidovima koji su mogući.⁴ Mnogobrojni su faktori koji potiču i utiču na reforme. Kada su u pitanju naši prostori i javna uprava, čini se da ne postoji uticajniji faktor koji determiniše reformu javne управе kao što je proces evropskih integracija koji ovoj oblasti diktira reformski pravac. Proces evropskih integracija pruža smjernice davanjem minimalnih standarda za reformu javne управе koji trebaju biti dostignuti kako bi se ojačali kapaciteti javne управе da usvoji i implementira *Acquis communautaire*. On je svakako spoljni poticaj imanentan našem podneblju iako treba imati u vidu da u većini zemalja na reformu javne управе utiču promjene političke vlasti i određene političke ideologije i programi.⁵ Reforma javne управе dolazi do značaja i činjenicom da su javna uprava i njena djelatnost, oblast društvenog života koja se nalazi u stalnom fokusu građana za čije je potrebe uglavnom koncipirana, te podatak, da je prema nekim istraživanjima, svaki šesti posao u državi upravni.⁶

Prema Razvojnem programu Ujedinjenih nacija (UNDP), reforma javne управе je sveobuhvatna i obično obuhvata promjene u oblastima organi-

¹ Vujaklija, M., *Leksikon stranih reči i izraza*, Prosveta, Beograd, 1980, str. 802.

² Vranješ, N., *Položaj službeničkog sistema u reformi javne управе u zemljama postsocijalističke tranzicije*, doktorska disertacija, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, str. 2.

³ *Ibid.*, str. 2.

⁴ Šire vidjeti: Mićunović, D., *Reforma ili restauracija*, prvo izdanje, Fond „Centar za demokratiju“, Beograd, 2005, str. 4.

⁵ Šire vidjeti: Pelgrims, C., *The impact of politicians and administrative reform processes? Analyzing the introduction and implementation of mandates for top civil servants*, Leading the Future of the Public Sector: The Third Transatlantic Dialogue University of Delaware, Delaware, USA, 2007.

⁶ Cooper, P. J., *Public Law and Public Administration*, Mayfield, 1983, str. 316, navedeno prema: Vlatković, M., *Službeničko pravo*, Besjeda i BLC, Banja Luka, 2009, str. 23.

zacione strukture, decentralizaciju, personalni menadžment, javne finansije, upravljanje zasnovano na rezultatima, regulatorne reforme itd. Ona se, takođe, može odnositi i na ciljane reforme kao što su Zakon o državnoj službi i drugi. Samo reformisana javna uprava koju će odlikovati efikasnost, odgovornost, transparentnost, pouzdanost može biti od značaja za funkcionisanje određene nacije i dovesti do ostvarivanja milenijumskih razvojnih ciljeva koji su sadržani u deklaraciji UN-a.⁷

Tranzicija i reforma su procesi koji već decenijama vladaju našim prostorima, drugačije rečeno, sudbina ovih prostora je da se nalaze pod stalnim reformama. I dok se u zemljama razvijenih demokratija reforma vezuje za modernizaciju, kod nas reforma još uvijek uglavnom znači ukidanje organa, smanjenje i otpuštanje personala, gubitak raznih prava, neizvjesnost i druge uglavnom negativne konotacije.

Zanemarujući subjektivna, pa i psihološka shvatanja reforme, valja naglasiti da u praktičnom smislu reforma javne uprave obuhvata najmanje tri dimenzije: organizacionu, funkcionalnu i personalnu.

Organizaciona dimenzija reforme javne uprave ogleda se u pitanju koliko organa uprave je potrebno za provođenje upravne djelatnosti na pojedinih nivoima organizacije države, koji su oblici tih organa, kakva je njihova unutrašnja i međusobna povezanost, na kojim principima formirati te organe i kako njima upravljati odnosno rukovoditi.⁸

U funkcionalnom smislu reforma javne uprave pretežno obuhvata nježno novo zakonsko pozicioniranje sa proširenjem nadležnosti i jasnom enumeracijom aktivnosti.⁹ U tom smislu, posebno težište se daje na normativnoj djelatnosti uprave na način da se ona ne samo zakonski pozicionira, već se stvara povoljan prostor za jačanje upravnih kapaciteta koji će složen proces nomotehničke i stručne pripreme zakonske i podzakonske regulative dovesti do najvišeg nivoa.¹⁰ Kvalitetni zakonski propisi kojima se određuje upravna

⁷ *Public Administration Reform, Practice Note*, UNDP, 2003, p. 2-3. Takođe vidjeti: Abou Zaid, S., *Public Administration Reform: Policy Critique*, American University in Cairo, dostupno na: http://www.academia.edu/3613907/UNDPs_Note_on_Public_Administration_Reform_Policy_and_Approach_Critique, pristupljeno: 1. 5. 2015. godine.

⁸ O tome šire: Tomić, Z., *Upravno pravo sistem*, četvrto doterano izdanje, Službeni list SRJ, Beograd, 2002, str. 211–216; Stjepanović, N., Lilić, S., *Upravno pravo, opšti deo*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1991, str. 93–102 i Popović, S., *Upravno pravo, opšti deo*, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1989, str. 113–125.

⁹ Vranješ, N., *Službenički sistemi i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016, str. 93.

¹⁰ Šire vidjeti: Kunić, P., *Ciljevi i pravci reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini i Republici Srpskoj*, „Moderna uprava, časopis za upravno – pravnu teoriju i praksu“ (ur. Karajica, V.), br. 1/2008, Agencija za državnu upravu, Banja Luka, 2008, str. 18.

djelatnost s aspekta njene sadržine donose se uz širu društvenu afirmaciju i uključenost naučnih, stručnih i drugih zainteresovanih subjekata. Pri tome, prevazilazi se starija teorijska koncepcija svođenja uprave na donošenje pojedinačnih (u)pravnih akata i vršenje materijalnih radnji prinude i ograničenja jer je to naprosto nemoguće u eri pojačane upravne djelatnosti i razvoja javnih službi kao i elektronske uprave i drugih novih upravnopravnih instituta.

Svi upravni sistemi prepoznaju kadrove kao neizostavan i nezamjenjiv subjekat bez obzira na savremena dostignuća nauke i tehnike. Stoga personalni segment reforme javne uprave predstavlja najveći izazov u ukupnim reformama u ovoj oblasti. Ovakvo nešto temeljimo na više razloga. „Prvo, kadrovi su istovremeno i nosioci reformi odnosno njeni izvršioci, a pri tome su i objekat odnosno predmet same reforme. Otuda proizlazi da sami sebe transformišu i reformišu. Drugo, pokrenuti i uspostaviti potpuno novi službenički sistem posle gotovo pet decenijskog monolitnog procesa selekcije i načina rada predstavlja i više od izazova. Najzad, reformisati službenički sistem podrazumijeva niz najkompleksnijih rješenja koja se kreću od potpuno novog procesa selekcije kadrova, njihovog usavršavanja, napredovanja, sistema odgovornosti do posebnog radnopravnog režima i menadžmenta ljudskih resursa”.¹¹

Strategijski okvir za reformu javne uprave nužno sadrži sva tri navedena ali i još neke segmente.

Referentna tijela i dokumenti u oblasti reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini

Komitet ministara Savjeta Evrope obrađujući pitanje reforme javne uprave izdao je set preporuka u ovoj oblasti: (a) preporuke koje se odnose na upravni postupak; (b) preporuke koje se odnose na vansudsku zaštitu od nezakonitih upravnih akata; (c) preporuke koje se odnose na sudsku zaštitu od sudskih upravnih akata; (d) preporuke koje se odnose na izvršenje upravnih i sudskih odluka i (e) preporuke koje se odnose na status državnih službenika.¹²

¹¹ Vranješ, N., *Službenički sistemi i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016, str. 85.

¹² Vidjeti: Rezolucija (77) 31 o zaštiti pojedinca u odnosu na akte organa uprave (usvojena od strane Savjeta Evrope – Komiteta ministara na 275. sjednici održanoj 28. septembra 1977. na nivou zamjenika ministara); Preporuka Rec (2003)16 zemljama članicama u vezi sa izvršenjem upravnih i sudskih odluka u oblasti upravnog prava (usvojena od strane Savjeta Evrope – Komiteta ministara na 851. sjednici održanoj 9. septembra 2003. na nivou zamjenika ministara); Preporuka br. R (91) 1 zemljama članicama u vezi sa administrativnim sankcijama (usvojena od strane Savjeta Evrope – Komiteta ministara na 452. sjednici održanoj 13. februara 1991. na nivou zamjenika ministara); Preporuka Rec (2001) 9, zemljama

Prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane i BiH, s druge strane u dijelu koji nosi naziv *Reforma javne uprave*, navodi se da će saradnja imati za cilj unapređenje razvoja efikasne i odgovorne javne uprave u Bosni i Hercegovini, dopunjavajući reformske napore preduzete do sada u ovoj oblasti. „Saradnja u toj oblasti uglavnom će biti usmjerena na izgradnju institucija, u skladu sa zahtjevima Evropskog partnerstva, i uključivaće aspekte poput izrade i provođenja transparentnih i nepristrasnih procedura izbora zaposlenih, upravljanja ljudskim potencijalima i napredovanja u službi, stalne obuke, promovisanja etike u okviru javne uprave i jačanja procesa donošenja politika. Prilikom provođenja reformi pažnja će biti posvećena ciljevima fiskalne održivosti, uključujući i aspekte fiskalne strukture. Saradnjom će biti obuhvaćeni svi nivoi javne uprave u Bosni i Hercegovini.”¹³

Support for Improvement in Governance and Management – SIGMA je zajednička inicijativa Evropske unije i Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj – OECD (*The Organization for Economic Cooperation and Development*), osnovana radi tehničke, stručne i savjetodavne podrške zemljama Jugoistočne Evrope u reformi njihovih javnih uprava, a u sklopu jačanja kapaciteta za evropske integracije.

SIGMA je tokom 2014. godine definisala ukupno 49 principa za Strateški okvir za reformu javne uprave u pet oblasti reforme javne uprave sa ukupno 55 indikatora, od čega 30 kvantitativnih i 25 kvalitativnih. Generalno, za strateški okvir za reformu javne uprave formulisano je pet principa kojih prate pet kvantitativnih i tri kvalitativna indikatora dok su reformske oblasti strukturirane po sljedećem: (1) Izrada i koordinacija politika (12 principa, pet kvantitativnih i pet kvalitativnih indikatora); (2) Državna služba i upravljanje ljudskim potencijalima (sedam principa, pet kvantitativnih i pet kvalitativnih indikatora); (3) Odgovornost uprave (pet principa, pet kvantitativnih

članicama o alternativama sudskom procesu između organa uprave i privatnih stranaka (usvojena od strane Savjeta Evrope – Komiteta ministara 5. septembra 2001. godine na 762. sastanku zamjenika ministara); Preporuka br. R (87) 16 zemljama članicama o upravnim postupcima koji pogađaju veliki broj lica (usvojena od strane Savjeta Evrope – Komiteta ministara 17. septembra, 1987. godine na 410. sastanku zamjenika ministara) i Memorandum sa objašnjenjima u vezi sa Preporukom Rec (2001) XX o alternativama sudskom postupku između organa uprave i privatnih stranaka, Savjet Evrope – Komitet Ministara. Navedeno prema: Lipovača, H., Bakrač, A., Cerić, S., *Evropski upravni prostor i pitanje reforme javne uprave kao jedan od strateških ciljeva BiH na putu prema Evropskoj uniji*, II međunarodna naučna konferencija „Bosna i Hercegovina i euroatlantske integracije, Trenutni izazovi i perspektive“, Bihać, 2014, str. 292.

¹³ Čl. 111 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane i BiH, s druge strane, http://www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA, pristupljeno: 18. 8. 2017. godine.

i pet kvalitativnih indikatora); (4) Pružanje usluga (četiti principa, pet kvantitativnih i tri kvalitativna indikatora i (5) Finansijsko upravljanje u javnom sektoru (16 principa, sa po pet kvantitativnih i kvalitativnih indikatora).¹⁴ Kao ključni reformski zahtjevi navedeni su prvo: *uspostavljanje liderstva za reformu javne управе, te da strateški okvir mora pružiti osnovu za provođenje prioriternih reformskih aktivnosti odgovarajućim redoslijedom, u skladu sa finansijskim mogućnostima vlade* i drugo: *rukovodstvo reforme javne управе omogućava upravljanje i usmjeravanje reformi, određuje ko je odgovoran za provođenje i obezbjeđuje profesionalnu administraciju potrebnu za provođenje reformi*. Kao strateški principi navedeni su: (1) Vlada je izradila i donijela djelotvoran program RJU kojim se rješavaju ključni zahtjevi; (2) RJU se provodi svrsishodno, ciljevi ishoda reforme su utvrđeni i redovno se prate; (3) Obezbijeđena je finansijska održivost RJU; (4) RJU ima snažne i funkcionalne strukture za koordinaciju, kako na političkom tako i na administrativnom nivou kojima se usmjerava proces izrade i provođenja reforme i kojima se tim procesom upravlja; i (5) Jedna vodeća institucija ima odgovornost i kapacitet da upravlja procesom reforme, uključene institucije imaju jasnu odgovornost i kapacitet za sprovođenje reforme.¹⁵

Valja napomenuti da je po prvi put kada su zemljama potencijalnim kandidatima i kandidatima za Evropsku uniju dati praktični kvantitativni i kvalitativni indikatori na osnovu kojih je moguće sagledavati kako ispunjenost principa tako i mjeriti praktičan uspjeh reformi. Istina, neki indikatori su poprilično apstraktni pogotovo oni kvalitativni ali je operacionalizacija principa postala izvjesnija, stiče se jasnija vizija evropskog upravnog prostora pa je tako i konvergencija domaćeg sa evropskim upravnim prostorom realnija. Kvalitativni indikatori mjere zrelost određenih komponenti javne управе skalom od 1 do 5, pri čemu je 1 najniži, a 5 najviši rezultat. Podaci koji predstavljaju dokaz monitoringa indikatora prikupljaju se godišnjim procesom procjene stanja koju vrši OECD-SIGMA. Stepen do kojeg konkretna država kandidat ili potencijalni kandidat primjenjuje ove principe u praksi predstavlja pokazatelj kapaciteta njene javne управе da efikasno provodi *acquis communautaire*, u skladu sa kriterijumima koje je definisao Evropski savjet u Kopenhagenu 1993. godine i u Madridu 1995. godine.¹⁶

¹⁴ *The Principles of Public Administration, An Overview*, OECD, SIGMA, EU, 2014. dostupno na: <http://www.sigmaweb.org/publications/principles-public-administration-eu-enlargement.htm>, pristupljeno: 18. 8. 2017. godine.

¹⁵ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶ Đurović, G.: *Izazovi reforme javne управе u kontekstu evropskih integracija i u funkciji ekonomskog razvoja, eksterna analiza*, Projekat: Izrada strateškog okvira za strategiju za reformu javne управе BiH, Lucid Linx, Sarajevo, 2016, str. 11.

SIGMA je već 2017. godine, iako čini se principi javne uprave iz 2014. još nisu realizovani, otišla korak dalje i promovisala nove principe javne uprave koji se odnose na zemlje obuhvaćene politikom proširenja EU. Suštinski, radi se o nešto revidiranim principima koji su novelirani shodno najnovijim kretanjima na putu integracija zemalja kandidata i članica za EU. Ključni reformski zahtjev je sada monolitan i postavljen je na sljedeći način: *Vođenje reforme javne uprave i odgovornost za njeno provođenje je uspostavljeno i strateški okvir predviđa provođenje prioriternih i podijeljenih reformskih aktivnosti usklađenih sa finansijskim okolnostima vlade.* Prema navedenom, definisana su četiri nova principa strateškog okvira reforme javne uprave, i to: (1) vlada je razvila i donijela efikasnu agendu za reformu javne uprave koja sadrži ključne izazove; (2) reforma javne uprave se provodi svrshodno, reformski ciljevi su postavljeni i redovno se prate; (3) obezbijedena je finansijska održivost reforme javne uprave i (4) reforma javne uprave ima snažno i funkcionalno upravljanje, koordinacione strukture na političkom i administrativnom nivou upravljaju reformskim planom i implementacijom reforme.¹⁷

U komparativnoj studiji pod nazivom Optimizacija javne uprave u zemljama Zapadnog Balkana ReSPA (*Regional School of Public administration*)¹⁸ od 2016. godine dat je opis stanja po reformskim komponentama kao i ključne preporuke sa kratkoročnim (1–2 godine) i srednjoročnim (3–5 godina) ciljevima u oblasti budžeta; upravljanja ljudskim resursima; organizaciji, efikasnošću i efektivnošću i procesu donošenja odluka.¹⁹

Strategijski reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini iz 2006. godine

Iako dokument nosi naziv Strategija reforme javne uprave – zapravo se radi o reformi jednog upravnog nivoa koji je najbliži terminu „državna uprava”. Budući da je strategija obuhvatila nivo dvaju entiteta i to samo republiku upravu Republike Srpske i organe uprave na nivou Federacije BiH, te Brčko distrikt BiH i zajedničke institucije BiH, a izostavila kantone, opštinske i

¹⁷ *The Principles of Public Administration*, OECD, SIGMA, EU, Edition 2017, p. 9.

¹⁸ ReSPA (*Regional School of Public administration*) je međunarodna organizacija za razvoj regionalne saradnje javne uprave zemalja zapadnog Balkana. Primarni cilj ReSPA je razvoj javnih uprava zemalja potpisnica Sporazuma o uspostavljanju ReSPA (Albanija, BiH, Srbija, Crna Gora i Hrvatska). Škola je finansirana od strane Evropske unije.

¹⁹ *The Optimization of Public Administration in the Western Balkan Region: Comparative Study with Baseline Analyses*, ReSPA, September 2016, p. 30-36, 60-66 and 103-116.

gradske nivoe te javna preduzeća i javne ustanove, što u organizacionom pogledu čini javnu upravu, onda je sasvim jasno da se ne radi o reformi cjelokupne javne управе već samo njenom jednom segmentu.

Strategija za reformu javne управе u Bosni i Hercegovini iz 2006. године (u nastavku текста користićемо скраћени назив PAR 2006) полazi од чињенице да реформа представља предуслов за интеграцију БиХ u Европску унију (EU), која управне капацитете, као и способност усвајања и провођења основних прописа EU (*acquis communautaire*) сматра главним условом за чланство u EU.²⁰ Strategija је u складу s кључним стратегијским документима и обавезама БиХ, попут Европског партнерства,²¹ Strategije за европске интеграције БиХ,²² те Средњорочне развојне стратегије.²³

Vizija PAR 2006 jeste stvaranje javne управе која би била ефикаснија, продуктивнија и одговорнија, која би грађанима пружала боље услуге за мање новца, те пословала на основу транспарентних и отворених процедура, уз испunjавање свих услова постављених Европским интеграцијама, а time би постала средство за континуирани и одрживи друштвено-економски развој.²⁴

Na основу изнесене vizije дефинисани су слjedeћи циљеви: (1) jaчање општих управних капацитета кроз реформу основних хоризонталних система и структура управљања; (2) stvaranje коherentнијих управних структура u оквиру и између различитих нивоа управе и (3) unapређење централних управа на nivou БиХ, entiteta и Brčko distrikta БиХ.

PAR 2006 је обухватила шест реформских области (komponenti): (1) strateško planiranje, koordinaciju и израду политика; (2) javne finansije; (3) upravljanje ljudskim potencijalima; (4) upravni postupak и upravne usluge; (5) institucionalno komuniciranje и (6) elektronska uprava. Planirano је да се PAR 2006 реализује кроз два акциона плана. Акциони план 1 (AP1) који је имао за циљ разvijanje капацитета за ефикасно и коherentно доношење политика и koordinaciju ради испunjавања јавних циљева те изградњу, jaчање и konsolidaciju и usklađivanje општих система јавних finansija, ljudskih resursa, управних по-

²⁰ *Strategija za reformu javne управе u BiH (PAR 2006)*, Sarajevo, 2016, str. 7.

²¹ Vidjeti: Uredba Savjeta EU (EC) No 533/2004 22. marta 2004. године.

²² *Strategija integrisanja Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju*, Savjet ministara BiH, 2006, dostupno na: http://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiNz_yDjdvVAhVKDcAKHbfsArgQFggjMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.dei.gov.ba%2Fbih_ieu%2Fnajvazniji_dokumenti%2Fdokumenti_direkcije%2F%3Fid%3D2620&usg=AFQjCNGxq4ttjq92H2bHJI8EMVXyfsQ9Og, pristupljeno: 16. 8. 2017. године.

²³ Vidjeti: *Srednjoročna razvoјna strategija BiH 2004-2007*, dostupno na: http://www.dep.gov.ba/dokumenti_politika/srednjorocna_razvoјna_strategija/default.aspx?id=133&langTag=bs-BA, pristupljeno: 16. 8. 2017. године.

²⁴ *Strategija za reformu javne управе u BiH (PAR 2006)*, Sarajevo, 2016, str. 7.

stupaka, informacionih tehnologija i institucionalne komunikacije, i Akcioni plan 2 (AP2) – trebalo je da obuhvati stvaranje uslova za razvoj sektorskih kapaciteta u ključnim sektorskim politikama kojima bi se povećala koherentnost i efikasnost uprave u devet javnih sektora. Tokom 2011. godine pripremljen je Revidirani akcioni plan 1 (RAP1) dok AP2 nikada nije donesen.

Prema podacima Kancelarije za reformu javne uprave BiH (PARCO), ukupna implementacija mjera iz AP1 je krajem juna 2011. godine, kada je završeno provođenje mjera iz ovog dokumenta, iznosila je 52,28%. Ukupno posmatrano, od početka implementacije AP1 do 30. juna 2011. godine najveći napredak u implementaciji ostvaren je u reformskoj oblasti Institucionalna komunikacija (69,15%), a najmanji u oblasti Informacijske tehnologije (38,97%). U oblasti Izrada politika i koordinacijski kapaciteti ostvareni napredak je 50,35%, u oblasti Javnih finansija – 54,65%, a u oblasti HRM-a – 59,31%. Napredak u oblasti Upravnog postupka iznosio je 41,17%.

Najveći stepen implementacije mjera iz AP1 ostvaren je u Brčko distriktu BiH – 57,19%, a najmanji u FBiH – 48,92%. Napredak na nivou zajedničkih institucija BiH iznosio je 49,11%, a u RS – 56,45%.²⁵

Prema PARCO izvještaju, do kraja 2015. godine provedeno je 65% ciljeva iz RAP1. Najveći procenat realizacije ciljeva je u Republici Srpskoj (73%) dok je najmanji u Brčko distriktu (60%).²⁶

Budući da je PAR 2006 sa pratećim AP istekla 2014. godine, valjalo je pristupiti donošenju novih strategijskih dokumenata, što u BiH zemlji složene ustavne strukture i konstantno komplikovanih političkih odnosa nije nimalo jednostavan zadatak. U nastavku rada kratko ćemo se osvrnuti na neke dokumente koji su opredijelili nove reformske ciljeve i zahvate u oblasti javne uprave u BiH.

Reformska agenda za Bosnu i Hercegovinu

Tokom 2015. godine na osnovu inicijativa Ujedinjenog Kraljevstva i Njemačke, u Bosni i Hercegovini je dogovoren i prihvaćen dokument pod nazivom Reformska agenda za Bosnu i Hercegovinu za period 2015–2018. godina (Agenda). Cjelokupan dokument ima za cilj da se kroz opsežne reformske procese ojačaju kapaciteti BiH u pristupanju Evropskoj uniji. Valja zapa-

²⁵ *Analiza provođenja Strategije reforme javne uprave – radni nacrt*, PARCO u saradnji sa Good Governance Fund Ambasade UK i SIGMA, Sarajevo, 2016, str. 11.

²⁶ *Ibid.*, str. 11.

ziti da je jedna od zemalja inicijatora, Velika Britanija, u toj godini uveliko radila na organizaciji i provođenju referenduma o izlasku iz Evropske unije, koji je i održan 23. juna 2016. godine. Dakle, zemlja čija je populacija na održanom referendumu izglasala napuštanje Evropske unije vodeći je zagovornik ulaska jedne druge zemlje u istu tu Evropsku uniju. Svakako da će se to odraziti potonje na samo provođenje Agende u smislu zainteresovanosti inicijatora pa i same Evropske unije za ishod planiranih reformi.

U tački 13 Agende polazi se od pretpostavke da je Reforma javne uprave jedan od ključnih prioriteta za osiguranje fiskalne održivosti i kvalitetno pružanje usluga građanima te da je istu neophodno sprovesti u tijesnoj vezi sa reformama u socijalno-ekonomskom sistemu i vladavini prava. Istim članom je utvrđeno da će Savjet ministara BiH, entitetske vlade, vlade kantona i Brčko distrikta usvojiti ključne principe koji su temelj za naredni ciklus reforme javne uprave. U tom smislu uprava mora biti modernija, kompetentnija, transparentnija, efikasnija, ekonomičnija i odgovornija kako bi se poboljšalo pružanje javnih usluga i ostvarile uštede.

Kao set konkretnih mjera u području reforme javne uprave, Agenda navodi sljedeće: (1) *svi nivoi vlasti izradiće nove zakone o državnim službenicima i zaposlenicima uz pomoć Svjetske banke²⁷ i SIGMA programa kako bi se olakšala reforma javne uprave i uvela veća fleksibilnost radnih aranžmana. Navedeni zakoni treba da budu usvojeni nakon usvajanja novih Zakona o radu u entitetima, Brčko distriktu BiH i kantonima;* (2) *kandidati za zapošljavanje u državnu službu biće ocjenjivani na osnovu prethodno određenih kriterija kvalifikovanosti i rezultata testova kompetentnosti, a organi uprave će obezbijediti zapošljavanje najbolje rangiranih;* (3) *Savjet ministara BiH, entitetske vlade, vlade kantona i Brčko distrikta će uvesti ograničenja na zapošljavanje u javnoj upravi sve dok revidirani kadrovski sistemi ne budu donešeni i provedeni (uključujući i korišćenje norme), a ukupan fond plata u javnom sektoru će biti zamrznut do donošenja revidiranog sistema određivanja plata na osnovu vrijednosti i* (4) *objavljivanje odluka o žalbama u postupcima javnih nabavki (kao zakonska obaveza) biće od centralnog značaja za obezbjeđivanje transparentnosti u procedurama nabavki²⁸*

Valja zapaziti da do sada, izuzev usvajanja novog radnog zakonodavstva u entitetima, ništa od navedenog nije realizovano.

²⁷ Ovdje zapažamo interpolaciju tipične finansijske institucije u oblast službeničkog zakonodavstva.

²⁸ Vidjeti: http://www.vijeceministara.gov.ba/search/Default.aspx?q=agenda&searchDepth=0&select edCategory=0&contentType=0&langTag=bs-BA&template_id=93&pageIndex=1, pristupljeno: 11. 8. 2017. godine.

Izvještaji Evropske komisije za Bosnu i Hercegovinu u domenu reforme javne uprave

Analizirajući izvještaje Evropske komisije o napretku Bosne i Hercegovine, fokusirajući se na oblast javne uprave u periodu od 2005. do 2016. godine, iznosimo sljedeća zapažanja:

- (...) Efikasnost javne uprave treba povećati. „Entitetske vlade, pogotovo u Republici Srpskoj su povremeno bile neprijateljski nastrojene prema decentralizaciji javne uprave, jer bi to vodilo do prenosa nadležnosti sa entitetskog na državni nivo.” Još uvijek postoji nedovoljna zaštita od političkog miješanja u javnu upravu kada se radi o višim rukovodećim pozicijama, gdje etnički identitet i partijsko članstvo i dalje igraju značajnu ulogu. Iako postoji sloboda pristupa informacijama, građani ne posjeduju svijest o mogućnosti korišćenja ove slobode. (...);²⁹
- (...) Bosna i Hercegovina mora ubrzati reforme u oblasti javne uprave kako bi izgradila transparentnu, efikasnu i nezavisnu javnu upravu koja je sposobna da bolje reaguje na potrebe svojih građana i zahtjeve integracije u EU. Bosna i Hercegovina ima glomaznu administrativnu strukturu. (...);³⁰
- (...) Komplikovana je administrativna struktura u Bosni i Hercegovini. Nisu provedene sektorske reforme. Ne postoje garancije sprečavanja zapošljavanja u javnoj upravi političkim uticajem. (...);³¹
- (...) Upravne strukture su i dalje glomazne, a u nekim slučajevima rascjepkane i sklone dupliranju i nejasnoj podjeli nadležnosti kako između institucija na istom nivou tako i vertikalno između različitih nivoa vlasti. Neophodno je preduzimati održive napore kako bi se spriječilo političko uplitanje i ograničila uloga koju ima etnički identitet i stranačka pripadnost u javnoj upravi. (...);³²
- (...) Ukazuje se na rascjepkanost institucija javne uprave, dupliranje, nejasnu podjelu nadležnosti i nedovoljnu mobilnost državnih službenika. I dalje je prisutan problem politizovane državne uprave što se posebno vidi kroz uticaj političkih i nacionalnih elita na zapošljavanje i napredovanje u državnoj službi. (...);³³

²⁹ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2005. godini.

³⁰ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2006. godini.

³¹ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2007. godini.

³² Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2008. godini.

³³ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2009. godini.

- (...) Državna služba je i dalje veoma ispolitizovana. Potrebne su transparentne procedure zapošljavanja zasnovane na uspješnosti i sistem modernog napredovanja u karijeri i profesionalizacija. Nije ostvaren napredak u smislu ograničavanja uloga koju politička podobnost ima u javnoj upravi. Preporuke Ombudsmana BiH nailaze na problem nesprovođenja usljed nedostatka političke volje. (...);³⁴
- (...) Otežano je funkcionisanje institucije Ombudsmana BiH zbog nesprovođenja njegovih preporuka. Rascjepkanost i politizacija državne službe ključni su problemi u sprovođenju reformi. (...);³⁵
- (...) Nije bilo poboljšanja u procedurama zapošljavanja kako bi se obezbijedila sigurna primjena objektivnih i kriterija za zapošljavanje koji su zasnovani na zaslugama. Rascjepkanost i politizacija i dalje otežavaju stvaranje profesionalne, odgovorne, transparentne i djelotvorne državne službe, utemeljene na zaslugama i kompetentnosti. Institucija Ombudsmana BiH i dalje ima probleme u sprovođenju preporuka. (...);³⁶
- (...) Stalna rascjepkanost i politizovanje sistema državne službe i dalje je razlog za zabrinutost. Na svim nivoima vlasti potrebno je posvetiti dodatnu pažnju razvoju profesionalne, odgovorne, transparentne i efikasne državne službe zasnovane na zaslugama i stručnosti. Institucija Ombudsmana BiH i dalje ima probleme u sprovođenju preporuka. Rascjepkanost i politizacija javne управе ostaje i dalje prisutna. (...);³⁷
- (...) Kapaciteti državne službe su još uvijek slabi kada je u pitanju usklađivanje sa *acquisem* i njegovim provođenjem i obavezama koje proizlaze iz Privremenog sporazuma i Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Potrebno je u značajnoj mjeri ojačati administrativne strukture u zemlji kako bi mogle da efikasno odgovore na zahtjeve procesa pristupanja EU. Politička podrška radu institucije Ombudsmana i dalje je slaba, kao i implementacija preporuka ove institucije. (...);³⁸
- (...) Javna služba u BiH je fragmentirana (rascjepkana), što još uvijek ne doprinosi nastanku jedinstvenih standarda i kriterijuma profesionalne državne službe na svim nivoima u BiH. Zakonski

³⁴ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2010. godini.

³⁵ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2011. godini.

³⁶ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2012. godini.

³⁷ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2013. godini.

³⁸ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2014. godini.

okviri nisu konzistentni jer se na različitim nivoima vlasti primjenjuju različiti zakoni koji se odnose na državnu službu. Integritet u javnoj službi relativno je dobro riješen usvajanjem antikorupcijske politike i akcionih planova, kodeksa ponašanja državnih službenika, pravila o nespojivosti funkcija i osnivanjem Agencije za borbu protiv korupcije. Ne postoji zakonska obaveza za zaposlene u javnom sektoru da javnosti stave na raspolaganje podatke o svojoj ličnoj imovini i приходима. U entitetima i Brčko distriktu još uvijek ne postoji zakonodavstvo o zaštiti uzbunjivača. Krivični zakon BiH i odgovarajući zakoni u Federaciji BiH, Republici Srpskoj i Brčko distriktu ne oslobađaju zaposlene u javnom sektoru od odgovornosti u slučajevima zloupotrebe službenog položaja. Broj lica procesuiranih za zloupotrebu službenog položaja je veoma nizak. Cjelokupna organizacija javne uprave u Bosni i Hercegovini nije pogodna za obezbjeđivanje jasnih linija odgovornosti, pogotovo zbog strukture i ovlašćenja različitih organa državne uprave koji su uređeni tako da se preklapaju i nemaju jasan zakonodavni okvir. Uglavnom, to je dovelo do preplitanja odgovornosti i linija izvještavanja, pri čemu je preko 40 institucija direktno odgovorno Savjetu ministara. Ne postoje procedure kojima se obezbjeđuje kontrola stvaranja novih institucija, a što se tiče linija odgovornosti u okviru institucija, menadžerska odgovornost još uvijek nije uspostavljena i afirmisana u administrativnoj, normativnoj i organizacionoj strukturi državne uprave. Kada je u pitanju pravo na upravno pravosuđe, zbog karaktera strukture i organizacije vlasti, upravni spor je decentralizovan i vodi se na opštim sudovima. Međutim, povjerenje u sudove generalno je nisko, iako postoji niz zakona koji regulišu pravo na naknadu štete u slučajevima nezakonitog ponašanja, nedostaje normativni okvir regulisanja javne odgovornosti, kao pravnog, političkog i moralnog načela, a praktična primjena postojećih pravila u toj oblasti je nedostatna i nedosljedna. (...);³⁹

Imajući u vidu da je Izvještaj iz 2016. godine najnoviji te da je on najreferentniji za izradu novog strateškog okvira za reformu javne uprave, njemu ćemo posvetiti nešto širu pažnju.

Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2016. godinu, u poglavlju Reforma javne uprave, otpočinje sa konstatacijom da je BiH u ranoj fazi reforme javne uprave te da napredak u protekloj godini nije ostvaren. Štaviše, konstatuje se

³⁹ Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2015. godini.

nazadovanje budući da je, kako se navodi izmjenama i dopunama Zakona o državnoj službi u Federaciji BiH, povećan rizik od politizacije. Izvještaj podvlači i nedostatak političke podrške za sveobuhvatnu reformu naglašavajući fragmentiranost javne službe.

Izvještaj nabraja konkretne aktivnosti koje je potrebno preduzeti na planu reforme javne управе на бази прошлогодишњих препорука Европске комисије: (1) изградити, усвојити и почети проводити cjelodržavni strateški okvir за реформу јавне управе уз снажно политичко вођење и смјернице; (2) обезбједити провођење ефикасног система управљања људским ресурсима, посебно у запошљавању, измјенити и допунити прописе о државној служби на инклузиван начин и на основу поузданих података како би се смањило ризик од политизације државне службе на свим нивоима власти и (3) усвојити cjelodržavni програм реформе управљања јавним финансијима који је усклађен са новим strateškim оквиrom за реформу јавне управе.⁴⁰

Izvještaj у дијелу који се односи на јавну службу и јавне финансије наводи да је правни оквир за јавну службу у БиХ веома фрагментран јер се различити закони примјенјују за државну службу на различитим нивоима власти. Понавља се констатација да је у децембру 2015. године Федерација БиХ усвојеним измјенama и допунama закона о државним службеницима уклонила више и средње руководеће позисије из надлежности државне службе чиме је направљен велики корак уназад када је у питању политичка неутралност државне службе будући да су тиме омогућена политичка именованја и разрјешенја на вишим и средњим руководећим позисијama. Извјештај такође констатује да су привремено обустављени чланови закона који омогућавају овакво запошљавање до доношења одлуке Уставног суда о меритуму.⁴¹ По овом питању ваља нагласити да је Уставни суд Федерације БиХ Пресудом бр. У-13/16 од 07.12. 2016. године утврдио да Закон о измјенama и допунama Закона о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине (“Службене новине Федерације БиХ”, број: 99/15), није сагласан са Уставом Федерације Босне и Херцеговине. Поред proceduralних разлога (закон донијет по hitном поступку, што није у складу са Уставом Федерације БиХ), Уставни суд је стао на становиште да законска одредба по којој би руковођиоци у државној служби били везани за mandatни период, при чему би лица која су на тим позисијama од раније била распоређена на друго радно мјесто, док би нови кадрови били постављени од стране политички именованих функционера, није у сагласности са Међународним пактом о грађанским и политичким правима јер се тиме врши селективно propisivanje изузетакa радних

⁴⁰ Извјештај о Босни и Херцеговини за 2016. годину, Европска комисија, Брисел, 2016, стр. 8.

⁴¹ Видјети: Рјешенје о привременој мјери Уставног суда Федерације БиХ У-13/16 од 28. 6. 2016. године.

mjesta koja po Zakonu o državnoj službi Federacije BiH čine sistem radnih mjesta državne uprave u Federaciji BiH. Osporeno rješenje, prema mišljenju Ustavnog suda, nije prihvatljivo i iz razloga što je time Agencija za državnu službu Federacije BiH marginalizovana i izostavljena iz procesa izgradnje profesionalne, politički nezavisne, odgovorne i efikasne državne službe, a takođe Ustavom Federacije BiH svakom građaninu garantuje se pravo da bez ikakve diskriminacije po bilo kojem osnovu, uz opšte uslove jednakosti, ima jednak pristup državnoj službi.⁴²

Dalje analizirajući upravljanje ljudskim potencijalima, Izvještaj navodi da postoji princip zapošljavanja i napredovanja državnih službenika na osnovu zasluga ali je njegova primjena otežana zbog nejasnih zakonskih odredaba, formalističke primjene postupaka i slabog kapaciteta komisija za selekciju. Upravljanje ljudskim potencijalima je podijeljeno i neefikasno zbog nepostojanja centralne institucije za kreiranje politike na državnom i entitetskim nivoima. Postoje četiri glavne agencije za državnu službu koje obavljaju centralizovane funkcije upravljanja ljudskim potencijalima koje nemaju ovlašćenja da provode i prate politike državne službe. Pojedinačno, službe za upravljanje ljudskim potencijalima osnovane su samo u malom broju institucija. Uvedeni su informacioni sistemi za upravljanje ljudskim resursima na različitim nivoima uprave, ali se ne koriste za donošenje odluka i planiranje zbog nedostatka podataka i zbog pravnih prepreka u pogledu zaštite podataka.⁴³

U pogledu obuke državnih službenika Izvještaj zapaža da ona nije u potpunosti obezbijeđena te da obuke i usavršavanja nisu održiva bez spoljnih donatorskih sredstava.

U pogledu ocjenjivanja rezultata rada državnih službenika zaključak je da je ono uređeno i da se provodi redovno ali da ocjenjivanje nema implikacije na stručno usavršavanje i mobilnost.

Analizirajući pitanje integriteta u javnoj službi, Izvještaj konstatuje da postoji uređenost ovog instituta na „državnom nivou” kroz planove za borbu protiv korupcije i planove integriteta, kodekse ponašanja za državne službenike, pravila o nespojivosti funkcije i kroz rad Agencije za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije. Međutim, Agencija ima ograničena ovlašćenja kada je u pitanju provođenje planova i percepcija korupcije je i dalje visoka.

⁴² Iz obrazloženja presude Ustavnog suda Federacije BiH, br. U-13/16 od 7. 12. 2016. godine, Službene novine Federacije BiH, br. 99/15.

⁴³ Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2016. godinu, Evropska komisija, Brisel, 2016, str. 10.

Osvrćući se na segment odgovornosti javne uprave, Izvještaj navodi da složena ustavna rješenja negativno utiču na ukupnu organizaciju javne uprave u Bosni i Hercegovini jer nisu jasno utvrđene linije odgovornosti. Pravni propisi koji uređuju strukturu i ovlašćenja različitih organa javne uprave su nejasni i preklapaju se. Rezultat toga je da više od 40 institucija direktno odgovara Savjetu ministara, a ne svojim resornim ministarstvima.⁴⁴

Izvještaj konstatuje da institucija Ombudsmana BiH, iako aktivna u izdavanju preporuka, rijetko postupa *ex officio* dok je samo provođenje preporuka u javnoj upravi na niskom nivou.

Kada je u pitanju pravo građana na pristup informacijama od javnog značaja, Izvještaj ističe nedostatak nezavisnog organa koji bi postupao po žalbama građana, te se naglašava nisko povjerenje građana u sudove.

Najzad, Izvještaj posvećuje značajnu pažnju i sektoru pružanja usluga građanima i poslovnim subjektima naglašavajući da je potrebno posvetiti veću pažnju korisnički orijentisanoj upravi. U tom smislu, kao nedostatak se ističe nefunkcionisanje elektronskog potpisa na „državnom” nivou zbog nepotpunih podzakonskih akata čime su elektronske usluge građanima svedene samo na pružanje informacija. Takođe, u Izvještaju se naglašava potreba pojednostavljivanja upravnih postupaka pri čemu se preporučuje da posebne upravne postupke treba preispitati i ukinuti ili uskladiti sa Zakonom o upravnom postupku, a da izuzetke treba svesti na minimum i dozvoliti ih samo kada su propisno obrazloženi.⁴⁵

Analizirajući navedene izvještaje (12 izvještaja), u vremenskom periodu od 2005. do 2016. godine, dolazimo do jednih te istih konstatacija u pogledu stavova Evropske komisije o javnoj upravi u BiH, koji se mogu svesti na isticanje rascjepkanosti i fragmentiranosti javne uprave pri čemu se najvjerovatnije misli na postojanje nekoliko upravnih nivoa sa mnogobrojnim i dupliranim organizacionim subjektima koji su na različitim nivoima organizovanja vlasti, zatim politizacija javne uprave posebno u domenu kadrova pri čemu Evropska komisija konstatuje kontinuiran uticaj političkih autoriteta na izbor kadrova javne uprave. Takođe, konstantne zamjerke idu i na ne(transparentnost) javne uprave pogotovo u domenu proaktivnog informisanja, nemogućnost institucije Ombudsmana za ljudska prava BiH, loš i nerazvijen koncept elektronske uprave, neodrživost sistema obuke i usavršavanja kadrova, horizontalnu i vertikalnu strukturiranost javne uprave pri čemu neodrživo veliki broj institucija direktno odgovara Savjetu ministara, predimenzionisan administrativni aparat u organizacionom i personalnom pogledu, nerazvijenost ka-

⁴⁴ *Ibid.*, str. 10.

⁴⁵ *Ibid.*, str. 11.

paciteta za evropske integracije i dr. Ono što privlači pažnju jeste da Evropska komisija ne objašnjava pomoću kojih parametara dolazi do citiranih saznanja niti nudi konkretnije mjere operativne prirode čijim bi preduzimanjem došlo do otklanjanja uočenih nedostataka odnosno do lakše konvergencije domaćeg sa evropskim upravnim prostorom. Očito, to se prepušta domaćim subjektima koji opet nemaju jasne smjernice niti referentne pokazatelje koji bi ukazali u odnosu na šta se domaći sistem prilagođava i do koje mjere s prilagođavanjem odnosno reformama treba ići.

Dosadašnji učinci i izazovi reforme javne uprave u BiH

Reforma javne uprave u Bosni Hercegovini podrazumijevala je uspostavljanje potpuno novih upravnih instituta i koncepata budući da BiH spada u red tranzicijskih zemalja koje su imale partijski orijentisanu upravu i potpuno drugačiji organizacioni, funkcionalni i personalni model uprave u odnosu na zapadnoevropske zemlje. Izgradnja sistema javne uprave u složenim tranzicijskim državama nije nimalo jednostavan zadatak jer se uspostavlja potpuno nov sistem dijametralno suprotan od postojećeg, s tim što je u BiH i onaj postojeći bio devastiran ratnim dešavanjima. U periodu od završetka rata do konkretnih pravnih rješenja za reformu javne uprave prošlo je više od decenije, a sistemski rješenja koja su do tada primjenjivana bila su različita na različitim nivoima upravne vlasti. U nastavku rada pomenućemo najznačajnija reformska ishodišta od 2006. godine do danas, a u kontekstu najnovijih izvještaja i zapažanja relevantnih institucija koje određuju pravac i tok reforme, a osvrćući se na uticaj političkih faktora na samu javnu upravu.

Na nivou zajedničkih institucija BiH,⁴⁶ entitetskim nivoima⁴⁷ i u Brčko distriktu BiH,⁴⁸ doneseni su zakoni o upravi i o državnim službenicima.⁴⁹ Za-

⁴⁶ Vidjeti: Zakon o upravi BiH, „Službeni glasnik BiH“, broj 32/02 i 102/09; Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 05/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/12 i 6/13 i Zakon o Savjetu ministara BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07 i 24/08. Takođe, pogledati autentično tumačenje Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Savjetu ministara BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 94/07.

⁴⁷ Vidjeti: Zakon o republičkoj upravi, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 121/12 i 15/16; Zakon o organizaciji organa uprave u Federaciji BiH, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05 i Zakon o federalnim ministarstvima i drugim tijelima federalne uprave, „Službene novine Federacije BiH“, br. 19/03, 38/05, 2/06, 8/06 i 61/06.

⁴⁸ Zakon o javnoj upravi Brčko distrikta BiH, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 19/07, 2/08, 43/08, 09/13 i 48/16. Takođe vidjeti: Statut Brčko distrikta BiH, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 1/00, 17/08, 39/09 i 2/10. Takođe vidjeti: Amandman I na Ustav BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 25/09.

⁴⁹ Vidjeti: Zakon o državnoj službi u institucijama BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 35/03, 4/04,

konima o upravi propisan je organizacioni i funkcionalni položaj uprave, a uspostavljeni su posebni (*lex specialis*) zakoni i posebni pravni režimi za državne službenike na način da državni službenici imaju poseban radnopravni i svaki drugi status različit od uobičajenog režima radnih odnosa. Kada je u pitanju organizacioni aspekt reforme javne uprave ona je provedena na način da je samo povećavan broj subjekata uprave i to, čini se, na svim nivoima, a pogotovo usljed jačanja kapaciteta zajedničkih institucija, formiran je veliki broj organa uprave na nivou BiH. Tako je BiH danas zemlja sa nepuna četiri miliona stanovnika, a ima četiri potpuno odvojena nivoa vlasti sa zasebnim upravnim strukturama koje, između ostalih, čine 136 ministarstava (i isto toliko ministara), preko 1.000 javnih ustanova, preko 300 upravnih organizacija, 146 jedinica lokalne samouprave i mnogi drugi subjekti javne uprave, koje je gotovo nemoguće identifikovati i u potpunosti nabrojati, budući da se organi uprave formiraju kako generalnim tako i posebnim zakonima pa čak i podzakonskim aktima.⁵⁰ Imajući u vidu da su na nivou zajedničkih institucija nešto slabiji kapaciteti u pogledu ministarstava (ima ih devet), a postoji veliki broj različitih agencija i direkcija, onda je ponekad teško resorno potčiniti pomenute agencije i direkcije pod matično ministarstvo, i otuda se one direktno vezuju za Savjet ministara (njih preko 40), što i Evropska komisija zapaža, a što otežava njihovu odgovornost.

Formirana su nezavisna regulatorna tijela za državnu upravu, agencije za državnu upravu (službu) koje su uglavnom samostalne upravne organizacije direktno podređene vladama. Tako na nivou zajedničkih institucija djeluje Agencija za državnu službu BiH.⁵¹ Identičan naziv ima i agencija u entitetu Federacija BiH⁵² dok u Republici Srpskoj djeluje Agencija za državnu upravu.⁵³ Poslove selekcije službenika i namještenika u organima javne uprave u Brčko distriktu BiH obavljaju Odbor za zapošljavanje, koji se sastoji od tri stalna člana koja imenuje gradonačelnik i Komisija za zapošljavanje u orga-

17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10 i 40/12; Zakon o državnim službenicima, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 118/08, 117/11, 37/12 i 57/16; Zakon o državnoj službi u Federaciji BiH, „Službene novine Federacije BiH“, br. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06 i 04/12 i Zakon o državnoj službi u organima javne uprave Brčko distrikta BiH, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 09/14, 37/15, 48/16 i 09/17. _

⁵⁰ Vranješ, N., *Organizacioni problemi javne uprave u BiH, Administracija i javne politike*, br. 2/2015, Ur. Milenković D. i Matić P., Institut za političke studije, Beograd, 2015, str. 58.

⁵¹ Čl. 62 Zakona o državnoj službi u institucijama BiH, integralni tekst, „Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10 i 40/12.

⁵² Osnovana uredbom. Vidjeti: Uredba o osnivanju Agencije za državnu službu Federacije BiH, „Službene novine FBiH“, broj 48/03.

⁵³ Čl. 41 Zakona o republičkoj upravi, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 118/08, 11/09, 74/10, 24/12, 121/12, 15/16 i 57/16. _

nima javne uprave, koju takođe imenuje gradonačelnik i koja ima tri člana. Po svemu sudeći, ovakav koncept u Distriktu nije adekvatan jer nedostaje stručno tijelo koje bi se dalje bavilo pitanjima razvoja javne službe u smislu obuka i usavršavanja, karijerom i mnogobrojnim drugim pitanjima.

Na svim nivoima upravnog organizovanja uspostavljen je službenički sistem za koji se može reći da je sa preovlađujućim elementima merit sistema ali je zbog jakih faktora politizacije još uvijek daleko od idealnog merit sistema. Uglavnom se kombinuje pozicioni i otvoreni službenički sistem.⁵⁴

Uspostavljena je jedinstvena institucija Ombudsmena za ljudska prava. Iako u pojedinim sektorima postoje posebni ombudsmeni (parlamentarni vojni povjerenik, ombudsman za djecu Republike Srpske, ombudsman za bankarski sistem Republike Srpske i ombudsman za bankarski sistem Federacije BiH), institucija Ombudsmena BiH ima nadležnost da nadgleda aktivnost svih institucija BiH, institucija Federacije BiH, Republike Srpske i Brčko distrikta BiH.⁵⁵ Međutim, ova institucija ima veoma slab uticaj i domete u zaštiti ljudskih prava budući da se njene preporuke uglavnom ne izvršavaju, na šta konstantno ukazuju gore citirani izvještaji Evropske komisije.

U pogledu transparentnosti u zapošljavanju javnih službenika, uveden je institut javnog konkursa odnosno oglasa. Istina, postoji institut internog oglasa kojim se popunjavaju pozicije državnih službenika kao i mogućnost popunjavanja napredovanjem u službi, premještanjem i raspoređivanjem ali je institut javnog konkursa (oglasa) preovlađujući.

Poseban sistem plata za državne službenika uspostavljen je na svim nivoima državne službe.⁵⁶ Prema tom sistemu, državni službenici razvrstani su u platne grupe i platne razrede, s tim što u važećem zakonu u Republici Srpskoj ne postoji mogućnost napredovanja državnih službenika u plati, iako to Zakon o državnim službenicima predviđa, novim Zakonom o platama zaposlenih u organima uprave propisane su samo platne grupe (bez podgrupa), pri

⁵⁴ Uporediti: Vranješ, N., „Postupak selekcije službenika u organe uprave Republike Srpske“, *Pravna riječ*, ur. Kuzmanović R., Udruženje pravnik Republike Srpske, br. 22/2010, str. 583–592. Takođe, o različitostima prilikom selekcije državnih službenika u BiH šire vidjeti: Vranješ, N. i Ćurić, V., „Postupak selekcije upravnih službenika – Evropski standardi i domaći pravni okvir“, *Pravna riječ*, ur. Kuzmanović R., Udruženje pravnik Republike Srpske, br. 46/2016, str. 303–323.

⁵⁵ Čl. 1 Zakona o Ombudsmanu za ljudska prava BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 32/00, 35/04 i 32/06.

⁵⁶ Vidjeti: Zakon o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“ br. 50/08, 35/09, 75/09, 32/12, 42/12, 50/12, 32/13, 87/13, 78/15, 88/15, 16/16 i 94/16.; Zakon o platama zaposlenih u organima uprave Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 31/14, 33/14 i 116/16; Zakon o plaćama i naknadama u organima vlasti Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine F BiH“, br. 45/10 i 111/12 i Zakon o platama zaposlenih u organima uprave Brčko distrikta BiH, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 14/06 i 41/06.

čemu se platne grupe vezuju za zvanje. Kako su platne grupe vezane za zvanja, onda dva puta uzastopna odlična ocjena ne daje mogućnost da službenik u istom zvanju napreduje u plati.

Po pitanju školovanja i stručnog usavršavanja, ono je u postojećim zakonskim okvirima propisano kao pravo i kao obaveza državnih službenika. Međutim, dešava se upravo ono što Evropska komisija i navodi u svojim izveštajima, a to je da se obuke državnih službenika provode uglavnom iz donatorskih sredstava, a kada tih sredstava i projekata nema usavršavanje prestaje. Dakle, potpuna neodrživost sistema ukoliko se osloni na domaće kapacitete.

Politizacija javne управе je problem koji zaokuplja mnoge zemlje pa i one zemlje razvijenih i tradicionalnih demokratija. Međutim, ona je neizbježan pratilac čini se posebno zemalja postsocijalističke tranzicije. U čemu se ogleda politizacija javne управе u Bosni i Hercegovini i zašto se smatra da je reforma javne управе u domenu javnih posebno državnih službenika dala loše rezultate u domaćem sistemu?

Prvo, valja istaći da većina autora smatra da se politizacija najekletanije sagledava kroz kadrove, odnosno nametanje bilo kakvog službeničkog sistema izvan merit sistema smatra se politizacijom. Politizacija javne управе ima svoje formalne i svoje materijalne elemente.⁵⁷ Ona je prema navedenim parametrima mjerljiva.

Formalna dimenzija politizacije uočljiva je uglavnom u zakonskim rješenjima na način da se zakonskim normama omogućava prijem službenika u javnu službu bez procedure javnog konkursa, zatim često se vrši postavljenje javnih službenika direktno od strane funkcionera nosioca javne vlasti, pri čemu službenički savjeti i slična tijela predstavljaju samo puke izvršioce koji su potpuno instrumentalizovani od strane vladajućih elita.

S druge strane, u odnosu na formalnu, materijalnu dimenzija politizacije javne управе teže je percipirati, sagledavati i mjeriti. Kao indikatori koji ukazuju na nivo materijalne dimenziju politizacije navode se: (1) politička izloženost najviših državnih službenika; (2) smjena rukovodećih državnih službenika dolaskom nove vlade; (3) udio političkih zvaničnika u državnoj službi; (4) udio zaposlenih povezanih sa ličnim povjerenjem političkih zvaničnika; (5) preraspoređivanje državnih službenika povezanih s ličnim povjerenjem političkih zvaničnika; (6) članstvo državnih službenika u političkim partijama i (7) stavovi državnih službenika prema politizaciji državne službe.⁵⁸

⁵⁷ Čehovin, M., Haček, M., *Critical Analysis of Civil Service Politicization in Slovenia*, World Political Science, (ed. Dvořáková V., Ilyin M.), Volume 11, No 1/15, str. 136–141.

⁵⁸ Čehovin, M., *The Politicization of the State Administration in Slovenia*, Master's Thesis, Faculty

Koje institute politizacije susrećemo u domaćem službeničkom sistemu, a koje su manje ili više utemeljene na postojećem zakonodavstvu, nastojaćemo identifikovati u nastavku teksta.

Krenućemo od mogućnosti angažovanja službenika kroz rad na određeno vrijeme, zbog privremeno povećanog obima posla.⁵⁹ Takvu normu nalazimo kako u važećem zakonu u Republici Srpskoj u citiranom članu ali i u Zakonu o državnoj službi u institucijama BiH, gdje rad na određeno vrijeme zbog hitne popune, bolovanja i porodijskog odsustva može trajati i do dvije godine.⁶⁰ Gotovo identična rješenja nalazimo u Brčko distriktu BiH.⁶¹ Pri tome, zakon je propisao da ta lica moraju ispunjavati uslove radnog mjesta, ali ne i kako se oni selektuju. Očito samo voljom rukovodioca. Nadalje, praksa navedenih nivoa vlasti je probijanje propisanih rokova angažovanja te da tako angažovani službenici gotovo u svim slučajevima dobijaju status na neodređeno vrijeme po raspisanom konkursu. Interni premještaji i interni konkursi iako zakonom propisani se uglavnom ne koriste ili jako malo uglavnom na nivou institucija BiH. Takođe, praksa je da i vršioци dužnosti postavljeni od strane vlade na mjesta rukovodećih državnih službenika gotovo uvijek postaju i dužnosnici. U Republici Srpskoj je prisutna i praksa pozivanja od strane Vlade rukovodećih državnih službenika na davanje mandata na raspolaganje, pod prijetnjom razrješenja, što nije u skladu sa zakonom.

Sagledavajući imenovanje konkursnih komisija za selekciju državnih službenika konstatujemo da su one u Republici Srpskoj i Brčko distriktu BiH predložene od strane rukovodilaca (uglavnom političkih predstavnika), pri čemu Agencija za državnu upravu biva samo servis tim većinski od strane organa imenovanim komisijama. Tako, u Republici Srpskoj, konkursnu komisiju čini pet članova koje imenuje Agencija za državnu upravu od čega tri člana predlaže organ uprave koji potražuje službenika dok dva imenuje Agencija sa prethodno utvrđene liste eksperata. Na pomenutom razgovoru svaki član komisije boduje kandidata bodovima od 5 do 10.⁶² Pri tome, sagledavanje struč-

of Social Sciences, Ljubljana, 2003, navedeno prema: Čehovin, M., Haček, M.: *Op. cit.*, str. 141–142, navedeno u: Vranješ, N., *Službenički sistemi i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, str. 163.

⁵⁹ Čl. 50 st.3 (b) Zakona o državnim službenicima, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 118/08, 117/11, 37/12 i 57/16.

⁶⁰ Čl. 28a Čl. 62 Zakona o državnoj službi u institucijama BiH, integralni tekst, „Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10 i 40/12.

⁶¹ Čl. 46 Zakona o državnoj službi u organima javne uprave Brčko distrikta BiH, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 09/14, 37/15, 48/16 i 09/17.

⁶² Čl. 19 Pravilnika o jedinstvenim pravilima i proceduri javne konkurencije za zapošljavanje i postavljenje državnih službenika, Službeni glasnik republike Srpske, br. 68/09, 31/12, i 24/15.

nosti i sposobnosti kandidata vrši se kroz jedan jedini postojeći instrument, intervju–razgovor koji praktično traje svega nekoliko minuta. Najzad, rukovodioci organa uprave i Vlada imaju i krajnji mehanizam da konkurs učine neuspjelim jednostavnim načinom da bez obrazloženja ne donesu rješenje o postavljenju kandidata po predlogu Agencije za državnu upravu, čime su uspostavljene snažne političke poluge nad prijemom državnih službenika. Značajno korektniju varijantu susrećemo u Federaciji BiH i pogotovo na nivou zajedničkih institucija BiH. Naime, Komisiju za izbor u Federaciji BiH sačinjava najmanje pet članova, od kojih su najmanje tri člana državni službenici iz organa državne službe, od kojih je jedan član sindikata, na koji se javni konkurs odnosi i koji imaju akademsko i profesionalno iskustvo u oblastima obuhvaćenim procesom javnog konkursa, dok se ostala dva člana imenuju sa liste eksperata koju utvrdi Agencija.⁶³ Agencija za državnu službu BiH po svemu sudeći ima odlučujuću ulogu u selekciji kandidata kako u formalnom tako i u materijalnom pogledu. Naime, sastav konkursne komisije koja ocjenjuje kandidate prijavljene na konkurs, a koju imenuje Agencija, takav je da obuhvata dva člana koja predlaže institucija koja potražuje službenika dok preostala tri člana takođe imenuje Agencija iz reda eksperata sa liste koju je prethodno utvrdila tako da preovlađuje ekspertski sastav komisije. Drugo, shodno odredbama čl. 28, st. 1 i st. 2, postavljenje državnog službenika vrši Agencija u skladu sa rezultatima koje je kandidat postigao u izbornom procesu, dok imenovanje rukovodećeg državnog službenika vrši nadležna institucija, po prethodno pribavljenom mišljenju Agencije sa liste uspješnih kandidata koji su prošli javni konkurs. Međutim, shodno odredbama st. 3 pomenutog člana, Agencija ima zakonsko ovlašćenje da po službenoj dužnosti imenuje i rukovodećeg državnog službenika čije imenovanje inače vrši nadležna institucija, po osnovu prijedloga Agencije, ukoliko to nadležna institucija ne uradi u roku od 30 dana od dana prijema mišljenja Agencije i liste uspješnih kandidata.⁶⁴

Kao što smo ranije napomenuli, u Republici Srpskoj je poprilično obezvrijeđen sistem ocenjivanja s aspekta njegove implementacije jer ne proizvodi pozitivne efekta kako u pogledu napredovanja u položaju tako i napredovanja u plati. Ocenjivanje gotovo da i nema uticaj ni kod napredovanja u zvanju jer je ono samo potreban ali ne i zagarantovan uslov napredovanja zbog preo-

⁶³ Čl. 27. Zakona o državnoj službi u Federaciji BiH, Službene novine Federacije BiH, br. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06 i 04/12.

⁶⁴ Vranješ, N. i Đurić, V., P“ostupak selekcije upravnih službenika – Evropski standardi i domaći pravni okvir“, *Pravna riječ*, ur. Kuzmanović R., Udruženje pravnika Republike Srpske, br. 46/2016, str. 319–321.

vladavajućeg pozicionog službeničkog sistema, a zbog Zakona o platama koji propisuje fiksne platne grupe nemoguće je da se odlično ocijenjeni službenici nagrade pomjeranjem u viši platni razred. Istini za volju, zbog nedostatka budžetskih sredstava ni platne grupe ne bi dale rezultate.

Stručno usavršavanje i osposobljavanje, iako zakonima propisano kao pravo i dužnost državnih službenika, limitirano je finansijskim kapacitetima, a zakon ne prepoznaje napredovanje službenika koji stiču naučna zvanja (specijalisti, masteri, magistri i doktori nauka) što je inače danas praksa institucija EU i zemalja EU. Pravilnici o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta u organima uprave ne propisuju zvanja viša od stepena *bachelor* bez obzira na prirodu, vrstu i složenost poslova koji se obavljaju.

Mobilnost državnih službenika, iako zakonom propisana, rijetko se primjenjuje pogotovo između vertikalnih upravnih nivoa. Dosadašnja praksa govori da je bilo pokretljivosti službenika sa entitetskog ka nivou zajedničkih institucija ali ne i obrnuto kao i između entiteta.

Nepotpuno je uređena i disciplinska odgovornost državnih službenika. Tako u Republici Srpskoj ne postoji jedinstven pravilnik na nivou organa državne uprave, već je disciplinska odgovornost propisana uredbom. Uredba ne sadrži sve elemente da bi se valjano proveo disciplinski postupak zbog čega se veoma mali broj subjekata odlučuje i da pokreće isti.⁶⁵ Identična situacija je i Federaciji Bosne i Hercegovine gdje je disciplinska odgovornost uređena uredbom dok na nivou institucija BiH postoji Pravilnik o disciplinskoj odgovornosti.⁶⁶ Pravilnik o ovoj materiji postoji u Brčko distriktu BiH.

U pogledu prvostepene zaštite po pravima državnih službenika ona je obezbijeđena kroz postojanje odbora za žalbe na svim nivoima upravnog organizovanja. Međutim, zapaža se da su poprilično nerazvijeni zakonski i kadrovski kapaciteti tih odbora. Tako, odbori nemaju kodifikovanu praksu slučajeva, ne vrši se razmjena prakse, saradnja između odbora kao i saradnja i razmjena praksi i iskustava sa sličnim institucijama van zemlje. Pored navedenog, prisutna je i česta izmjena uspostavljene prakse što stvara nesigurnost odlučivanja i rješavanja predmeta. U cilju jačanja ovih tijela potrebno je izvršiti analizu njihovog rada i naročito prakse kroz prizmu potvrđivanja ili odbijanja njihovih odluka pred nadležnim sudovima.

⁶⁵ Vidjeti: Vranješ, N., „Disciplinska odgovornost državnih službenika u Republici Srpskoj“, *Moderna uprava - časopis za upravnopravnu teoriju i praksu*, Agencija za državnu upravu, ur. Čopić D, br. 9/10, str. 91–102.

⁶⁶ Pravilnik o disciplinskoj i materijalnoj odgovornosti državnih službenika u institucijama BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 20/03 i 94/10.

Zaključak

Reforma javne управе u Bosni i Hercegovini je složen proces imajući u vidu postojeće ustavno uređenje, politički sistem, slojevitost i različitost upravnih nivoa. Uprkos tome reformski procesi donijeli su određena rješenja i upravne institute koja su u skladu sa reformskim zahtjevima evropskih integracija sadržanih u izvještajima Evropske komisije o napretku BiH. Međutim, dometi reforme nisu ni blizu zahtijevane i očekivane dinamike te su u znatnoj disproporciji kvantitativna i kvalitativna rješenja. Drugačije rečeno, pojedine upravne oblasti reformisane su samo u formalnom smislu, dok je suštinski (materijalni) ishod reforme takav da su postojeći upravni kapaciteti i dalje daleko od potrebnih kada je u pitanju primjena i provođenje principa evropskog upravnog prostora.

Politizacija javne управе i dalje ostaje suštinski izazov budući da postojeća pa i buduća rješenja nisu oslobođena uticaja političkih faktora. Najviši stepen politizacije javne управе uočavamo u oblasti upravljanja ljudskim potencijalima.

Zbog prilično zapostavljene reforme u oblastima odgovornost i elektronska uprava građani i privredni subjekti nisu dobili adekvatne javne usluge. Postojeći organi i organizacije управе nisu kapacitetima i ponašanjem na usluzi građanima. Nadalje, međunarodna podrška integracijama pa i budžetima uslovljena je stalnom reformom javne управе. Nema izvjesnosti gdje i kada se reforma završava. Činjenica je da je postojeći strategijski okvir za reformu javne управе istekao i da je potrebno donijeti novi kako bi se pristupilo ne samo ispunjavanju zahtjeva iz Reformske agende, Izvještaja Evropske komisije i drugih dokumenata, već i da se javna uprava reformiše na način da se učini racionalnijom, djelotvornijom i efikasnijom te bližom građanima i privrednim subjektima.

Nevenko Vranješ, Associate Professor
Faculty of Political Science, University in Banja Luka
Vladimir Đurić, PhD
Professor at Institute of Comparative Law, Belgrade

PUBLIC ADMINISTRATION REFORM PROCESS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – BETWEEN EXPECTED AND ACHIVED

Summary

Public administration reform in B&H is a complex process having in mind the existing constitutional order, political system, complexity and diversity of administrative levels. Despite this fact, the reform process has brought some solutions and administrative institutions that are in line with reform requirements of the European integration process contained in the European Commission Progress Reports on B&H. However, the scope of the reform is not even close to the required and expected dynamics, and there is a considerable disproportion between quantitative and qualitative solutions. In other words, some administrative areas are reformed only in the formal sense, while the substantive (material) outcome of the reform is such that the existing administrative capacities are still far from being necessary when it comes to the application and implementation of the principles of the European Administrative Space.

Politicization of public administration remains an essential challenge, since existing and future solutions are not exempted from the influence of political factors. The highest level of politicization of public administration is observed in the field of human resources management.

Due to the considerably neglected reform in the area of accountability and e-government, citizens and businesses have not been provided with adequate public services. Existing bodies and organisations do not have sufficient level of capacities to serve the needs of citizens. Furthermore, international support to the integration process, as well as the budget support, are subject to the permanent conduct of the public administration reform. There is no certainty about where and when the reform is to be completed.

The implementation period of the present public administration reform strategy has expired, therefore, it is necessary to adopt a new strategic framework which would be aligned with the requirements defined by the Reform Agenda, European Commission Reports and other relevant documents, and, above all, to conduct the reform process in the way to make the public administration more rational, effective and efficient as well as closer to citizens and businesses.

Key words: *public administration, public administration reform, public administration reform strategy, action plan for conducting public administration reform strategy, public administration politicization.*

УДК: 353.2.071.2:351.076(497.11)

doi 10.7251/PR5017337D

Излагање са научног скупа

ФИНАНСИРАЊЕ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У СРБИЈИ ПОРЕЗИМА – СТАЊЕ И МОГУЋНОСТИ

Др Сузана Димић*

Апстракт: Један од важних извора финансирања супранационалних нивоа власти у савременим државама јесу порези. Најчешћи локални порез је порез на имовину. Фискална овлашћења у погледу пореза на доходак (у даљем тексту: ПДГ) су дата у корист централне власти, док нижи нивои најчешће имају право учешћа у деоби прихода. Финансијска литература и пореска пракса неких земаља познају својеврстан локални порез на доходак у виду приреза на ПДГ.

У процесу развоја фискалне децентрализације, порез на имовину у статистици постао је, нормативно гледано, изворни локални порез у Србији. Скорашње измене закона дале су позитивне ефекте на фискални значај овог пореза, јер је дошло до повећања његовог удела у структури локалних јавних прихода. У погледу ПДГ-а постоји систем заједнице прихода, јер се средства од прикупљања неколико цедуларних пореза деле између Републике и локалних самоуправа. Указивања литературе на недостатке постојеће деобе прихода од најиздашнијег међу њима, пореза на зараде, може се претпоставити, имаће одјека на измене одговарајућих законских одредаба. Ово поготово зато што се очекује реформа система ПДГ у Србији. Поставља се питање, међутим, може ли се као алтернатива систему заједнице прихода увести прирез порезу на доходак.

Кључне речи: локална самоуправа, порез на доходак, порез на имовину, порески систем Србије, прирез.

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у К. Митровици.

Увод

Важно место у фискалној теорији заузима питање расподеле фискалних овлашћења и припадности јавних прихода. Од адекватног решавања ових питања зависи вршење функција свих нивоа власти. Централном нивоу, по правилу, припадају најиздашнији јавни приходи, због значаја задатака који се налазе у његовој надлежности (одбрана, макроекономска политика и сл.). Последњих деценија 20. века наступа тренд децентрализације у вршењу државних послова, који је праћен фискалном децентрализацијом, која има за циљ омогућавање остваривања аутономије нижих нивоа власти у домену јавних прихода и јавних расхода. Савремени демократски процеси подразумевају “приближавање” државне власти грађанима. Локалне власти су најближе грађанима и могу на најефикаснији начин (са што мањим трошковима) пружити оне јавне услуге које одговарају локалним преференцијама. За несметано функционисање локалне самоуправе нужна су одговарајућа средства, па се као битно питање појављује расподела прихода између централне и осталих нивоа власти. Посебно важна је пореска аутономија, која подразумева расподелу пореских овлашћења нижим нивоима власти.

Традиционално, прави се разлика између централних и локалних пореза. Фискална теорија је утврдила одређене критеријуме за припадност фискалних овлашћења одређеним нивоима власти. Прави пример локалног пореза је порез на имовину, због немобилности пореске основице. Пореска овлашћења за порезе са мобилном пореском основицом, по правилу, припадају централном нивоу власти. Нису погодни за увођење на локалном нивоу због могућности сељења пореске основице у оне локалне јединице са нижим пореским оптерећењем. По критеријумима, као што су остваривање циљева стабилизационе политике, очувања истоврсних услова привређивања на јединственом тржишту државне територије, остваривање редистрибутивних циљева опорезивања, два најиздашнија пореза у савременим пореским системима, порез на доходак и порез на додату вредност (ПДВ), централни су порези.

Савремена пореска пракса

Пракса савремених пореских система питање пореског суверенитета у погледу ПДГ-а решила је у корист централне власти. У великом

броју земаља овлашћење за одређивање пореске основице и пореске стопе припада централној власти. Често се даје могућност осталим нивоима власти да учествују у деоби прихода (систем заједнице прихода). У новије време јављају се тенденције да се субнационалним нивоима (регионима и локалним јединицама) дају одређена фискална овлашћења у погледу ПДГ-а. На пореску основицу и стопу, утврђене од стране централне власти, они утврђују своју пореску стопу у виду приреза (енгл. *surtax*). Као локални, ПДГ се појављује у неким земљама са високим степеном фискалне децентрализације, попут Швајцарске и скандинавских земаља. У Италији и Шпанији прирез порезу на доходак се појављује и код финансирања региона. Финансирање региона и локалних јединица прирезом се постиже као нека врста “шлеповања” уз ПДГ који дефинише и намеће централна власт.¹

Додатним локалним опорезивањем дохотка није нарушена хармоничност фискалног система, јер су на централном нивоу дефинисани пореска основица и порески обвезник и утврђена скала висине пореске стопа. Нити утиче на усложњавање поступка администрирања, јер се примењује јединствени поступак за наплату и централног и локалног пореза.² Предност приреза на ПДГ састоји се и у његовом великом фискалном потенцијалу у односу на било који други порез који се може разрезати на локалном нивоу.³ Најчешћи локални порез је порез на имовину, јер је погодан за локално финансирање. Због немобилности пореске основице не постоји могућност сукоба надлежности локалних јединица. Међутим, не обезбеђује потребна средства за финансирање локалних јавних потреба, јер је слабијег фискалног радмана.

Механизам додатног локалног опорезивања дохотка повољнији је од поделе пореза, јер представља сопствени порез. Увођењем сопствених пореза локални званичници имају дискреционо овлашћење, али и политичку одговорност за утврђивање висине пореза који ће њихови грађани плаћати.⁴ У скандинавским земљама сопствени порези имају велики проценат учешћа у локалном финансирању (нпр. у Шведској око 60%), делом захваљујући и прирезу на ПДГ. За разлику од ових земаља

¹ R, O’Sullivan, *Fiskalna decentralizacija u centralnoj i istočnoj Evropi*, у: Иницијатива за фискалну децентрализацију, Раичевић, Б., Илић-Попов, Г., (ред.), PALGO, Београд, 2001, стр. 33

² На ове аргументе у прилог примени приреза на ПДГ указује: С. Кристић, *Изворни приходи у систему финансирања локалне самоуправе у Републици Србији*, Palgo, Београд, 2006, стр. 72.

³ Davey K., Увод у: *Приручник о финансирању управе на локалном и регионалном нивоу*, Савет Европе, Стална конференција градова и општина, Београд, 2007, стр. 4.

⁴ Levitas A., Peteri, G., *Reforme finansiranja između različitih nivoa vlasti u centralnoj Evropi*, у: Реформа система финансирања локалних самоуправа, PALGOCENTAR, Београд, 2004, стр. 25.

где прирези порезу на доходак имају карактер сопствених пореза, у земљама у транзицији присутна је подела прихода према принципу извора а учешће нижих нивоа власти у деоби прихода често се третира као сопствени порез. Проблем код ових земаља постоји у томе што локалне самоуправе нису спремне да преузму повећане одговорности за сакупљање средстава и економски развој. Због драматичних социјалних потешкоћа, услед економског пада, расте број грађана којима је потребна социјална помоћ, због структуре локалних јавних расхода нема капитала за инвестиције у локалном буџету.⁵ Да би се обезбедила стварна пореска аутономија локалних јединица у овим земљама, у литератури се препоручује механизам локалног пореза на порез на доходак физичких лица.⁶

Поред локалног, у пореској пракси савремених земаља присутно је и регионално опорезивање дохотка. То је један од главних пореза у Италији и Шпанији, земљама са развијеном регионалном аутономијом. Од фискалне реформе 1998. године региони у Италији су добили овлашћења за увођење овог приреза, који садржи две компоненте. Обавезну, која је одређена од стране централне власти (првобитно је стопа одређена у износу од 0,5%, а потом 0,9%). Другу, дискрециону компоненту региони самостално одређују, али у оквиру граница које је одредила централна власт. Слично регионима, и општине су добиле овлашћење за увођење овог приреза. Региони у Шпанији су тзв. Органским законом о финансирању аутономних заједница (*Ley Organica de financiación de las Comunidades Autonomas*) из 1980. године добили овлашћење за увођење приреза на ПДГ. За разлику од обавезних (порез на имовину, пословни порез на обављање пословне професионалне и уметничке активности и порез на моторна возила), ово је добровољни регионални порез.⁷

Остављајући регионима (па и локалним самоуправама) дискреционо право да одређују висину пореске стопе, долази до различитог пореског оптерећења у зависности од територије на којој обвезници живе. Тиме се, фактички, крши основно начело опорезивања – начело хоризонталне правичности, јер оно подразумева да порески обвезници истих прихода (и других личних својстава које су релевантне за

⁵ Кандева Е., *Увод у компаративну студију локалне власти у централној и источној Европи: балканска перспектива*, у: Јачање локалне власти, Magna Agenda, Београд, 2012, стр. 36.

⁶ Levitas A., Peteri, G., *Reforme finansiranja između različitih nivoa vlasti u centralnoj Evropi*, op. cit., стр. 25.

⁷ Осим два региона, Новарије и Баскије, која су задржала праксу из 19. века да самостално утврђују и убирају своје сопствене порезе, а потом дају држави уговорени износ.

порески закон) плаћају једнаке износе пореза. Међутим, са друге стране, овлашћење за увођење различитих пореских стопа даје могућност да супранационални нивои власти то учине у складу са привредним и социјалним преференцијама на својој територији. Та нека врста толеранције према различитим оптерећењима овим допунским порезом у појединим регионима јесте још једна од предности приреза у односу на систем поделе пореза.⁸ Италија и Шпанија су познате по великим диспропорцијама у регионалном развоју. Велике међурегионалне неједнакости одражавају се неминовно на фискални капацитет. Дискреционо право омогућава регионима да различито поступе. Неки региони су увели веће стопе приреза. Сиромашни региони су увели мање стопе и ишли на смањење јавних расхода, док неки региони уопште нису увели прирез, јер нису имали потребе због великих финансијских средстава којима располажу.⁹ Економетријска истраживања приреза на ПДГ у Шпанији имала су занимљиве резултате. Показало се да овај модел фискалне децентрализације има позитивне ефекте на смањење неједнакости и повећање благостања у регионима појединачно, као и у земљи у целини.¹⁰ Са друге стране, недостатак сопствених средстава сиромашнијим регионима надомешћује се путем трансфера, јер велику улогу у финансирању региона у ове две земље има принцип солидарности. Тиме се обезбеђује ублажавање разлика које постоје у пружању јавних услуга грађанима у зависности од региона у коме живе. Хоризонтални систем уједначавања један је од важних инструмената прихваћен у пракси савремених земаља, који има за циљ обезбеђивање могућности за пружање приближно једнаких услуга својим становницима. Посебно је значајан у земљама у којима су изражене регионалне и локалне разлике у степену привредне развијености и фискалном капацитету. Задатак државе је да обезбеди одговарајући систем фискалног изравнавања којим ће се намирити део средстава оним локалним јединицама којима недостаје за финансирање локалних јавних услуга.¹¹

⁸ Т. М. Monteduro, А. Zanardi, *The redistributive effects of the PIT decentralization: evidence from the italian case*, стр. 245.

⁹ *Ibid*, стр. 218.

¹⁰ Lopez-Laborja J., Onrubia J., *Personal income tax decentralization, inequality and social welfare*, Public Finance Review, Vol. 33 No2, 2005 (213–235), стр. 231.

¹¹ Jurlina Alibegović D., *Financiranje lokalne samouprave*, у: Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj (radovi sa konferencije; ur. Ott K. i dr.), Zagreb, 2002, стр. 96.

Локални порези у Србији

У погледу фискалне децентрализације, у Србији је учињен велики напредак у односу на претходни период. Доношењем Закона о локалној самоуправи 2002. године¹² започео је процес фискалне децентрализације, али је значајан корак учињен применом Закона о финансирању локалне самоуправе од 2007. године¹³, као и доношењем Закона о потврђивању Европске повеље о локалној самоуправи исте године.¹⁴ Јачање локалне финансијске аутономије омогућено је увођењем пореза на имовину као изворног прихода јединица локалне самоуправе. Порез на наслеђе и поклон и порез на пренос апсолутних права припадају јединицама локалне самоуправе, јер их уступа Република (уступљени приходи). Порез на имовину у статистици је изворни порез, јер су јединице локалне самоуправе добиле овлашћење да могу утврдити висину пореске стопе у границама прописаних законом. Јачању фискалне аутономије јединица локалне самоуправе допринело је и формирање локалне пореске администрације за утврђивање, наплату и контролу пореза на имовину. На тај начин, извршена је децентрализација функција централне пореске администрације и пренос овлашћења са Пореске управе на локалне пореске администрације у погледу администрирања изворним локалним приходом.¹⁵

Несагласност теоријских ставова о ширини овлашћења које се дају локалним самоуправама дошла је до изражаја и овде. Мада је закон декларисао порез на имовину у статистици као изворни, има аргумената у прилог тврдњи да то није “прави” изворни локални приход. Члан 9 Европске повеље о локалној самоуправи препоручује да би јединице локалне самоуправе требало да имају право на адекватна сопствена финансијска средства којима слободно располажу. Право јединица локалне самоуправе на утврђивање висине стопе пореза на имовину лимитирано је висином стопе прописане републичким законом, што указује на то да постоји “помешана” фискална надлежност.¹⁶ Овакво нормативно решење фискалне децентрализације у Србији није изненађујуће, јер

¹² Закон о локалној самоуправи („Сл. гласник РС“, бр. 129/2007 и 83/2014 – др. зак.).

¹³ „Сл. гласник РС“, бр. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013 – усклађ. дин. изн.

¹⁴ „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 70/2007.

¹⁵ Анђелковић, М., Димитријевић, М., *Пореско право Србије*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2009, стр. 46.

¹⁶ Анђелковић, М., *Фискална децентрализација у Републици Србији*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 51/2008, стр. 48–49.

је слично стање присутно и у осталим земљама у транзицији. Локално финансирање у овим земљама углавном се заснива на порезима које одређује, уводи и убира централни ниво власти, док локалне самоуправе немају никаква или имају сасвим мала дискрециона права у одлучивању о стопама, основици и висини пореза.¹⁷ Често се у теорији као аргумент за већу фискалну аутономију локалних јединица наводи да она подстиче локалне званичнике на већу фискалну одговорност. Кроз могућност да утичу на прикупљање прихода, одређивањем њихове висине, повећава се њихова одговорност за рационално трошење тих средстава. Наметањем фискалног терета својим гласачима, власт постаје непосредно одговорна за пружени обим и квалитет локалних јавних услуга. Међутим, имајући у виду садашње стање у Србији, оправдана је бојазан појединих аутора да ли су локални политичари спремни на такву врсту одговорности.¹⁸

Значајан корак у повећању удела пореза на имовину у структури локалних јавних прихода учињен је изменама Закона о порезу на имовину у току 2014. године. По до тада важећим одредбама основица је била потцењена, што се рефлектовало на мало, готово незнатно учешће овог пореза у локалном финансирању. Изменама закона је прописано да се тржишна вредност непокретности утврђује према просечној тржишној цени квадратног метра у зони у којој се непокретност налази. Одлуком надлежног органа јединица локалне самоуправе одређују се зоне, према комуналној опремљености, опремљености јавним објектима, саобраћајној повезаности и др. садржајима. Просечна цена одговарајуће непокретности по зонама утврђује се актом надлежног органа сваке јединице локалне самоуправе, на основу цена остварених у промету одговарајућих некретнина у периоду од 1. јануара до 30. септембра године, која претходи години за коју се утврђује порез (односно, за текућу годину)¹⁹. Дошло је до јачања фискалног капацитета пореза на имовину, као што се може видети из табеле, јер је повећано учешће овог пореза у структури прихода градова и општина у Србији, већ након измена из 2014.

¹⁷ Bratić, V., *Lokalna samouprava u središnjoj i istočnoj Europi: snažan, neovisan instrument upravljanja na lokalnoj razini ili tigar od papira?*, Financijska teorija i praksa 32(2)(2008), 141–142.

¹⁸ Анђелковић, М., Димитријевић, М., *Пореско право Србије*, оп. cit., стр. 170.

¹⁹ Чл. 6 Закона о порезима на имовину („Сл. гласник РС“, бр. 26/01, 45/03-Ус, „Сл. лист СРЈ“, бр. 42/02 – Ус, „Сл. гласник РС“, бр. 80/02 – др. закон, 80/02, 135/04, 01/07, 05/09, 101/10, 24/11, 78/11, 75/12 – Ус, 42/13, 68/14 – др. закон).

Табела 1. Учешће пореза на имовину у структури примања општина и градова у Србији

Година Порез на имовину

2013.	9,73%
2014.	15,27%
2015.	16,48%
2016.	15,35%

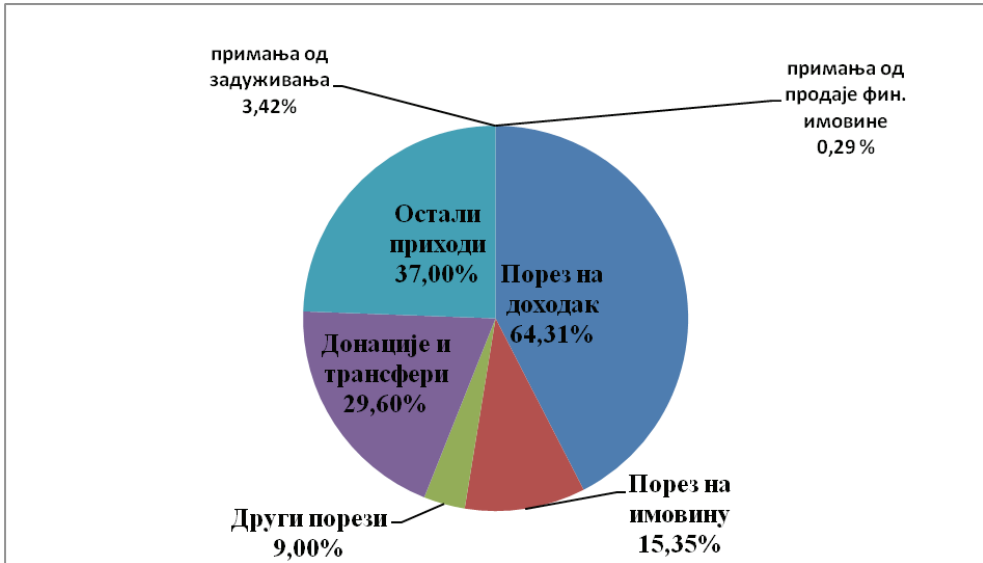
Извор: Билтен јавних финансија Министарства финансија за децембар 2016. год.; обрада аутора.

Да би се постигли значајнији резултати у погледу ефикасније наплате пореза на имовину и смањења пореске евазије, предузете су мере за решавање вишедеценијског, наслеђеног проблема ажурирања земљишних књига, као и нелегално изграђених објеката.

Напредак у јачању финансијског капацитета јединица локалне самоуправе постигнут је изменама Закона о финансирању локалне самоуправе 2011. године, по којима се приход од пореза на зараде дели у односу 80 : 20 у корист локалне самоуправе, уместо дотадашњих 60 : 40 у корист републичког буџета. Тако се порез на зараде јавља као уступљени приход, јер га Република уступа локалним јединицама у износу од 80% према пребивалишту запосленог. Оно што се из структуре локалних јавних прихода може уочити јесте да ПДГ у Србији бележи велико учешће (преко 60%), што га чини главним ослоном локалног финансирања.²⁰

²⁰ Неки аутори сматрају порез на зараде локалним порезом *de facto* (Арсиф, М., *Анализа предлога о повећању учешћа локалних заједница у порезу на зараде*, Квартални мониторинг бр. 24 „Под лупом 1“, Фонд за развој економске науке, Београд, 2011, стр. 82).

Табела 2. Пореска структура општина и градова у Србији у 2016. години



Извор: Билтен јавних финансија Министарства финансија за децембар 2016. год.; обрада аутора.

Систем заједнице прихода од ПДГ-а присутан је и у другим земљама, те у том смислу није неуобичајена пореска пракса. Оно што утиче на квалитет овог модела фискалне децентрализације јесте чињеница да се у његовој примени у Србији јављају слабости, на које се указује у литератури. Наплата пореза на зараде у пракси показује пристрасност према развијеним општинама. По закону, приликом исплате зараде послодавац је дужан да порез уплаћује на посебне уплатне рачуне према пребивалишту запосленог, али у пракси се најчешће дешава да се уплата врши на уплатне рачуне општине у којој је послодавац регистрован, а они су најчешће лоцирани у развијеним општинама.²¹ Постојећи систем расподеле прихода од ПДГ-а не умањује разлике између општина већ их продубљује и због законског решења да се расподела прихода врши на основу опорезиве зараде, тако да свако повећање прогресивности пореза на зараде има за последицу регресивну расподелу прихода међу општинама.²² Резултати студије, која се бавила анализом ефеката повећања учешћа локалних заједница у порезу на зараде у Србији, показали су да је повећање прихода од овог пореза најмање значајно за буџете најмање

²¹ Алтипармаков, Н., *Наплата и расподела пореза на зараде у Србији: поглед унапред*, Квартални монитор бр. 23, „Под лупом 2“, Фонд за развој економске науке, Београд, 2010, 66–67.

²² *Ibid*, стр. 65–66.

развијених општина, јер развијеније општине имају веће зараде од просека и већу стопу запослености и тиме веће приходе од овог пореза.²³

Закључак

Из свега наведеног може се закључити да је остварен значајан напредак у процесу фискалне, а у оквиру ње и пореске аутономије локалних јединица у Србији. Сагледавањем конкретних позитивноправних решења може се рећи да се фискална децентрализација у Србији остварује у складу са основним постулатима фискалне теорије и препорукама Европске пovelје о локалној самоуправи. Недостаци које је систем деобе прихода од пореза на доходак показао у примени могу се отклонити одговарајућим изменама законских решења.

Алтернатива “побољшању” постојећег система заједнице прихода била би увођење приреза порез на доходак у порески систем Србије. Овај модел фискалне децентрализације није непознат пореској пракси, чак и неких земаља у окружењу. На пример, постоји у Хрватској и Црној Гори. Значајан број аутора га препоручује за примену у земљама у транзицији. Представља већи степен фискалне аутономије локалне власти у односу на систем заједнице прихода, према коме локалне јединице имају право на удео у приходима од ПДГ-а. Централна власт има потпуна овлашћења у погледу заједничког пореза, јер слободно, по својој вољи, одређује пореску основицу и пореску стопу. То значи да може и слободно да их мења, независно од воље локалне власти. Тиме директно утиче на обим локалног буџета, као и на обим и квалитете локалних јавних услуга. Са друге стране, локални званичници немају овлашћења да утичу на висину прихода који ће припасти локалном нивоу. Они неће имати могућности да, пратећи локалне јавне потребе, повећавају приходе од заједничког пореза, јер ће искључиво зависити од удела који им уступа централна власт. Додатно опорезивање ПДГ-ом на већ одређену пореску основицу и стопу од стране централне власти, дало би могућност локалним јединицама да, у складу са приоритетима, повећавају своје приходе. Прирез порезу на доходак може бити погодан инструмент за обезбеђивање допунских средстава локалном нивоу, јер има велики фискални капацитет. Поред ПДВ-а, то је један од најиздашних пореза у савременим пореским си-

²³ Арсић, М., *Анализа предлога о повећању учешћа локалних заједница у порезу на зараде*, *op. cit.*, 80.

стемима, а за разлику од ПДВ-а може се уводити на локалном нивоу. Подаци о структури локалних јавних прихода управо показују да је у Србији велико учешће ПДГ-а у локалном финансирању. Међутим, за разлику од постојећег система заједнице прихода, где локалне јединице не могу да утичу на обим уступљених прихода, код приреза на порез на доходак оне би директно утицале на висину прихода, јер би имале овлашћење да самостално одређују висину своје пореске стопе.

Добијањем већих овлашћења, већа је и одговорност локалне власти. За разлику од уступљених, сопствени приходи подстичу званичне локалне самоуправе на већу одговорност како у прикупљању тако и у трошењу средстава. Они су политички одговорни гласачима на својој територији за свако повећање пореске стопе, али и за наменско и рационално трошење средстава.²⁴

Давањем овлашћења за увођење додатне локалне пореске стопе ПДГ-а омогућило би се да јединице локалне самоуправе одређују висину стопе у зависности од својих фискалних потенцијала. У Србији су изражене диспропорције у економском развоју између локалних јединица, које се одражавају и на обим и квалитет пружених локалних јавних услуга.²⁵ Према принципу корисности опорезивања, за већи обим и квалитетније локалне јавне услуге становништво би требало да плати веће порезе. На изванредан начин ово је присутно код пореза на имовину, чија се основица, по важећим законским одредбама, утврђује према цени оствареној у промету одговарајуће непокретности по зонама. Тако ће на висину пореске основице, па тиме и висину пореза који обвезник плаћа, утицати комунална опремљеност, саобраћајна повезаност и сл. у тој зони. Увођењем приреза на ПДГ омогућило би се да свака локална јединица, у складу са својим материјалним могућностима, одреди висину

²⁴ Последњих година у Србији било је бројних примера неправилне расподеле средстава из локалног буџета. На пример, бројне основне и средње школе имају проблем са финансирањем материјалних трошкова (од техничких помагала до средстава за хигијену), јер су ови трошкови пренети на локалну самоуправу, а поједини градови средства су усмерили на друге намене. Таквој пракси се може оправдано приговорити, јер би и у случају недостатка средстава требало поштовати принцип приоритета у локалном финансирању.

²⁵ Према Тајбаутовој хипотези, пружање локалних јавних услуга као и висина пореског оптерећења утичу на пореске обвезнике да „гласају ногама“, односно, да одлуче да промене пребивалиште. Проблем незапослености, услед великог пада привредне активности, јесте приоритетни, али не и једини разлог концентрације становништва у појединим градовима (посебно у граду Београду) и драстичног смањења броја становништва у мањим и неразвијеним општинама, па чак и потпуно напуштање појединих сеоских средина. На миграцију становништва, посебно на „одлив мозгова“ унутар Србије, утиче и обим и квалитет пружених локалних јавних услуга (боље основне и средње школе, квалитетније здравствене услуге, инфраструктура и сл.).

ну пореске стопе за становништво на својој територији. У тој ситуацији, веће и економски јаче локалне јединице могу увести веће стопе.²⁶ На овај начин, становништво тих развијених локалних јединица плаћало би већи износ ПДГ-а, али би “уживало” и већи обим и квалитет локалних јавних услуга. Са друге стране, проблем великих диспропорција у фискалним капацитетима локалних самоуправа би се решавао по узору на решења у осталим државама – путем одговарајућег система трансфера. Постојећи, детаљно законом регулисан, систем трансфера у Србији даје извесну гаранцију за обезбеђивање минимума у задовољавању локалних јавних потреба у неразвијеним општинама. Увођење приреза би омогућило да оне, пошто нису везане пореском стопом коју је одредила Република као у садашњем систему заједнице прихода, одреде ниже пореске стопе, наравно, у складу са материјалним могућностима становништва на својој територији. Недостајућа средства за финансирање пружања локалних јавних услуга била би обезбеђена трансферима.

У контексту дуго очекиване и најављивање реформе система ПДГ-а у Србији, требало би размотрити могућност увођења приреза на ПДГ, уместо постојеће деобе прихода од ПДГ-а између Републике и локалних јединица (општина и градова). У том смислу, могу се упутити препоруке законодавцу да, приликом одређивања пореских стопа, пропише једну основну пореску стопу, која би се плаћала на територији целе Србије, као и горњу границу до које би локалне јединице самостално утврђивале своје додатне стопе ПДГ-а.

²⁶ На пример, у Хрватској је законом прописана горња граница стопе приреза у зависности од величине локалне јединице (односно, броја становника).

**Suzana Dimić, Assistant Professor
Faculty of Law of the University in Priština
with temporary seat in K. Mitrovica**

FINANCING LOCAL GOVERNMENTS IN SERBIA BY TAXATION – STATUS QUO AND POSSIBILITIES

Summary

In the context of long awaited personal income tax reforme in the Republic of Serbia it should be noted that there is a possibility of adapting surtax to PIT, in place of splitting the tax between the central authority and the local governments that is in place now.

In that sense, propositions can be sent to the legislative body to, help by defining a basic tax rate that would be enforced on the entire Serbian territory and also a bar below which the local governments would determine additional PIT rates.

Key words: *local governments, personal income tax (PIT), property tax, tax system of Serbia, surtax*

УДК: 338.246.025.3(497.6РС)

doi 10.7251/PR5017351F

Прегледни чланак

ЈАВНИ ИНТЕРЕС У КОНЦЕСИЈАМА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Доц. др Зоран Филиповић*

Апстракт: Јавни интерес је у научној теорији често апстрактан појам, који нема своју законску дефиницију, па се његово постојање одређује различито, од ситуације до ситуације, најчешће коришћењем дискреционог овлашћења надлежног јавноправног тијела. У раду је дат акценат на сам појам, поријекло и позитивноправну квалификацију јавног интереса у правном режиму концесија Републике Српске. Аутор указује на недостатке и недоследности у утврђивању јавног интереса, те практичне могућности побољшања правног оквира у области јавног интереса у концесијама у Републици Српској. Циљ рада је да научној и стручној јавности приближи појам јавног интереса, нарочито у поступку додјеле концесија и њихове реализације и начин утврђивања његовог постојања, кроз конкретне, транспарентне и објективно мјерљиве параметре.

Кључне ријечи: јавни интерес, управни уговор, уговор о концесији, концедент, концесионар, јавноправно лице.

Увод

У модерним друштвеним системима концепт јавног интереса представља начин за обезбјеђење највиших друштвених вриједности као што су мир, једнакост људи, правна сигурност, заједничко благостање. Управо из тих разлога у свим правно уређеним системима јавни интерес предњачи у односу на појединачне интересе чланова друштва. Међутим, иако јавни интерес има предност у односу на појединачни, савремени

* Комисија за концесије РС.

демократски принципи заснивају се и на заштити основних права и слобода грађана и њихових појединачних интереса. Стога је неопходно кроз правни и политички систем избалансирати заштиту јавног интереса (који заступа јавна управа) и заштиту приватног интереса. У процесу демократизације и модернизације јавне управе значајну улогу узима институт управног уговора, који регулише одређени облик уговорних односа између јавног и приватног сектора и путем кога јавна управа остварује важне дјелатности. Француска правна теорија је родоначелник управног уговора и њени темељни принципи везани за овај институт преузети су у законодавства других земаља, изричито или у латентном облику. Према класичној теорији о управном уговору, уговор о концесији јавних служби је управни уговор. Одређен број правних теоретичара како домаћих тако и страних је на становишту да су сви концесиони уговори по својој правној природи управни уговори. Постоји општа сагласност да је јавни интерес најважнији циљ ових уговора. Он је полазни, кључни елемент који мора бити заступљен и у свим фазама управног уговора, како при његовом закључењу, тако и при његовој реализацији, па и престанку. Тако је и код уговора о концесији доминантан јавни интерес, по чему се он разликује од грађанскоправних уговора код којих преовладава приватни интерес уговорних страна. Ипак, појам јавног интереса у научној теорији, али и у позитивном праву, (нарочито управних уговора) није довољно расвијетљен. Ради се о сложеном појму који се различито схвата. Најчешће је јавни интерес у перцепцији субјеката који треба да цијене његово постојање, апстрактан појам за који нема прецизних параметара којим би се утврдио.

Управо због сложености овог питања и различитог приступа, јавни интерес најчешће нема своју потпуну теоријску нити законску дефиницију, а његово постојање се утврђује у свакој појединачној ситуацији, најчешће коришћењем дискреционих овлашћења надлежног јавноправног тијела. У раду је дат акценат на сам појам и поријекло појма јавни *интерес* и на његову позитивноправну квалификацију у правном режиму концесија Републике Српске. Постоји практична потреба да се научној и стручној јавности приближи улога и значај и начин утврђивања постојања јавног интереса у поступку додјеле концесија и њихове реализације кроз конкретне и транспарентне, објективно мјерљиве параметре. Недостатак квалитетне позитивноправне дефиниције јавног интереса значајно утиче на његову оцјену у поступку додјеле концесија. Рад треба, бар дјелимично, да освијетли питање јавног интереса и да до-

принесе његовом квалитетнијем уређењу и обликовању у правном режиму концесија у Републици Српској.

1. Појам јавног интереса

Правни интерес представља правни стандард који због његове вишеслојности, комплексности и разноврсних поимања, није једноставно дефинисати. Његово дефинисање захтијева цјеловиту аналитичку обраду теоријских и сродних приступа овој теми. Такав приступ значајно би превазилазио обим и циљ рада па су у њему презентовани основни теоријски и практични ставови као смјернице за разумијевање јавног интереса у контексту предвиђене теме. Појам јавног интереса има правне, економске, политичке, социјалне па чак и етичке конотације, те га је могуће сагледавати са различитих аспеката.

Да би се дефинисао јавни интерес, неопходно је утврдити прије свега поријекло и значење појма *интерес*, као и појма *јавни*, *јавно*. Термин *интерес* је латинског поријекла од лат. *inter esse* (бити између), *interesum* (учествовати, узети удјела) и указује на постојање два релациона односа, и то релације између интереса и потреба и релације између интереса и вриједности. „Интереси се испољавају као тежња или настојање појединаца или група да потпуније од других задовоље своје различите потребе и пре других досегну пожељне циљеве, приоритетним задобијањем ограничених добара. Као такви, интереси одређују правац сваком деловању појединаца и група, повезујући у конкретном склопу друштвених односа задовољавање потреба са остварењем циљева.“¹

Због постојања многобројних, често различитих па и супротстављених интереса појединаца, група, али и друштва у цјелини неминовно се између различитих актера јавља тзв. „борба интереса“. Врло је важно да ова борба интереса не прерасте у антагонизам који може нанијети штету појединцима или групама, али и цјелокупном друштву. Због тога је неминовно да друштво путем властитих правила уреди, усклади и контролише међусобно различите, а нарочито супротстављене интересе.

Историјски посматрано, појам *интерес* био је предмет занимања још у античко доба. Тако је Аристотел разликовао *опште*, *посебне* и

¹ Милован М. Митровић, *Социолошке претпоставке друштвеног развоја Србије*, у: Могуће стратегије развоја Србије, САНУ, Београд, 2014, стр. 252.

појединачне интересе, а њихову међусобну усклађеност узимао је као критеријум за процјену ваљаности неког поретка. За њега је за добар поредак кад у њему општи интереси преовладавају над посебним и појединачним, а добра владавина је само она у којој су општи интереси институционално заштићени.²

Када говоримо о изразу *јавни*, он је у свом политичком значењу изведен из латинских израза „*publicus*“ (јаван) и „*populis*“ (народ). Израз *јавно* у општем смислу означава отвореност, објављеност, општу приступачност. У свакодневном говору, као и у науци, нарочито правној, најчешће се термин *јавни* везује за термин *приватни* као њему супротан. Израз *приватни* вуче своје поријекло из латинског „*privatus*“ (личан), посебно из римске цивилистичке јуриспруденције која нарочито долази до изражаја у буржоаском друштву и његовом приватном праву.³

Појам *јавни интерес* везује се за теорије о подјели права на јавно и приватно. Наиме, подјела права на јавно право (*ius publicum*) и приватно право (*ius privatum*) углавном се у теорији приписује Улпијану (*Domintius Ulpianus*), једном од посљедњих великих римских правника класичног доба, а наведена је у чувеним Дигестима и Институцијама. *Теорија интереса* полази од материјалних критеријума у разграничењу јавног и приватног права. Ова теорија се заснива на наведеној Улпијановој подјели према којој је јавни, односно приватни интерес опредељујући за утврђивање да ли је ријеч о јавноправном или приватноправном односу. Тако јавно право унапређује општи, а приватно појединачни интерес.⁴ И док *Szladits* сматра да теорија интереса може много тога понудити у рафинираном облику који тражи да се вага вриједност дата јавном интересу,⁵ Водинелић ову теорију у потпуности одбацује као неприхватљиву наводећи да се ради о нејасном критеријуму, док појам интереса сматра релативним, промјенљивим и многозначним.⁶ Противници ове теорије између осталог наводе да се често приватни и јавни

² Милован М. Митровић, *Прилог дијалектичкој теорији друштвеног дјеловања*, Универзитет у Београду, Правни факултет, доступно на: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/mitmil/DIJALEKTIKA.pdf> (3. 7. 2017).

³ „*Privatus*“ је, у наведеном смислу, одсућност другога, неприступачност, затвореност за другога, заштићеност од уплива јавности, лишеноћ могућности да се продре у јавни простор.

⁴ Charles Szladits, II. *The Civil Law System*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2. ch. 2 (Tübingen: Mohr, н. д. /1974), стр. 15–16. Н. према: Ivan Pađen, *Javno i privatno: Transfer pravnih teorija*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 3-4/2007, стр. 451.

⁵ Ch. Szladits, стр. 23. Н. према: Исто.

⁶ Више: Владимир Водинелић, *Јавно и приватно право*, докторска дисертација, Правни факултет, Београд, 1986. стр. 42–51.

интерес преклапају. Тако је заузето становиште да, ако се јавни интерес посматра као збир појединачних интереса, онда све правне норме штите и јавни и приватни интерес. Иако се *теорија интереса сматра* превазиђеном, неки њени елементи су надживјели вријеме у коме је настала, а искуство показује да је претежно приватни или јавни интерес и даље битан фактор при одређивању да ли неки уговор или институт припада јавном или приватном праву. Тако можемо рећи да је и данас јавни интерес *conditio sine qua non* „пактирања државе са појединцима“ и то прије свега кроз институт управног уговора.

У теорији су постојала неслагања у погледу односа приватног и општег интереса, односно у погледу одговора на питање да ли код постојања супротстављених интереса приоритет треба дати појединачном или колективном, односно општем интересу.⁷ Политички либерализам карактерише идеја о „природном складу“ појединачних и заједничких интереса. Ипак, данас, и поред тежње за хармонизацијом приватних и јавних интереса, преовладава став да уколико постоје супротстављени приватни и јавни интерес треба дати предност јавном интересу, водећи рачуна прије свега о начелу сразмјерности (пропорционалности).

Политолошки покушај дефинисања јавног интереса даје *Reeve*. Он под јавним интересом подразумева „заједнички интерес особа у њиховом својству чланова публике, као и – посве супротно збир појединачних интереса особа на које утиче поједина политика или мјера“.⁸ Истовремено, аутор наводи и одређене недоследности које прате овакву дефиницију. Прије свега, у питању је термин којем се не може приписати кохерентно значење. Друго, чак и кад би такво значење постојало, у пракси је немогуће идентификовати јавни интерес. На крају, поставља се питање да ли су пракса и институције модерне политике такве да подстичу јавни интерес.⁹ Јавни, национални или општи инте-

⁷ За разлику од нпр. К. Маркса као радикалног противника приватног капитала и самим тим и приватног интереса, теоретичар грађанског *утилитаризма* (лат. *utilis* – користан) Џереми Бентам (*Jeremy Bentham*, 1748–1842) и класик *либерализма*, (лат. *liberalis* – слободан, слободоуман) Џон Стјуарт Мил (*John Stewart Mill*, 1806–1873) личну корист, приватне интересе и личне слободе појединаца проглашавају за врховно етичко и политичко начело. По њима је оно што је лични и приватни интерес појединца истовремено и општи интерес друштва. Наведено према: Милован М. Митровић, *Прилог дијалектичкој теорији друштвеног дјеловања*, Универзитет у Београду, Правни факултет, доступно на: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/mitmil/DIJALEKTIKA.pdf> (3. 7. 2017).

⁸ Andrew Reeve, *Public Interest*, у: Iain McLean, (ed.), *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, Oxford University Press, Oxford (...), 1996, стр. 412–413, наведено према: Alen Rajko, *Javni interes u hrvatskom postupovnom pravu*, Informator br. 6458, Zagreb, 2017, стр. 2.

⁹ Исто.

рес појмови су у политичким расправама када се желе назначити користи или предности заједнице као цјелине, за разлику од приватних или личних интереса.¹⁰

Пуховски наводи да, иако општи и заједнички интерес као термини сродни јавном интересу, те јавни интерес нису синоними, општи интерес је онај који је садржајно везан уз добробит заједнице, док се заједнички интерес формално изједначава с интересом већине. „Ако су два вида егзистенције појединца, приватни и јавни, начелно одвојени, интерес је онај који између њих посредује.“¹¹

Правни стандард јавног интереса присутан је у већини грана права. Ипак, јавноправни карактер управног права поменути стандард чини заступљенијим управо у тој правној грани, како у њеној материјалноправној, тако и процесноправној димензији.¹² Термини као што су опште добро, јавни интерес, систем вриједности или демократско друштво немају и не могу имати универзално значење. Са друге стране, значење тих ријечи јесте од суштинске важности за активности јавне управе и свих оних правних и физичких лица која се сусрећу са јавним интересом или системом вриједности.

Димитријевић тако истиче да треба разликовати јавни интерес као правну категорију од општег интереса, који је појмовно више социолошког карактера, као и од државног интереса као једног његовог дијела. Док је јавни интерес ужи од општег интереса и чини његов саставни дио, само конкретан облик, дотле је државни интерес дио јавног интереса који се у том државном интересу остварује, али се у њему не исцрпљује, будући да јавни интерес реализују и недржавни јавноправни колективитети. Аутор закључује да „јавни интерес представља друштвену вредност која је антипод приватним интересима, али не и супротан са њима, већ треба да их обухвати и настоји да их задовољи“.¹³

Томић посебно наглашава значај јавног интереса: „[...] Јавни интерес је таква друштвена вредност коју држава сматра особито важном, па

¹⁰ *Економски лексикон*, LZ Miroslav Krleža i Masmedia, Zagreb, 1995, стр. 359. Н. према: Alen Rajko, *Јавни интерес* [...], стр. 2.

¹¹ Žarko Puhovski, „Интерес“, *Лексикон темелјних појмова политике*, Школска књига, Zagreb, 1990, стр. 268–270. Н. према: Alen Rajko, *Јавни интерес* [...], стр. 2.

¹² Из тачке 7 Образложења Одлуке и Решења Уставног суда Републике Хрватске бр. У-І-2753/2012 и др. од 27. 9. 2016. *Народне новине* број 94/16. Н. према: Alen Rajko, *Јавни интерес* [...], стр. 1.

¹³ Предраг Димитријевић, *Јавни интерес и креативности управне функције, „Стварање права“*, Трећи скуп Југословенског удружења за теорију, филозофију и социологију права, Милочер, 24–25. октобар 1999. Београд, 2000.

настоји да је на сваки начин (укључујући и правно нормирану претњу силом, а и саму принуду) постигне и заштити.“ Он даље наводи: „Јавни интерес је начелно суштинска потреба једне целине, својом важношћу надређена појединачним интересима грађана и организација. Она је неопходно уткана у остваривање зајамчених права грађана и њихових колективитета. Такође, јавни интерес је друго име за незаобилазну претпоставку редовног одвијања друштвеног живота на одређеној територији, или/и има ниво битног услова несметаног рада државних органа и органа децентрализованих територијалних заједница. Отуда остварење појединачних и групних интереса не сме да буде у супротности са јавним интересом. Уже потребе се оцењују са гледишта јавног интереса, који, истовремено, усмерава и ограничава њихово задовољење.“¹⁴

С. Лилић сматра да у демократском друштву функција „заштите јавног интереса“ није задатак управе, него да је то функција других државних органа, прије свега јавног тужилаштва и судова. Он овај свој закључак гради на ставу да суштина управног поступања није „заштита“, већ „остварење“ јавног интереса.¹⁵

Јавни интерес је објективног, генералног и начелног карактера. Мора бити јасан и разумно прихватљив и није нужно у супротности с појединачним интересима. Могуће је истовремено егзистирање и јавног и појединачног интереса и када су (дјелимично) супротстављени, а у таквој ситуацији од примарне је важности примјена начела сразмјерности и провјера претежности интереса. Када се правном нормом налаже или имплицира утврђивање јавног интереса, комплексност његовог утврђивања у појединачном случају није оправдан разлог за закључак да јавни интерес не може бити поуздано утврђен. Позивање на јавни интерес од стране оних који примјењују правне норме обавезује их да јасно конкретизују у чему се тај интерес састоји у односном случају, у свјетлу правне норме коју примјењују, како би идентификовање јавног интереса било провјерљиво. Иако се синтагма „јавни интерес“ користи у једнини, јавни интерес није један једини, већ се јавља у већем броју могућих варијанти, увијек у вези с контекстом у којем се у утврђује. Заштита објективне законитости један је од елемената јавног интереса, али не и искључиви елемент јавног интереса.¹⁶

¹⁴ Зоран Томић, *Управно право, систем*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 272.

¹⁵ Стеван Лилић, *ЗУП и јавни интерес*, Институт за јавну политику, доступно на: http://www.ijp.rs/iz-instituta/autorski-tekstovi/zup-i-javni-interes_36/ (3. 7. 2017).

¹⁶ Видјети: Alen Rajko, *Javni interes [...]*, стр. 8.

Без обзира на постојање реалног ризика да се у довољној мјери не обухвате све правне ситуације у којима се одлучује о јавном интересу, његово законско регулисање би без сумње умногоме допринијело отклањању низа дилема које се у вези са овим појмом често појављују у пракси. Недостатак јасног одређења суштине овог појма отвара могућност његовог слободног тумачења, који нарочито у условима супротстављених јавних и приватног интереса може довести до различитог поступања јавних тијела у истим или сличним ситуацијама, па и злоупотребе права.

Узимајући у обзир све тешкоће које прате дефинисање јавног интереса, покушаје законодавца да ближе одреди шта је то јавни интерес ваља подржати. То је случај и са Предлогом Закона о услугама Србије који дефинише: „Јавни интерес је општи друштвени интерес, укључујући: јавни поредак, јавну безбедност, јавну заштиту, јавно здравље, очување финансијске равнотеже система социјалне заштите, заштиту потрошача, корисника услуга и радника, поштовање начела савесности и поштења у пословним односима, спречавање преварног поступања, заштиту животне средине и здравља животиња, заштиту интелектуалне својине, очување историјске и културне баштине, циљеве социјалне и културне политике.“¹⁷

Овако широко постављање појма јавног интереса свакако није идеално и може бити предмет дискусије, али је корисно и за боље теоријско дефинисање, а свакако и као полазна основа за опште регулисање јавног интереса у позитивном законодавству, укључујући и област концесија.

2. Јавни интерес и јавноправни уговори

Савремена држава између осталог подразумијева и адекватно уређење односа између јавне и приватне сфере, између највише организационе форме друштва – државе и појединца. То је важно питање у коме се тражи уравнотежен однос између јавног и приватног интереса, између државне интервенције и приватне слободе. Управно облигационо право обухвата правне послове који потпадају под посебан режим управног права, различит од режима општег грађанског права, а то су у првом реду јавноправни (управноправни) уговори, на челу са уговором

¹⁷ Предлог Закона о услугама Србије, члан 2 став 1 тачка 14. Доступно на: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/445-16%20LAT.pdf

о концесији.¹⁸ Уговори управе као шири појам обухватају све врсте уговора које закључује управа, како уговоре приватног права, тако и управне уговоре. Управни уговори су, дакле, тек једна врста уговора управе.

Појам управни уговор је ужи од појма јавноправни уговори и уговори управе и њиме су обухваћени само они уговори који су специфични у погледу: 1) субјеката (*les parties au contract*), 2) циља (*l'objet même du contract*) и 3) посебних овлашћења (*les clauses exorbitantes du droit commun*), или тзв. дерогативна клаузула (*clauses derogatoires*). У погледу субјеката, један од субјеката управног уговора увијек мора бити јавни, односно јавноправно тијело, тј. управним уговором не може се сматрати уговор између појединаца. Циљ управног уговора јесте испуњење неког ширег друштвеног интереса, за разлику од уговора грађанског права, чији је циљ остварење само међусобних интереса сауговорача, чак и онда када је један од субјеката држава. При склапању и извршавању управних уговора важе посебни услови, који су по правилу предвиђени посебним прописима и на које се примјењује посебан поступак. С друге стране, кључни елемент разликовања управних уговора и уговора приватног права у Њемачкој јесте сам предмет уговора. Према њемачкој правној теорији, управни уговор увијек ствара, мијења или укида правни однос „у подручју јавног права“, док други уговори имају једнаке учинке, али у сфери приватног права. Према томе, ако се правни однос који уговор ствара, мијења или укида налази у подручју јавног права, уговор ће према правној природи бити управни уговор.¹⁹ Постоји велики број дефиниција управног уговора, чија би анализа превазилазила циљ и обим овог рада. Ипак, навешћемо једну од дефиниција која би требало да обухвата најзначајније карактеристике управног уговора без обзира на то ком моделу припада: *Управни уговор је двострани правни посао закључен у писаној форми, између јавноправног тијела са једне и приватноправног лица са друге стране, са циљем обављања неке дјелатности или активности од јавног интереса, а који је регулисан посебним правним режимом.*

Кад су у питању концесије као врста јавноправних уговора, у француском праву оне су постале предмет спорења углавном због различитог разумевања правне природе концесије. Тако се у почетном стадијуму развоја права концесија у Француској сматрало да акт о концесији има

¹⁸ Петровић, М. Прица, М. *Посебно управно право са међународним управним правом*, СБЕН, Ниш, издање, 2012, стр. 98 и 126.

¹⁹ Klaus Lange, *Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1983, стр. 313 и 322.

искључиво уговорну природу, чему се супротставила друга струја теоретичара, који су тврдили да акт о концесији има двоструку природу – уговорну и нормативну.

Ђерђа, наводећи преовлађујуће ставове у француској правној теорији, те праксу Државног савјета, износи став да правна природа уговора о концесији у француском праву није спорна и да се они сматрају управним уговорима, и то најтипичнијом категоријом управних уговора.²⁰ Овакав закључак произлази из чињенице да уговор о концесији испуњава два кључна елемента управног уговора. Први је да је код уговора о концесији увијек бар једна уговорна страна јавноправно лице, а други да се концесиони уговор закључује понајприје с циљем обављања јавних служби. Као потврду ове тврдње наводи се да су управо та два елемента предидјелила француски Државни савјет да у одлуци у случају *Eroux Bertin*²¹ уговор о концесији окарактерише као управни уговор. *Maffei* наводи да и друга обиљежја уговора о концесији указују на то да је ријеч о управним уговорима, као што су правни режим јавног права, надлежност управних судова за рјешавање спорова, широка овлашћења субјектима укључујући и право на једнострани раскид, или измјену уговорних одредаба због јавног интереса.²² Међутим, у теорији постоје и противници оваквог става. Тако Горенц сматра да је код уговора о концесији ријеч о чисто приватноправном уговору. Ераковић такође сматра да се ради о уговору грађанског права, али са значајним посебностима.²³

Иако у погледу правне природе уговора о концесији постоје различита мишљења, у правној теорији постоји сагласност да је уговор о концесионираној јавној служби врста управног уговора. Такође преовладава став аутора који сматрају да основне карактеристике управног уговора у његовом класичном облику садрже и уговори о концесији, укључујући и питање остварења јавног интереса.²⁴ Однос јавног и приватног инте-

²⁰ Dario Ђерђа, *Ugovor o koncesiji*, Hrvatska javna uprava, god. 6, br. 3, 2006, стр. 112.

²¹ ДС, ас, 20. април, 1956. година, Eroux Bertin, GAJA, Dalloz, 16. издање, 2007, бр. 74.

²² D. Ђерђа, *Ugovor o koncesiji* [...], стр. 112 и 113.

²³ Више: D. Ђерђа, *Ugovor o koncesiji* [...], стр. 113–115.

²⁴ Хрватски аутори Шикић и Станичић, након исцрпне анализе теоријских ставова домаћих и страних аутора о правној природи уговора о концесији, извршили су компаративну анализу законских обиљежја управног уговора у Хрватској са уговором о концесији и то у погледу субјектата; претходног доношења рјешења; извршења уговором права и обавеза из рјешења; обавезног законског регулисања закључења управног уговора; и јавни интерес којем јавна управа мора да тежи при закључењу управног уговора. Закључак аутора је да је уговор о концесији задовољно све критеријуме који га чине управним уговором, док обавезу да се у закону изричито

реса код управних уговора (односно уговора о концесији), најбоље се види кроз овлашћења уговорних страна. Уколико то захтијева јавни интерес, обавезе странке се могу повећати или смањити, а у одређеним случајевима уговор се може и раскинути. Остварење јавног интереса у јавноправним уговорима може ићи до границе угрожавања појединачних интереса, па и преко тога, али законодавац у тим случајевима настоји на различит начин, у што већој мјери, да заштити и појединачне интересе. У случају да измјена уговорних одредаба или раскид уговора због јавног интереса има за посљедицу штету или увећање трошкова за сауговарача јавне управе, класични концепт управног уговора, обезбјеђује право на потраживање накнаде од јавноправног тијела због поновног успостављања „финансијске равнотеже“. Заштита овог начела у француском праву остварује се кроз примјену *теорије самовоље или државне власти (fait du Prince)* и *теорије непредвидљивости (imprevision)*.²⁵ Начело државне власти повезано је са теоријом непредвидљивости.²⁶ При томе, основа за одређивање надокнаде у *imprevision* је „реално настала штета“, а не и „изгубљена добит“, као што је у теорији самовоље.²⁷

неки уговор наведе као управни, сматрају непотребним инсистирањем на формализму, те закључују да је уговор о концесији *ipso lege*, управни уговор. Више: М. Šikić, F. Staničić, *Pravna narav ugovora* [...], стр. 436 и 437.

²⁵ Државни савјет је у случају „Tramways de Marseille“ пресудио да је у интересу јавне безбједности, како би се спријечили тешки удеси, средњи начелник имао право да увећа обавезе друштва које је вршило услуге јавног превоза трамвајем, уз придржавање права друштва да уколико је усљед тога претрпјело штету, буде обештећено. Видјети: М. Петровић, М. Прица, *Посебно управно право* [...], стр. 216 и 217.

²⁶ Тако Државни савјет у одлуци од 14. маја 1926. године, истиче: „[...] Тужитељ не може да игнорише економске услове, као што су повећање трошкова у вези са радом и оне повезане са цијеном угља, који обавезују јавне органе да дозволе даље повећање цијена жељезничког транспорта“, ДС, 14. мај 1926. Pouillard, Leb, стр. 498. Н. према: С. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, стр. 418.

²⁷ У одлуци Државног савјета у случају „Société Propétrol“ од 5. новембра 1982. год. наведено је да непредвидивост не доводи до ослобађања сауговарача јавне управе од његове обавезе да изврши уговор који је с њом закључио, а чак ако је до штете дошло кривицом трећег лица, то не ослобађа од одговорности. Видјети: М. Петровић, М. Прица, *Посебно управно право* [...], стр. 230; У случају „Narang“ од 22. маја 1935. год, Државни савјет је осудио јавну заједницу да надокнади штету коју је скривило треће лице, резервишући у корист заједнице евентуални регрес против тог треће лица. Видјети: М. Петровић, М. Прица, *Посебно управно право* [...], стр. 232.

3. Јавни интерес у концесијама у Републици Српској

Правни оквир за утврђивање постојања јавног интереса у уговорима о концесији у Републици Српској представљају прије свега одредбе Закона о концесијама Републике Српске²⁸ (у даљем тексту и скраћено: ЗОК), Документ о политици додјеле концесија²⁹ (у даљем тексту: Документ о политици), Упутство за процјену постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде³⁰ (у даљем тексту: Упутство о процјени) и други прописи који садрже одредбе о јавном интересу. Закон о концесијама предвиђа: „Спровођење поступка додјеле концесија у Републици заснива се на начелима транспарентности, недискриминације, тржишне конкуренције, једнаког третмана, слободе кретања робе и пружања услуга, *заштите јавног интереса*, ефикасности, економичности, пропорционалности, заштите животне средине, аутономије воље и равноправности уговорних страна“.³¹ Иницијатива за покретање поступка за добијање концесије садржи прелиминарне податке информације потребне за процјену постојања јавног интереса. Надлежни орган, по потреби, може позвати подносиоца иницијативе да прецизира податке из иницијативе или да достави додатне податке и информације неопходне за процјену јавног интереса³². Ако оцијени да постоји јавни интерес за додјелу концесије, надлежни орган предлаже доношење одлуке о покретању поступка додјеле концесије, а у противном обавјештава подносиоца иницијативе да иницијатива није прихваћена.³³ Комисија за концесије доноси упутство о процјени јавног интереса.³⁴

Документом о политици одређује се да концесиона политика мора бити усмјерена на „[...] пуну заштиту државних интереса (јавног интереса), изражених кроз економске, еколошке и социјалне ефекте прихватљиве за државу и њено становништво [...]“.³⁵ „У поступку додјеле концесије „[...] концедент процјењује постојање јавног интереса. При процјени постојања јавног интереса узима се у обзир нарочито:

²⁸ Закон о концесијама, „Службени гласник Републике Српске“, број: 59/13

²⁹ Документ о политици додјеле концесија, „Службени гласник Републике Српске“ број: 31/06.

³⁰ Упутство за процјену постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде, „Службени гласник Републике Српске“ број: 103/05.

³¹ Члан 4 ЗОК.

³² Члан 25 став 2 и 3 ЗОК.

³³ Члан 25 став 5.

³⁴ Члан 25 став 6 и члан 59 став 2 (ђ).

³⁵ Документ о политици стр. 11.

1) да пројекат који је предмет предложене концесије може бити остварен само у случају ако се користи процес, пројектовање, методологија или концепт инжињеринга на које понуђач полаже искључива права; 2) хитност пружања услуга или постојања инфраструктуре за јавну употребу. По процјени постојања јавног интереса, концедент подноси захтјев Комисији за концесије, задобијање овлашћења за вођење преговора са понуђачем.³⁶ Значај студије економске оправданости је у томе што се сви битни елементи концесионог поступка, као што су јавни интерес, концесиона накнада и елементи уговора о концесији, дефинишу на основу садржаја студије.³⁷

Документ о политици, у четвртој глави (стр. 39 и 40), посебно уређује јавни интерес. Наводи се да је правилна процјена, односно утврђивање јавног интереса директно везано за квалитетно урађену предстудију – студију економске оправданости. По процедурама које су предвиђене Законом, ресорна министарства процјењују постојање јавног интереса, комисија за концесије даје сагласност на процјену постојања јавног интереса, а Влада Републике Српске утврђује постојање јавног интереса. У Документу о политици се истиче да је оваква процедура неопходна јер је „јавни интерес теоретски релативно лако одредити, али је то веома тешко учинити и у пракси, тим прије што право ријетко кад пружа прецизну одредбу јавног интереса“. При томе је дата једна уопштена дефиниција јавног интереса која га одређује као „интерес цијеле друштвене заједнице или појединих њених знатних дијелова, о коме право уопште мора да води рачуна“. Истовремено се подвлачи да право увијек штити јавни интерес, али да то не значи да не штити и одређене приватне интересе. Приватни интереси се штите ако су у складу са јавним интересом, тачније ако су саставни дио јавног интереса. Процјена постојања јавног интереса везана је и за појам јавног добра, гдје се разликују природна богатства као јавна добра и добра у јавној употреби. Природна богатства као јавна добра су: земљиште, шуме, воде и водена снага, руде, нафта, гас, животињски и биљни свијет, итд. Добра у јавној употреби су у првом реду: јавни путеви, воде у природним водотоцима, природна језера, природни извори, јавни бунари, луке, аеродроми, комунални објекти, улице, тргови, паркиралишта, паркови, итд.

Документ о политици предвиђа да се процјена и утврђивање јавног интереса цијени према неколико основа. Ти основи се односе на: 1) *еко-*

³⁶ Исто, стр. 35.

³⁷ Исто, стр. 38.

номску, 2) политичку, 3) социолошку и 4) општу оправданост давања концесије. Поред тога, неопходно је да се дефинишу краткорочни и дугорочни циљеви који се концесијом постижу. Предвиђа се обавеза да се утврди утицај концесионе дјелатности на животну средину, инфраструктуру и друге привредне области и системе. Економска оправданост подразумијева економске користи које има друштво, али и појединци. Та економска корист треба да се оствари уз најмањи могући ризик обављања концесионе дјелатности и инвестиција будућег концесионара. Политичка оправданост се цијени кроз „ефекат који улагање и обављање концесионе дјелатности има на развој и задовољење потреба уже и шире друштвене заједнице“. Социолошка оправданост подразумијева одговор на питање: Која друштвена група и у којој мјери задовољава своје потребе кроз концесиону дјелатност и да ли таква дјелатност задовољава већину чланова уже или шире друштвене заједнице? Општа оправданост се процјењује збирном оцјеном појединачних критеријума. Циљеви које треба дефинисати се одређују као краткорочни и дугорочни. Краткорочни циљеви се односе на рјешавање питања везаних за заснивање концесионог односа. Дугорочни циљеви се дефинишу у „свјетлу могућег развоја и усавршавања, односно повећања квантитета и квалитета концесионе дјелатности, што на крају производи већу корист за појединца и друштво у цјелини“. Документ о политици одређује да дугорочни циљеви треба да буду дефинисани и кроз ефекат подстицања даљих инвестиција у Републици Српској.³⁸

Осим економске, политичке и социолошке оправданости концесије, неопходно је да се обезбиди да концесиона дјелатност нема неповољне еколошке ефекте, односно негативан утицај на животну средину, здравље људи и живи свијет. Значај обезбјеђења поштовања еколошких норми потврђује и законско регулисање обавезе да студија економске оправданости садржи и елаборат о утицају концесионе дјелатности на животну средину и израду еколошке студије. Наглашава се да посебно треба имати у виду дугорочне ефекте обављања концесионе дјелатности у смислу загађења животне средине, утицаја на здравље људи и животиња и исцрпљивања односно умањења природних ресурса. Наглашавају се и могући позитивни ефекти (смањење штетних ефеката) увођења нових и савременијих технологија.³⁹

Поред тога, указује се на чињеницу да код већине концесионих пројеката (изградња путева, жељезничких чворова, аеродрома, лука и

³⁸ Исто.

³⁹ Исто, стр. 40.

сл.) постојећа инфраструктура може бити недовољна или угрожена изградњом нових објеката. Истиче се да чак и читаве привредне гране и области могу бити погођене концесионом дјелатношћу, што се мора имати у виду приликом утврђивања оправданости давања концесије. Поред процјене могућих негативних ефеката и обавезе да се они сведу на минимум, указује се да треба сагледати и позитивне ефекте, посебно у области развоја и убрзања саобраћаја, а тиме и промета људи, робе и услуга. Тако се тражи да концесиона дјелатност буде „у функцији постојећег техничко-технолошког система, односно да унапређује и развија тај систем, а не да представља његову алтернативу (другим ријечима, да не угрожава постојеће ресурсе већ да их развија и унапређује)“. Концесиона дјелатност не смије да има за циљ искључиво или претежно комерцијално експлоатисање природних потенцијала земље са дугорочно штетним посљедицама по домаћу привреду.⁴⁰ Везаност уговора о концесији за акт о додјели концесије манифестује се у овлашћењу концедента да због нужности остваривања јавног интереса једнострано утиче на правни однос поводом концесије.⁴¹

Упутством за процјену постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде (по важећем закону – понуде на иницијативу заинтересованог лица) као подзаконски актом ближе се прописују услови, критеријуми, елементи и начин процјене постојања јавног интереса, давање сагласности на процијењени јавни интерес, као и верификација (потврда) постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде (члан 1). Упутство за процјену одређује јавни интерес као заједничке интересе појединаца и заједничке интересе свих или извјесних локалних заједница или организација, које се по правилу штите правним прописима државе или друштвено-политичких заједница надлежних за бригу о одређеној врсти јавног интереса (члан 3). Упутство о процјени, разрађујући Закон о концесијама, прави разлику између права коришћења природног богатства, добра у општој употреби и обављања дјелатности од општег интереса. И овдје се наглашава да нарочито треба испитати природне услове и могућност штетних посљедица искоришћавања природних ресурса, односно „тренутног економског интереса и дугорочних економских и природних негативних ефеката експлоатације, коришћења инфраструктуре и пружања јавних услуга“ (члан 4).

Упутством за процјену ближе се одређују општи критеријуми за процјену постојања јавног интереса: 1) конзистентност предложеног

⁴⁰ Исто.

⁴¹ Исто, стр. 42.

пројекта са Документом о политици додјеле концесија; 2) испуњење истих критеријума који важе за понуде добијене јавним позивом, укључујући финансијску и економску валидност, као и утицај на животну средину и друштво у цјелини; 3) обезбјеђење доказа да понуђач има финансијску и оперативну способност, искуства и изворе да успјешно имплементира предложени концесиони пројекат (члан 6). Јавни интерес је најуже директно или индиректно повезан са конкретним доприносима које природна богатства, објекти инфраструктуре и јавне услуге обезбјеђују као битан фактор општег, друштвено-економског одрживог развоја земље. (члан 11). Упутством за процјену одређени су елементи за постојање јавног интереса садржани у следећим областима: 1) економска област; 2) социолошка област; еколошка област; 3) област уравнотеженог регионалног развоја; 4) уређење и коришћење простора на коме се налази концесионо добро (члан 12).

Јавни интерес у економској области дефинише се као обавеза да се расположиви ресурси оптимално истраже и користе у најразличитијим гранама у области потрошње. Истичу се и планирани ефекти активирања реалних природних ресурса који треба да се манифестују у изградњи нових и проширењу постојећих капацитета, повећавању запослености, расту потрошачка снаге становништва и повећању укупног друштвеног производа (члан 13). Дато је и образложење о јавном интересу у економском смислу, који постоји без обзира на то да ли расположиве природне ресурсе и објекте инфраструктуре користе јавна предузећа или приватни сектор, јер се тиме обезбјеђују средства за буџет, доприноси из концесионог давања, доприноси за уплате запослених у разне фондове, као и кроз друге различите доприносе, порезе и сл. (члан 14).

Социолошки аспект јавног интереса оцјењује се према обезбјеђењу додатног запошљавања, стварању услова за повећање зарада, побољшавању стандарда породица запослених, развоју локалне заједнице, отварању значајних друштвених објеката (школа, амбуланти, културних установа и др.) (члан 15). Одређује се да се коришћење природних богатстава, јавних добара и обављање дјелатности од општег интереса мора одвијати ефикасно, ефективно и рационално у складу са одрживим развојем и пројектованим мјерама заштите животне средине, те рекултивације простора у циљу остварења јавног интереса (члан 16). За успјешну примјену јавног интереса у еколошком смислу одређена је обавеза досљедне примјене политике концепта одрживог развоја, која треба да дугорочно производи практичне ефекте, и приходе из

међународних извора, обезбјеђивање потребне субвенције уз досљедну примјену међународних норматива (члан 17). О процјени јавног интереса у Документу о политици одређује се да концесиони пројекти треба да испуне своје циљеве на општу добробит и да дају неопходну сатисфакцију онима који су оштећени концесионим пројектом. Потребна је потпуна и свеобухватна координација између свих учесника у концесионом пројекту (члан 18). Као јавни интерес истиче се и уређење и коришћење простора на коме се налази концесионо добро, као што су: а) просторни планови; б) регулациони планови; в) урбанистички пројекти. Пројекат који је предмет предложене концесије треба да буде намјенски и у складу са дугорочним стратешким планским документима као и Документом о политици додјеле концесија (члан 19). Упутство о процјени ближе регулише и сам поступак процјене постојања интереса и додјеле концесије. Поступак се након покретања иницијативе заинтересованог лица (раније самоиницијативне понуде) наставља процјеном постојања јавног интереса, о чему одлучује рјешењем надлежно Министарство на основу приложене предстудије или студије о економској оправданости концесионог пројекта и Документа о политици додјеле концесија. Комисија за концесије својом одлуком о давању овлашћења за преговоре са понуђачем даје сагласност на процијењени јавни интерес, ако су испуњени услови предвиђени овим упутством. Влада Републике Српске својом одлуком о додјели концесије по основу самоиницијативне понуде, верификује и утврђује постојање јавног интереса (члан 21). Студија економске оправданости треба да припреми приједлог за додјелу концесије и да се по њему може поступити у складу са Законом о концесијама (члан 22). Упутство о процјени предвиђа да, ако се ради о великим концесионим пројектима, поступак истраживања и доношења одлуке може бити вишефазан. За сваку од тих фаза рада у пракси се до доношења коначне одлуке израђује предстудија економске оправданости (члан 23).

Закључак

Јавни интерес је објективног, генералног и начелног карактера, те треба бити јасан и разумно прихватљив. Могуће је истовремено егзистирање и јавног и појединачног интереса и када они нису у сагласности или су чак супротстављени, а у таквој ситуацији од примарне је важности примјена начела сразмјерности и провјера претежности ин-

тереса. Када се правном нормом налаже или имплицира утврђивање јавног интереса, комплексност његовог утврђивања у појединачном случају није оправдан разлог за закључак да јавни интерес не може бити поуздано утврђен. Позивање на јавни интерес подразумијева и јасну конкретизацију тог интереса ради његове провјерљивости. Јавни интерес увијек мора бити у вези с контекстом у којем се утврђује. Заштита објективне законитости један је од елемената јавног интереса, али не и његов искључиви елемент. Недостатак јасног одређења суштинског овог појма отвара могућност његовог слободног тумачења, који нарочито у условима супротстављених јавних и приватног интереса може довести до различитог поступања јавних тијела у истим или сличним ситуацијама, па и злоупотребе права.

У теорији преовладава став да основне карактеристике управног уговора у његовом класичном облику садрже и уговори о концесији, укључујући и питање остварења јавног интереса. Однос јавног и приватног интереса код управних уговора (односно уговора о концесији), најбоље се види кроз овлашћења уговорних страна. Уколико то захтијева јавни интерес, обавезе странке се могу повећати или смањити, а у одређеним случајевима уговор се може и раскинути. Остварење јавног интереса може ићи до границе угрожавања појединачних интереса, па и преко тога, али законодавац у тим случајевима штити и појединачне интересе, кроз накнаду евентуалне штете, а у неким случајевима и изгубљене добити, а све у циљу успостављања „финансијске равнотеже“ уговорних страна.

Анализирајући позитивноправни оквир концесија у Републици Српској, може се рећи да он има своје позитивне и негативне елементе. Значајно је то што садржи низ елемената и критеријума за утврђивање и реализацију јавног интереса. Република Српска има нормиран оквир којим дефинише јавни интерес и поступак његовог утврђивања, што је значајан напредак у односу на Федерацију БиХ, Брчко дистрикт и кантоне у Босни и Херцеговини, али и у региону, који јавни интерес у додјели концесија правно регулишу врло скромно. Ипак, ако се посматрају општи правни принципи и потреба да се заштите шири интереси, те унаприједи систем концесија, потребно је правни оквир усавршавати и прилагођавати га потребама друштва како би се сузио простор за произвољно тумачење његовог значења и присуства при додјели концесија. Комисија за концесије, као независно регулаторно тијело, у својим редовним годишњим извјештајима истицала је да институт

јавног интереса треба да има кључну улогу у систему додјеле концесија, имајући у виду предмете концесионог права, као и циљеве успоставе концесионих односа. Наиме, позитивноправни прописи налажу да се јавни интерес процјењује само приликом доношења одлуке о покретању поступка додјеле концесија, што није у складу са обавезом јавне управе да води рачуна о постојању јавног интереса у току цјелокупног поступка који подразумијева поступак додјеле концесија, извршења и престанка уговора о концесији.

Примјетна је неусклађеност подзаконских аката и Документа о политици са Законом о концесијама. Тако Документ о политици није промијењен још од 2006. године, иако важећи Закон о концесијама из 2013. године предвиђа да се овај документ доноси сваке године. Документ о политици као стратешки документ треба да се редовно усклађује са стањем у областима у којим се додјељују концесије како би био актуелан и примјенљив. Упутство за процјену постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде донијето је још 2003. године и такође није усклађено са Законом о концесијама из 2013. Ово знатно отежава примјену правних норми и доводи у питање актуелност критеријума за утврђивање јавног интереса.

Комисија за концесије рјешава захтјеве у складу са прописима о општем управном поступку. Закон о концесијама нпр. не регулише поступак отварања и вредновања приспјелих понуда. Примјена Закона о општем управном поступку у таквим ситуацијама је врло отежана и поставља се питање колико је у таквим случајевима заштићен јавни интерес. У случају када постоји више понуђача по јавном позиву, врло је тешко спровести поступак који би био усклађен са општим правним принципима, као што су транспарентност, једнакост учесника у поступку, пропорционалност, право на правни лијек и др. Ово из разлога што нису детаљно регулисане многобројне правне ситуације које могу наступити због супротстављених интереса понуђача. Стога је потребно законски регулисати сходну примјену одредаба Закона о јавним набавкама који је производ дугогодишње позитивне праксе развијених земаља и који је усклађен са савременим стандардима и тенденцијама у овој области.

Узимајући у обзир наведено, а у циљу знатног побољшања поступка додјеле концесија и истинског остварења јавног интереса, потребно је приступити темељној припреми и изради новог документа о политици додјеле концесија, припреми и изради новог закона о концесијама и у

складу с тим и припреми и изради новог упутства за утврђивање јавног интереса, при чему је потребно задржати све оне одредбе које су се у пракси показале као одговарајуће и примјенљиве.

Zoran Filipovic PhD

Commission for Concessions of the Republic of Srpska

PUBLIC INTEREST IN THE REPUBLIC OF SRPSKA CONCESSIONS

Summary

Public interest is often an abstract term in scientific theory and does not have its legal definition. Therefore, its existence is determined depending on a situation, mostly by discretionary review of competent regulatory authority. The emphasis is placed on the very concept, the origin and positive legal qualification of the public interest in the legal regime of the Republic of Srpska Concessions. The author points out disadvantages and inconsistencies in determining public interest and mentions practical possibilities for improvement of the legal framework in the field of public interest in the Republic of Srpska concessions. The aim of the author is to make the concept of public interest closer to scientific and professional public, particularly in the process of issuing concessions and their implementation and the method of its existence, through definite, transparent and objectively measurable parameters.

Key words: *public interest, administrative contract, concession contract, grantor, concessionaire, public legal entity.*

ПРОМЕНЕ У ОРГАНИЗАЦИЈИ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Анђелка Плавшић Нешић*

***Апстракт:** Модерна и ефикасна државна управа у Републици Србији треба да се, на основу начела правне државе и владавине права, нарочито заснива на стратегији реформе, деполитизацији, рационализацији, професионализацији, новом јавном менаџменту, е-управи и стандардима и принципима Европске уније. Зато, у процесу управљања променама, реформе и модернизације државне управе и јачања капацитета органа државне управе, посебан значај и актуелност има промена њихове организације – норматива, обим, структура, организациони облици и др. Нарочито је неопходна њихова рационализација, која представља стратешке, системске и интегралне и комплементарне сегменте и елементе функционалне, ефикасне, ефективне и професионалне државне управе у Републици Србији. У том смислу су, у оквиру процеса реформе, односно промене организације управног система, разматрани осврт на теоријски појам управе, правни оквир државне управе, органи државне управе и њихово унутрашње уређење.*

***Кључне речи:** појам управе, норматива државне управе, органи државне управе и унутрашње уређење, организационе промене, Република Србија.*

* Виши саветник у државној управи у пензији, Београд.

1. Осврт на теоријски појам управе

Појам управе¹, који је веома сложен, може се одредити у теоријском и позитивноправном смислу, који се понекад поклапају. Савремени теоријски појам управе са системског становишта, подразумева управу као сложени и динамични управни систем социјалне регулације државе и управе и њихове улоге у остваривању општег интереса и друштвене добробити, који је, као основни друштвени процес, битан основ и претпоставка општег друштвеног развоја у свим областима државног деловања. У циљу утврђивања опште концепције управе, може се одредити савремени теоријски појам управе: 1) у функционалном смислу, односно појам управне делатности, управне функције (управна делатност обухвата вршење јавних служби као укупност ауторитарних и неауторитарних активности којима држава непосредно остварује своје социјалне циљеве), и 2) организационом², односно као појам управног органа, управне организације (обављање управних активности добија свој институционални и организациони оквир образовањем управне организације, чији је основни циљ вршење управне делатности).

С другог аспекта, позитивноправни појам управе полази од позитивних прописа, који су значајни за практичну примену одређених правних норми о организацији и раду управе. Тако и позитивноправни појам управе може бити у: 1) функционалном смислу, који подразумева утврђивање конкретних послова управе, и 2) у организационом, који се односи на утврђивање одређених врста и облика управних органа.

“Државна управа у организационом смислу обухвата: а) органе управе и б) управне организације, као основне организационе облике у оквиру државне структуре, којима је обављање управних и стручних послова основна делатност.”³ Значи, “у организационом смислу, управа се јавља као сложена управна организација састављена од бројних и разноврсних органа и организационих облика, који успостављају међусобну

¹ Видети више: Лилић, С., *Управно право – управно процесно право*, ЈП Службени гласник, Београд, 2009, стр. 33–96, Томић, З., *Управно право – Систем*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 36–42, Милков, Д., *Управно право I – Уводна и организациона питања*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 1997, Марковић, Р., *Управно право*, ЈП Службени гласник, Београд, 1995, стр. 41–58 и Диги, Л., *Преображају јавног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998.

² Организацију управе, поред управног права, нарочито проучавају јавна управа (public administration), наука о управљању (science administratif), јавни менаџмент (public management) и вођење јавних послова (public policy), као сродне, специјализоване управне дисциплине.

³ Ор. cit. Лилић, С., стр. 200.

комуникацију на основу унапред утврђених правила и прописа”,⁴ а у циљу вршења управне делатности.⁵ Битно је, такође, нагласити да се ”под положајем и улогом управе уопште подразумева место управе у политичком и уставном систему, док се под улогом управе уопште подразумева укупност основних задатака и послова које управа обавља и који, пре свега, проистичу из устава и закона.“⁶

Данас се за одређивање теоријског појма управе у организационом смислу користи и израз јавна управа, а државна управа је карактеристичан за гледишта која организациони појам управе одређују као органски појам управе, који обухвата само органе државне управе, као вршиоце управне власти.⁷

2. Нормативни оквир државне управе

Организација и рад државне управе у Републици Србији уређени су правним нормама датим у Уставу, законима и другим прописима, којима се, поред осталог, уређују њен положај и улога, организација и послови, као и друга релевантна питања од значаја за обављање управне делатности (начела деловања, организациони облици, унутрашња организациона и кадровска структура, односи са другим државним органима, грађанима, другим недржаним субјектима и јавношћу, овлашћења руководиоца, акта која се доносе, средства рада, финансирање и др.). Правни основ за организацију и функционисање државне управе, односно органа државне управе су: 1) Устав Републике Србије⁸, 2) Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2014. до 2016.

⁴ Ibid. стр. 62.

⁵ С друге стране, “недржавна управа у организационом смислу обухвата разноврсне недржавне организације, као што су јавне агенције, јавне установе (нпр. школе и болнице) и јавна предузећа (нпр. јавно предузеће за комуналне услуге), којима обављање управних послова није основна делатност, али које на основу посебно поверених јавних овлашћења могу бити законом овлашћене да обављају поједине управне послове.“ Ibid. стр. 201.

⁶ Ibid. стр. 202.

⁷ У англосаксонској, француској и немачкој стручној литератури употребљава се израз јавна управа, односно јавна администрација. У тим државама јавна управа или јавна администрација обухвата стручни део државне управне организације и разликује се од тзв. пословне управе приватних корпорација и недржавних вршилаца услуга. Видети више: Кавран, Д., *Јавна управа (реформа – тренинг – ефикасност)*, Савет за реформу државне управе Владе Републике Србије и др, Београд, 2003, стр. 56–58.

⁸ “Сл. гласник РС”, бр. 98/06. Видети више: Марковић, Р., *Уставно право*, ЈП Службени гласник, Београд, 2009. и Стојановић, Д., *Уставно право*, књ. II, СВЕН, Ниш, 2009.

године, са Акционим планом за њено спровођење (2015–2017),⁹ 3) Закон о Влади,¹⁰ 4) Закон о државној управи,¹¹ 5) Закон о министарствима,¹² 6) Уредба о Генералном секретаријату Владе,¹³ 7) Уредба о службама Владе¹⁴, 8) Уредба о начелима за унутрашње уређење и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе,¹⁵ 9) Уредба о начелима и критеријумима за унутрашње уређење и систематизацију радних места у Министарству одбране,¹⁶ 10) Уредба о начелима за унутрашње уређење и систематизацију радних места у Министарству спољних послова¹⁷ и 11) Уредба о начелима за унутрашње уређење у Министарству унутрашњих послова.¹⁸

Устав Републике Србије садржи органски појам државних функција и, полазећи од поделе државне власти на законодавну, извршну и судску, чији се однос заснива на равнотежи и међусобној контроли (члан 4 ст. 2 и 3), не одређује њихову појединачну садржину, већ носиоце све три власти. Тачке 3 и 4 Петог дела Устава – Уређење власти односе се на Владу и државну управу¹⁹, односно положај државне управе и поверавање јавних овлашћења и јавне службе. Чланом 122 Устава је утврђено да је Влада носилац извршне власти у Републици Србији. Поред осталог, надлежност Владе, прописана чланом 123 тачка 5), јесте и усмеравање и усклађивање рада органа државне управе и вршење надзора над њиховим радом, а Влада је, сагласно члану 124, одговорна Народној скупштини за политику Републике Србије, извршавање закона и других општих аката Народне скупштине и рад органа државне управе. Владу чине председник²⁰, један или више потпредседника²¹ и министри, а министри су

⁹ Видети ову стратегију, као и преходно донете за периоде од 2004. до 2008. и 2009. до 2012. године, <http://www.drzavnauprava.gov.rs> и <http://srbija.gov.rs/dokument/strategija> и Оп. cit. Кавран, Д.

¹⁰ Закон о Влади представља разраду уставних регула о овом државном органу и претходи је хронолошки и тематски другим законима о извршној власти, односно државној управи (“Сл. гласник РС”, бр. 55/05, 71/05, 101/07, 65/08, 116/12, 71/14-УС и 44/14).

¹¹ “Сл. гласник РС”, бр. 79/05, 101/07, 95/10, и 99/14.

¹² “Сл. гласник РС”, бр. 44/14, 14/15, 54/15, 96/15 и 62/17.

¹³ “Сл. гласник РС”, бр. 75/05, 71/08, 109/09, 85/12 и 102/13.

¹⁴ “Сл. гласник РС”, бр. 75/05 и 48/10.

¹⁵ “Сл. гласник РС”, бр. 81/07 – пречишћен текст, 69/08, 98/12, и 87/13.

¹⁶ “Сл. гласник РС”, бр. 106/08.

¹⁷ “Сл. гласник РС”, бр. 68/09 и 56/11.

¹⁸ “Сл. гласник РС”, бр. 60/17.

¹⁹ Видети више: Марковић, Р., *Уставно право и политичке институције*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2009.

²⁰ На основу члана 28 Закона о Влади, председник Владе може да оснује савет за економски развој, савет за државне органе и јавне службе и друге савете.

²¹ Међутим, члан 13а Закона о Влади није у сагласности са ставом 1 члана 125 Устава Републике Србије, јер прописује да председник Владе одређује једног потпредседника Владе

за свој рад и за стање у области из делокруга министарства одговорни председнику Владе, Влади и Народној скупштини (члан 125 ст. 1 и 3).

На основу одредаба члана 136 Устава уређује се положај државне управе, на следећи начин: 1) државна управа је самостална, везана Уставом и законом, а за свој рад је одговорна Влади, 2) послове државне управе обављају министарства и други органи државне управе одређени законом, 3) послови државне управе и број министарстава одређују се законом и 4) унутрашње уређење министарстава и других органа државне управе и организацију прописује Влада. Министарства су једини Уставом предвиђени организациони облик за вршење послова државне управе, с тим што Устав допушта да се законом могу утврдити и други органи државне управе. Члан 137 истог одељка Устава односи се на поверавање јавних овлашћења и јавне службе.

Закон о државној управи је системски закон, који под државном управом подразумева грану државне власти, јер у члану 1 став 1 изричито прописује да је државна управа део извршне власти Републике Србије, који врши управне послове у оквиру права и дужности Републике Србије. Тако је у функционалном смислу државна управа грана државне власти дата као послови државне управе, односно као јавна служба – општекорисна делатност. У организационом смислу, међутим, према ставу 2 истог члана Закона, државну управу чине министарства, органи управе у саставу министарстава и посебне организације (у даљем тексту: органи државне управе). Органи државне управе се образују законом, а њихов делокруг се, такође, уређује законом (члан 2). Начела деловања органа државне управе и послови државне управе изричито су утврђени у Закону. Статусна компонента је, такође, један од значајних елемената органа државне управе, зато је у Закону посебно поглавље посвећено односу органа државне управе са другим органима (чл. 61 до 75). Средства за рад органа државне управе обезбеђују се у буџету Републике Србије (члан 6).

Стратегија реформе државне управе је системско, нормативно, функционално, организационо и кадровско унапређење и развој управног система, а њена имплементација је у земљама у транзицији сложен и дугорочан процес. Први корак у процесу реформе државне управе представљали су Стратегија реформе државне управе у Републици Србији

за првог потпредседника Владе, који га замењује за време одсутности или спречености са свим овлашћењима председника Владе, изузев овлашћења на предлагање избора или разрешења члана Владе.

са Акционим планом за њено спровођење за период од 2004. до 2008. године²² и образовање Савета за реформу државне управе, као централног стратешког тела Владе за ту област.²³ Овом стратегијом, заснованој на анализи постојећег стања, уз сагледавање упоредноправних искустава и праксе и прихватању принципа и стандарда Европског административног простора, постављени су основни стратешки правци и принципи, који су битна трајна основа: свеобухватне реформе државне управе (правна држава и владавина права, децентрализација, деполитизација, професионализација, рационализација и модернизација), новог концепта државне управе, као сервиса грађана и привредних субјеката, као и конкретних мера и активности до 2008. године.

Институционални оквир за координацију спровођења реформе државне управе, утврђен донетим стратегијама за ту област, није био у потпуности делотворан у претходном периоду. Примарни разлози за то су релативна неактивност Савета за реформу државне управе и недовољно развијени капацитети министарства надлежног за послове државне управе, као и других органа државне управе.

Имајући, поред осталог, у виду и овај аспект и сегмент државне управе, Влада је донела Стратегију реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2014. до 2016. године, са Акционим планом за њено спровођење (2015–2017),²⁴ као и Одлуку о образовању Савета за реформу јавне управе.²⁵ Ова стратегија обезбеђује наставак започетих реформских активности и проширује их на систем јавне управе. Основни разлог проширења предмета Стратегије првенствено се односи на потребу обезбеђења функционалног јединства и стандарда квалитета активности којима се врше одређене врсте управних послова и поверених јавних овлашћења, независно од субјеката, односно органа, организација и институција и др. који их обављају.

У овој фази реформе је предвиђено: 1) унапређење правног оквира и усклађивање појединих делова система јавне управе са утврђеним принципима и стандардима, 2) институционално и професионално

²² Видети: *Supra* note 9 и Преглед реализације Стратегије реформе државне управе РС и Акционог плана (2004–2008), Акциони план за спровођење реформе државне управе у РС (2009–2012) и Извештај са међународне конференције: Савремена управа за европску Србију – реформа државне управе (2009–2012). <http://www.drzavnauprava.gov.rs>

²³ „Сл. гласник РС“, бр. 113/04 и Одлука о образовању Савета за реформу државну управу („Сл. гласник РС“, бр. 73/04).

²⁴ Видети: *Supra* note 9.

²⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 81/16.

јачање капацитета и компетентости, и 3) повезивање утврђених активности и мера реформе јавне управе са процесом европских интеграција, у складу са Националним програмом за усвајање правних тековина Европске уније (2013–2016).²⁶ Општи циљ реформе јесте даље унапређење и развој рада јавне управе, у складу са принципима европског административног простора, односно обезбеђивање високог квалитета услуга грађанима и привредним субјектима и остваривање јавне управе која ће значајно допринети економској стабилности и повећању животног стандарда грађана. Посебни циљеви реформе првенствено се односе на: 1) унапређење организационих и функционалних подсистема јавне управе, 2) успостављање ефикасног јавнослужбеничког каријерног система и управљања људским ресурсима, 3) јачање транспарентности, одговорности и етичности у обављању послова јавне управе, 4) повећање правне сигурности и пословног окружења и др.

Савет за реформу јавне управе је образован као централно стратешко тело Владе за ову област. Задатак Савета је да: 1) утврђује предлоге стратешког развоја јавне управе у Републици Србији, 2) иницира и предлаже Влади предузимање мера и активности које се односе на реформу јавне управе, 3) разматра и усваја извештаје о постигнутим циљевима у оквиру реформе, 4) промовише и прати спровођење Стратегије, нарочито са аспекта укључивања принципа и циљева реформе у секторске стратегије развоја и планске акте, и 5) разматра и даје претходно мишљење о стратегијама развоја, нацртима закона и другим актима, који се односе на организацију и рад Владе и органа државне управе, а нарочито оне којима се предлаже оснивање нових државних органа, организација, служби и тела Владе.

3. Органи државне управе

У процесу реформе државне, односно јавне управе, посебан значај има организација државне управе, ради остваривања рационалног, функционалног, економичног, ефикасног, ефективног, професионалног и стручног рада органа државне управе, односно вршења управне делатности. Организација државне управе је стратешки, системски, комплементарни и интегрални део и елемент деполитизоване, професионалне, ефективне и ефикасне државне управе, односно оснивања

²⁶ <http://srbija.gov.rs/dokument/strategija>.

и функционисања њених органа. Зато важан сегмент унапређења и развоја има организациони аспект државне управе за функционисање и деловање управног система у целини. Тако се под уређењем органа државне управе подразумева уређење министарстава, органа управе у саставу министарстава, посебних организација, управних округа и унутрашње уређење органа државне управе (чланови 22 до 44 Закона о државној управи).

У Републици Србији је нарочито релевантно питање промене државне управе, њеног положаја, улоге и организационог система, у односу на претходни период после престанка СФРЈ 1991. године, који је био заснован на принципу јединства власти и скупштинског система. С обзиром на настале промене (статус – самостална држава, политичке, друштвене, економске и др.), правни положај и улога државне управе постављени су на основу принципа поделе власти, парламентаризма и политичког плурализма. Значи, и у организацији државне управе је дошло до значајних промена, посебно после промене власти 2000. године, престанка 2003. СРЈ и оснивања Државне Заједнице СЦГ²⁷, а 2006. године и осамостаљивања Црне Горе. Законом о министарствима, донетог 2003. године после усвајања Уставне повеље ДЗ СЦГ, основано је 18 министарстава, односно Република Србија је прецизирала делокруг и надлежности министарстава и посебних организација и преузела одређене надлежности бивших савезних органа. После престанка ДЗ СЦГ, као држави следбенику, неки послови су пренети у надлежност државне управе Републике Србије, док су други на одговарајући начин изостављени, проширени, преформулисани или груписани, односно утврђен је потребан законодавни основ и образовани су, поред постојећих, и нови органи државне управе.

У том смислу се организациона структура државне управе односи на три главне области: а) функцију власти (спољни и унутрашњи послови, одбрана, државна управа, локална самоуправа, правосуђе и финансије), б) област привреде (саобраћај, пољопривреда, водопривреда и шумарство, трговина, туризам, животна средина и сл.), и в) друштвене делатности (рад, здравство, социјална политика, наука и технологија, просвета, култура и др.).

²⁷ Видети: Плавшић Нешић, А., „Институције Државне заједнице Србија и Црна Гора“, *Правна ријеч*, бр. 4/05, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2005, стр. 271–284, и *Организација управе Државне заједнице Србија и Црна Гора*, Зборник „Будвански правнички дани“, Удружење правника Србије и Удружење правника Црне Горе, Београд, 2005, стр. 435–450.

У организационом смислу, позитивноправни појам управе обухвата вршиоце послова државне управе, односно министарства, органа управе у саставу министарстава и посебне организације, на основу члана 1 став 2 Закона. Ови органи државне управе су основни организациони облици у оквиру државне структуре, којима је обављање управних и стручних послова основна делатност. С тим у вези, може се закључити да је овај појам управе заснован на моделу државне управе, који полази од ауторитативне концепције управе као власти. Наиме, позитивноправни појам управе са организационог аспекта подразумева нормативно утврђивање номенклатуре, односно конкретних врста и облика органа државне управе.

Према реалном принципу, органи државне управе се формирају с обзиром на врсту послова које обављају. Основна предност овог принципа се односи на концентрацију послова, стручност и специјализацију у једној одређеној области деловања. Недошаци су повећање трошкова и дезинтеграционо дејство, јер оснивање органа државне управе у свакој области је скупље, што захтева паралелно постојање комплетне структуре државне управе у оквиру сваке целине. Осим тога, реални принцип има тенденцију хоризонталне диференције органа државне управе, за коју се касније везује и склоност пораста организационе структуре државне управе. С друге стране, функционални принцип обезбеђује већи степен операционе квалификованости, односно стручности. У пракси најбољи резултат има комбинација ресорног принципа код оснивања органа државне управе и функционалног, на основу кога се образују унутрашње организационе јединице у овим органима.

Министарства се у Републици Србији формирају према ресорној варијанти реалног принципа, односно за обављање послова државне управе у једној или више међусобно повезаних области. Такође, министарство припада типу инокосног органа, којим руководи министар, који може имати једног или више државних секретара и помоћника министра и секретара министарства, као и посебне саветнике. Статус функционера имају само министар и државни секретар, што је законска новина и његова дужност престаје са престанком дужности министра.

Министарство, сагласно Закону, може имати један или више органа управе у свом саставу, који се образују за извршне, односно инспекцијске и са њима повезане стручне послове, ако њихова природа или обим захтевају већу самосталност од оне коју има сектор у министарству. Врсте органа управе у саставу су: 1) управе (за извршне и

са њима повезане инспекцијске и стручне послове), 2) инспекторати (за инспекцијске и са њима повезане стручне послове), и 3) дирекције (за стручне и са њима повезане извршне послове који се, по правилу, односе на привреду). Органом управе у саставу министарства руководи директор, који за свој рад одговара министру. Мада послове из свог делокруга орган управе у саставу министарства обавља самостално, нема исти статус у систему органа државне управе какав има самостални орган, јер министар усмерава рад органа управе у саставу министарства, доноси прописе из његовог делокруга и представља га пред Владом и Народном скупштином. Такође, надзор над радом органа управе у саставу врши надлежно министарство.

Релативизовање монотипског органа за вршење послова државне управе, поред органа управе у саставу министарства, доприносе и посебне организације, које се образују за стручне и са њима повезане извршне послове, чија природа захтева већу самосталност од оне коју има орган управе у саставу министарства. Посебне организације су: 1) секретаријати (за стручне послове значајне за све органе државне управе и са њима повезане извршне послове), и 2) заводи (за стручне послове који изискују примену посебних метода и сазнања и са њима повезане извршне послове), а законом се могу образовати и са друкчијим називом и утврђеним делокругом (као што су основане дирекције и центри). Ове организације могу стећи статус правног лица, када је то законом утврђено. Директор руководи посебном организацијом и за свој рад је одговоран Влади.

За вршење послова државне управе изван седишта органа државне управе образује се управни округ, као облик деконцентрације државне управе. Влада образује ове округе уредбом, којом одређује њихово подручје и седиште, као и услове под којима органи државне управе могу образовати подручне јединице за два или више управна округа, једну или више општина, град или аутономну покрајину. Орган државне управе који у управном округу врши један или више послова државне управе, образује своју окружну подручну јединицу актом о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места. Управни округ има начелника, који за свој рад одговара министру надлежном за послове управе и Влади.

Напомиње се да су централизација и децентрализација, у оквиру организационе структуре државне управе, два значајна принципа организационог повезивања, којима се успоставља успешније вршење по-

слова државне управе. Наиме, деконцентрацијом се, као једним од модела централизације, обављање одређених послова и задатака преноси на организационе целине нижег нивоа истог органа државне управе.

Законом о министарствима образују се министарства и посебне организације и утврђује њихов делокруг. Законом о изменама Закона о министарствима (“Сл. гласник РС”, бр. 62/17), који је Народна скупштина Републике Србије усвојила у јулу 2017. године, образована су следећа министарства и органи управе у њиховом саставу: 1) Министарство финансија (Пореска управа и Управа царина); 2) Министарство привреде (Дирекција за мере и драгоцене метале и Управа за брзи одговор); 3) Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде (Управа за ветерину, Управа за заштиту биља, Републичка дирекција за воде и Управа за шуме); 4) Министарство заштите животне средине (Агенција за заштиту животне средине); 5) Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре; 6) Министарство рударства и енергетике; 7) Министарство трговине, туризма и телекомуникација; 8) Министарство правде (Управа за сарадњу с црквама и верским заједницама); 9) Министарство државне управе и локалне самоуправе; 10) Министарство унутрашњих послова; 11) Министарство одбране (Инспекторат одбране, Војнобезбедносна агенција и Војнообавештајна агенција); 12) Министарство спољних послова (Управа за сарадњу с дијаспором и Србима у региону); 13) Министарство за европске интеграције; 14) Министарство просвете, науке и технолошког развоја; 15) Министарство здравља; 16) Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања (Инспекторат за рад); 17) Министарство омладине и спорта; и 18) Министарство културе и информисања.²⁸

²⁸ Ради компарације података о организацији и броју органа државне управе, односно министарстава у претходном периоду, даје се неколико констатација о томе: 1) На нивоу СРЈ, 1997. године сагласно Уредби о образовању савезних министарстава, других савезних органа и савезних организација (“Сл. лист СРЈ”, бр. 6/94...), било је образовано 14 савезних министарстава. 2) У Републици Србији је 1998, на основу Закона о министарствима из 1997. године, било образовано 22 републичка министарства. 3) У Државној заједници СЦГ је, у складу са Уставном повељом ДЗ СЦГ (“Сл. лист СЦГ”, бр. 1/03) и Законом о Савету министара (“Сл. лист СЦГ”, бр. 21/03), донета Уредба о образовању министарстава, организација и служби Савета министара (“Сл. лист СЦГ”, бр. 25/03), којом је образовано пет министарстава. 4) Сагласно Закону о министарствима (“Сл. гласник РС”, бр. 19/04 и 79/05) у Републици Србији је 2004. године било образовано 17 министарстава. 5) У условима престанка ДЗ СЦГ јуна 2006. године, Република Србија је питања реорганизације државе и њене државне управе, формирања нових органа државне управе и преноса неких надлежности и органа са нивоа СЦГ на републички, одн. ниво једне државе, спровела доношењем неуставне и незаконите Уредбе о положају појединих институција бивше Србије и Црне Горе и служби Савета министара и Уредбе о финансирању надлежности које су прешле на Републику Србију с бивше Србије и Црна Горе (“Сл. гласник РС”, бр. 4/06), које

У погледу организације државне управе, сагласно члану 10 Закона, Министарство за државну управу и локалну самоуправу, поред осталог, обавља и послове државне управе који се односе на систем државне управе и организацију и рад министарстава, посебних организација, јавних агенција и јавних служби. Посебно треба да се наведе да су Законом о министарствима, односно његовим изменама, основане и три агенције као органи управе у саставу два министарстава (образоване за послове утврђене законом, док Агенција за заштиту животне средине има својство правног лица), које нису врсте ових органа, сагласно члану 29 Закона о државној управи..

Законом о изменама Закона о министарствима извршена је делимична реорганизација постојеће организационе структуре министарстава образованих овим законом 2012. и 2014. године. Наиме, сада су, у односу на наведене претходне измене Закона, основана два нова министарстава, односно Министарство заштите животне средине и Министарство за европске интеграције. Образовано је Министарство заштите животне средине, имајући у виду значај очувања, заштите и унапређења животне средине за квалитет живота и здравља грађана, као и значајних и сложених обавеза које Република Србија мора да испуни у овој области, у процесу придруживања Европској унији. Министарство за европске интеграције је образовано због значајно већих обавеза и обима послова у процесу европских интеграција, а посебно имајући у виду све послове у погледу непосредне комуникације са институцијама Европске уније, што до сада није у потпуности могла да оствари Канцеларија за европске интеграције. С тим у вези, а имајући у виду и досадашње утврђене послове државне управе, извршене су и одговарајуће неопходне измене у оквиру делокруга појединих министарстава.

излазе из категорије подзаконских аката, већ постају акта са оригиналном и ауторитативном снагом, која мењају и законске и уставне норме. Наиме, Влада РС је тек децембра 2008. године, донела уредбе о престанку важења ових уредби ("Сл. гласник РС", бр. 118/08), не водећи, при том, рачуна о правним последицама које су изазвале те уредбе. 6) Народна скупштина Републике Србије је, међутим, тек после годину дана од проглашења независности Црне Горе, у мају 2007. године, донела Закон о министарствима ("Сл. гласник РС", бр. 43/07), којим је било образовано 22 министарства. 7) На основу Закона о министарствима ("Сл. гласник РС", бр. 65/08 и 36/09) било је, 2009. године, основано 24 министарства. 8) Законом о министарствима ("Сл. гласник РС", бр. 72/12, 76/13 и 34/14) 2012. године је образовано 16 министарстава, односно 17 (2013). 9) Сагласно одредбама Закона о министарствима ("Сл. гласник РС", бр. 44/14, 14/15, и 96/15 – др. закон) 2014. је основано 16 министарстава. 10) На основу важећег Закона о министарствима, односно његових измена ("Сл. гласник РС", бр. 44/14, 14/15, 54/15, 96/15 и 62/17) 2017. године је образовано 18 министарстава.

Сагласно одредбама Закона, посебне организације су: 1) Републички секретаријат за законодавство; 2) Републичка дирекција за робне резерве; 3) Републички завод за статистику; 4) Републички хидрометеоролошки завод; 5) Републички геодетски завод; 6) Републичка дирекција за имовину Републике Србије; 7) Центар за размињање; 8) Завод за интелектуалну својину; 9) Завод за социјално осигурање и 10) Републички секретаријат за јавне политике.

Поред образованих наведених органа државне управе, Влада је, у претходном периоду, донела и Уредбу о службама Владе. Уредбом Владе оснива службе за стручне или техничке послове за потребе Владе или послове који су заједнички министарствима и посебним организацијама, одређује се њихов делокруг и уређење и друга питања за њихов рад, којом руководи директор, а може да је води и министар без портфеља. Тако су, поред осталих, основани и: 1) Управа за заједничке послове републичких органа, 2) Служба за управљање кадровима, 3) Авио-служба Владе, 4) Канцеларија за Косово и Метохију Владе Републике Србије²⁹, 5) Канцеларија за управљање јавним улагањима, 6) Канцеларија за информационе технологије и електронску управу³⁰ и др.

На основу изложеног, може се закључити да је број органа државне управе, уз перманентно декларативно спомињање њиховог смањења, и даље велики и несразмеран у односу на врсту и број управних функција и послова државне управе, као и величину државе и број становника.³¹ Наиме, приликом сваке промене власти у Републици Србији су се доносили закони о министарствима/измене и допуне, као и повремене измене и допуне других прописа у области државне управе, што није резултирало утврђивању целисходније организације државне управе и образовању рационалнијег, потребног броја и облика органа државне управе.

²⁹ „Сл. гласник РС“, бр. 75/12, 123/12 и 100/13. Канцеларија је преузела делокруг бившег Министарства за Косово и Метохију, које је престало да ради у складу са Законом о министарствима („Сл. гласник РС“, бр. 72/12), као и послове Канцеларије за стручне и оперативне послове у преговарачком процесу са привременим институцијама у Приштини.

³⁰ Даном ступања на снагу Закона о изменама Закона о министарствима („Сл. гласник РС“, бр. 62/17) престају да важе Закон о министарствима („Сл. гласник РС“, бр. 72/12, 76/13, и 34/14 – Одлука УС) и уредбе којима су основане: 1) Канцеларија за европске интеграције, 2) Канцеларија за регулаторну реформу и анализу прописа, 3) Канцеларија Националног савета за сарадњу са Међународним трибуналом за кривично гоњење људи одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1991. године, 4) Канцеларија за одржив развој недовољно развијених подручја, 5) Канцеларија за сарадњу с дијаспором и Србима у региону и 6) Канцеларија за сарадњу с црквама и верским заједницама. Влада је Канцеларију за информационе технологије и електронску управу основала 27. јула 2017. године.

³¹ Видети *Supra* note 28.

С тим у вези, постојеће стање организације државне управе је императив за даље спровођење реформе државне, односно јавне управе и максималну рационализацију организационе структуре, односно утврђивање оптималног броја органа државне управе и њиховог унутрашњег уређења, који ће бити функционални и друштвено-економски оправдани, на принципима правне државе и владавине права и постулатима науке и струке.

Такође је значајно апострофирати да је модерна државна управа могућа једино уз политичку неутралност, као једног од прописаног начела деловања органа државне управе, јер су досадашње промене организације државне управе углавном биле последице политичког утицаја и надмоћи носилаца државне власти. Зато је неопходно раздвајање политике од државне администрације, које су два дела јавног сектора и који су, иако повезани по природи, различити, јер досадашње образовање органа управе није било последица реалне, функционалне потребе државне управе, већ је углавном условљено политичким разлозима, као и коалиционим потребама.³²

Осим тога, министарства и посебне организације чине систем органа државне управе, који припадају непосредној или директној управи. У правном поретку Републике Србије постоје и органи и организације, који спадају у посредну или индиректну управу и њима је законима поверено вршење неких управних овлашћења (нпр. регулаторна тела, јавне агенције, фондови и други организациони облици). Наведене агенције се оснивају Законом о јавним агенцијама,³³ а њима се могу посебним законом уредити друкчији положај и поједина питања, као и вршење јавних овлашћења, преношењем одређених послова државне управе. Јавна агенција је организација која се образује за развојне, стручне и регулаторне послове од општег интереса.³⁴ Надзор над њиховим радом у вршењу поверених послова државне управе врши министарство у чијем делокругу су послови јавне агенције, у складу са прописима којима се уређује државна управа.

Дакле, за разлику од агенција које су образоване као органи управе у саставу министарстава, а за које, као што је напоменуто, не постоји законско одређење и нису као органи управе, јавне агенције су дефиниса-

³² Ibid.

³³ „Сл. гласник РС“, бр. 18/05 и 8/05.

³⁴ Основане су, поред осталих, Агенција за лекове и медицинска средства, Агенција за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије, Развојна агенција Србије, Агенција за привредне регистре, Агенција за енергетику и др.

не овим закон и другим посебним законима. Међутим, тачан број јавних агенција у Републици Србији званично није јавно доступан, али је општа оцена да их има превише и да неке, у оквиру свеопштих реформи у држави, у правном систему и друштву, морају бити укинуте.

У том смислу, није увек довољно јасно дефинисано разграничење између послова државне управе и других државних послова, нарочито оних које врше други државни органи и организације (агенције, регулаторна тела и др.), што изазива нејасноће у организационом и функционалном погледу државне управе, јер је, нарочито оснивањем већег броја других организационих облика, нарушен систем државне управе.

4. Унутрашње уређење органа државне управе

У оквиру разматрања организације државне управе, унутрашње уређење органа државне управе је посебно питање, које се односи на унутрашњу организацију и систематизацију радних места у овим органима. С тим у вези, чланом 43 Закона о државној управи утврђују се основе акта о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места, а Уредбом о начелима за унутрашње уређење и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе прописана су начела за унутрашње уређење и систематизацију и начин припреме и доношења правилника о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места у наведеним органима државне управе и службама Владе (у даљем тексту: правилник). Унутрашње уређење и систематизација радних места морају да: 1) се заснивају на делокругу органа и служби и радним процесима у њима, 2) буду прилагођени целини послова, 3) обезбеде делотворан и складан рад органа и служби, 4) обезбеде брзо и делотворно остваривање права и правних интереса странака, 5) омогуће груписање истоврсних или сродних и међусобно повезаних послова у одговарајуће унутрашње јединице и 6) обезбеде јавност рада органа и служби. Унутрашње уређење и систематизација радних места се уређују правилником, који мора бити усклађен са донесеним кадровским планом, доноси га министар, директор посебне организације и службе Владе, уз сагласност Владе, по прибављеном мишљењу Министарстава за државну управу и локалну самоуправу, Министарства финансија и Службе за управљање кадровима.

Унутрашње јединице се образују као: 1) основне (сектор – за вршење послова који представљају заокружену област рада), посебне (секретаријат – за вршење послова који су везани за кадровска, финансијска и информатичка питања, усклађивање рада унутрашњих јединица и сарадњу са другим органима и кабинет – за вршење саветодавне и протоколарне послове, послове односа са јавношћу и административно-техничке послове од значаја за рад министра, а у Министарству одбране образује се и Генералштаб Војске Србије), и 2) уже унутрашње јединице (одељење – за вршење међусобно повезаних послова на којима ради најмање осам државних службеника и/или намештеника, одсек – за вршење међусобно сродних послова који захтевају непосредну повезаност и организациону посебност и најмање петоро државних службеника и/или намештеника, и група – за вршење међусобно повезаних послова на којима ради најмање троје државних службеника и/или намештеника). Руководилац унутрашње јединице планира, усмерава и надзире рад унутрашње јединице и врши најсложеније послове из њеног делокруга и одговоран је за законит, правилан и благовремен рад.

Закључна разматрања

На основу разматраних питања организације државне управе и њених промена у Републици Србији, наводи се следеће: 1) државна управа је комплексан и динамичан систем социјалне регулације, односно битан друштвени подсистем државног организовања, функционисања и деловања; 2) реформа државне управе представља значајан елемент унапређења система власти; 3) организација државне управе је значајан и сложен сегмент, односно подсистем државне управе; 4) у процесу реформе и модернизације државне/јавне управе и јачања капацитета органа државне управе, посебан значај и актуелност имају промене њихове организације (норматива, обим, структура, организациони облици и др.); 5) досадашње промене организације државне управе су последице низа одређених потреба, узрока, околности и интереса (државни статус, норматива, политички утицај, неуспеле реформе и др.); 6) на основу функционалне анализе (вертикалне, системске и хоризонталне), у наредном периоду, неопходно је остварити ефикаснији стратешки реформски процес и имплементирати утврђене активности и мере; 7) потребно је даље активности и мере у управном систему

спроводити сагласно Стратегији реформе јавне управе и њеним Акционим планом (за 2015–2017), као и наредним акционим плановима; 8) спровођење стратешких принципа, циљева и задатака битни су предуслови за спровођење рационализације постојеће управне организационе структуре и смањења броја органа државне управе и других органа и организација, ради даље деполитизације, функционалности, ефикасности и ефективности деловања јавне управе; и 9) у оквиру општег процеса унапређења и развоја организације државне/јавне управе, морају се континуирано предузимати и друге одговарајуће планске и програмске политичке и правне мере, због успостављања функционалног, компетентног и професионалног обављања послова државне управе и јачања капацитета органа државне управе и управног система у целини.

Andelka Plavšić Nešić

Retired Senior Consultant at the Public Administration, Belgrade

CHANGES IN THE ORGANIZATION OF THE STATE ADMINISTRATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

A modern and efficient State Administration in the Republic of Serbia should be, based on the principle of the rule of law, particularly rely on the strategy of reform, depolitization, rationalization, professionalization, new public management, e-government and other standards and principles of the EU. Therefore, in the change management process, reform and modernization of state administration, as well as in the strengthening capacities of public administration bodies, changing their organization - standards, the scope, the structure and organizational forms etc. has a special importance and actuality.

Their rationalization is especially necessary, which represents strategic, systematic, integral and complementary segments and elements of a functional, efficient, effective and professional State Administration in the

Republic of Serbia. In this sence, in the process of reform proces and changing the organization of administrative system, a review of the theoretical notion of administration, the legal framework of the State Administration, public administration bodies and their internal organization were considered.

Key words: *Concept of administration, Public administration normative, Institutions of public administration and internal organisation, Organisational changes, Republic of Serbia.*

РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

PRIMJENA ZA RADNIKA POVOLJNIJEG PRAVA – *FAVOR LABORATORIS* U RADNOPRAVNIM ODNOSIMA

Dr. sc. Marinko Đ. Učur*

Apstrakt: Prava radnika na radu su neotuđiva prava. Uređuju se univerzalnim i ustavnim pravnim normama najvišeg ranga ali i drugim brojnim heteronomnim i autonomnim propisima. Država garantira i zaštićuje primjenu tih normi, a posebno zbog toga što je radnik nejača strana u radnopravnim odnosima. To je prvenstveno razlog što se u radnopravnoj teoriji i u zakonodavstvu javlja, uređuje i primjenjuje načelo primjene za radnika povoljnijeg prava (*in favorem laboratoris*).

Sadržaj ovoga rada je objašnjenje pravne prirode toga načela, način njegovog reguliranja, realiziranja i zaštite.

Ključne riječi: radnik, prava na radu, reguliranje, realiziranje, zaštita, primjena povoljnijeg prava.

Uvod

U suvremenim radnopravnim odnosima, odnosno u njihovoj realizaciji u praksi (u kolektivnim, a pogotovo u individualnim radnim odnosima) javljaju se brojne dileme, otpori i sporovi koji ukazuju na svu složenost rada radnika – nesamostalnog rada (na tuđim sredstvima). To se odnosi na: reguliranje, realiziranje (ostvarivanje) i zaštitu prava (obveza i odgovornosti, kao nerazdvojnog dijela u sadržaju radnog odnosa). To ne treba razdvajati ali se, u teoriji, naglašava reguliranje (uređivanje, normiranje, propisivanje) nesamostalnog rada, ali i „mjera“ intervencije države u radne odnose, u ugovornim i subordiniranim radnim odnosima. „Regulatorno-zaštitna funkcija drža-

*Dipl. pravnik, sveučilišni profesor i znanstveni savjetnik (u trajnom zvanju) iz Rijeke.

ve“ u radnim odnosima je potreba jer su radni odnosi posebni pravni odnosi među „neravnopravnim“ subjektima, koji zahtijevaju posebnosti i različitosti od drugih ugovornih odnosa.

To se objašnjava: živim radom radnika za poslodavca (za drugoga i „u službi drugoga“); kao osnovni (glavni), profesionalni rad; rad u subordiniranim odnosima; rad za plaću; po nalogu i „organizaciji“ poslodavca; u zadanim uvjetima rada; režimu zaštite zdravlja i sigurnosti, pravima na radu i u vezi s radom (npr. zdravstveno i drugo osiguranje), zaštita radnika-osobe i zaštita prava na radu.

Sve pravne norme, svi propisi o pojmovima, kategorijama, institucijama i radnim odnosima, koje se odnose na nesamostalni, subordinirani, onerozni živi rad mogu se smatrati predmetom izučavanja radnoga prava.

Radni odnosi se uređuju, unapređuju (razvijaju) i zaštićuju na temelju načela suvremenog radnog prava.¹

Taj nesamostalan rad zahtijeva posebnu zaštitu radnika-osobe u radnom odnosu („nejačeg“ subjekta tog odnosa). To je individualni subjekt radnog odnosa sa svojim „radnim i stručnim sposobnostima“ koji radi kod poslodavca (fizičke ili pravne osobe) sa njegovim sredstvima proizvodnje ili rada.

Zaštita je potrebna i zbog više-manje reguliranih a uvijek stvarnih (realnih) uvjeta rada, prvenstveno objektivne naravi (sredstva za proizvodnju, sredstva za rad), ali i njihove subjektivne naravi: fizičke, organizacijske, socijalne i pravne.

U korist radnika u radnom odnosu (*in favorem laboratoris*) uređuje se i zaštićuje: zaštita na radu (zaštita zdravlja i sigurnost na radu); radno vrijeme i raspored radnog vremena; uvjeti i organizacija radnog mjesta i radnog okruženja (sredine, okoline); odmori, dopusti i drugo; trajanje radnog odnosa; plaća; kretanje u radnom odnosu i druga prava koja se posebno zaštićuju.

Favor laboratoris prvenstveno se odnosi na radnika u individualnim radnim odnosima i u normama materijalnoga radnog prava, ali u normama procesnog radnog prava (procesne radnje i rokovi u postupku ostvarivanja i zaštiti prava iz radnog odnosa) u različitim situacijama.

Favor laboratoris može i treba biti uređeno i u heteronomnim i autonomnim normama radnog prava (zakonima, kolektivnim ugovorima i dr.).

Istina, to je dio „radničko-zaštitnog“ prava (zakonodavstva). To su „opće mjere“ zaštite radnika; zaštita uvjeta rada; zaštita osobe radnika; zaštita prava, sve u smislu *in favorem laboratoris*.

Izučavanje toga načela nalazimo i u sociologiji rada, psihologiji rada, medicine rada i u drugim naukama, što sve više potvrđuje potrebu da se o njemu piše, da bude regulirano, da se primjenjuje i dalje razvija uz posebnu zaštitu.

Favor legis – favor laboratoris – institucije radnog prava i određenja Zakona o radu (Republike Hrvatske)

Prava, obveze i odgovornosti radnika u radnom odnosu posebno se reguliraju, na poseban način realiziraju (ostvaruju) i posebno zaštićuju (zaštita neostvarenog prava ili povrijeđenog prava).

Prava na radu su neotuđiva. Predmet su izučavanja u radnom pravu, posebnoj pravnoj disciplini i drukčija su od drugih čovjekovih prava i obveza. U postupku zaštite javljaju se posebni subjekti, radnje i rokovi, sve do individualnih radnih sporova i zaštite pred Ustavnim sudom. Izrazitu specifičnost čine prava i obveze u pravu zaštite na radu.

Posebna zaštita osobe u radnom odnosu ima svoj cilj i univerzalni okvir u najznačajnijim dokumentima univerzalnih prava o ljudskim slobodama i pravima. Iz njih, a u skladu s ustavom države, razvija se institucija, o određenim uvjetima i primjeni načela *favor laboratoris (laboratis)*.²

Prilikom reguliranja (uređivanja, propisivanja) mora se imati navedeno načelo u vidu i, u pravilu, postavljati temelje i minimume, kako bi se drugim propisima dalo prilike (i „prava“) da tu „ljestvicu“ dižu u korist povoljnijeg prava radnika. To ne može niti smije biti protivno načelu ustavnosti i načelu zakonitosti što dovodi do neustavnosti, nezakonitosti, odnosno do ništetnosti takvih normi i takvih odnosa sve do konkretnog ugovora o radu, kao vrela prava.³

Kada poslodavac koristi načelo (i pravo) *in favorem laboratoris* u ugovoru o radu onda je on tim više pravno vrelo.

Minimum prava radnika uređuje zakon o radu i drugi zakoni.⁴ Odredbe tih propisa određuju sadržaj radnog odnosa, kao posebnog pravnog odnosa. Minimalna prava polaze od osnovnih prava subjekata radnog odnosa između poslodavca (bio on pravna i/ili fizička osoba) i radnika (uvijek fizičke osobe). To je osobno pravna veza, dvostrano obvezna u recipročnim odnosima: poslodavac organizira i daje rad i za obavljeni rad isplaćuje plaću, a radnik, po uputi poslodavca (i po zanatu) obavlja rad na mjestu i u vrijeme kako je poslodavac odredio, u skladu s pravnom normom (iz zakona i drugog propisa).

Ugovor o radu smatrat će se sklopljenim kada se poslodavac i radnik sporazumiju o bitnim elementima ugovora o radu, pa makar ga sklopile i ako su odsutne (dopisom, elektroničkim putem i slično). I kod sklapanja ugovora o radu može doći do primjene načela *favor laboratoris*, jer Zakon o radu izričito propisuje: „Ako poslodavac s radnikom sklopi ugovor za obavljanje posla koji, s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca, ima obilježja posla za koji se zasniva radni odnos, smatra se da je s radnikom sklopio ugovor o radu, osim ako poslodavac ne dokaže suprotno.“⁵

Favorem laboratoris proizlazi iz odredaba zakona o radu da izostanak pisanog oblika ne utječe na postojanje i valjanost ugovora o radu (“smatra se da je s radnikom sklopio ugovor o radu na neodređeno vrijeme” – članak 17 st. 7). I prije zapošljavanja javlja se ovaj institut: jednakost spolova (oglašavanje potrebe za radnikom mora biti neutralno; zabrana poslodavcu da od radnika traži podatke koji nisu u neposrednoj vezi s radnim odnosom).

Ugovor o radu mora biti usklađen s normama zakona i autonomnim aktima kod poslodavca, ali poslodavac i radnik ne mogu slobodno ugovarati sadržaj radnog odnosa, već mogu ugovarati uvjete rada koji su za radnika povoljniji od onih koje propisuje (utvrđuje) Zakon o radu (ili drugi zakon: članak 9 st. 1).

Nedostatak volje (dobrovoljnosti) radnika da sklopi ugovor o radu čini taj pravni posao ništetnim. Odredbe propisa koje štite radnika proizašle su iz potrebe zaštite slabije strane radnog odnosa jer je radnik u podređenom položaju prema poslodavcu (subordinacija je jedan od bitnih elemenata radnoga odnosa).

To se očituje u pravu na otpremninu, otkazne rokove, postupke prije otkaza ugovora o radu, zaštiti radnika koji je privremeno ili trajno nesposoban za rad i slično. Rad radnika u radnom odnosu je nesamostalni rad. Zakonodavac intervenira u sadržaj ugovora o radu (u radni odnos) u cilju postizanja uravnoteženog odnosa između poslodavca i radnika. Glavno obilježje radnog odnosa je podređenost radnika poslodavcu (daje upute radniku kako i kada posao treba obaviti); radnik mu odgovara za rad (naknada štete i disciplinski odgovara i pravo poslodavca da nadzire radnika tokom rada).

Zakoni *favorem laboratoris* reguliraju i u teretu dokazivanja u pitanjima diskriminacije radnika ili osobe koja traži zaposlenje. Naime, to je nejača strana radnoga odnosa. Teret dokazivanja je na poslodavcu, ako se radi o sporu u vezi sa zaštitom dostojanstva radnika (uznemiravanje i spolno uznemiravanje).

Pravo iz radnog odnosa uređuje se općim i pojedinačnim pravnim aktima. Zakon o radu to precizira u odredbama članka 9 st. 3. To su i ugovor o radu, pravilnik o radu, sporazum sklopljen između radničkog vijeća i poslodavca, kolektivni ugovor i zakon, pa ako je neko pravo iz radnog odnosa različito uređeno jednim od tih akata „primjenjuje se za radnika najpovoljnije pravo, ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno“.

Tako, npr. ako je pravo na godišnji odmor različito uređeno zakonom i kolektivnim ugovorom, treba primijeniti onaj propis koji je za radnika najpovoljniji.⁶

Zakon o radu uređuje i slobodu ugovaranja i njena ograničenja: „Poslodavac, radnik i radničko vijeće te sindikati i udruge poslodavca, mogu ugovoriti uvjete rada koji su za radnika povoljniji od uvjeta određenim ovim ili drugim zakonom.“⁷Sloboda ugovaranja povoljnijih uvjeta rada za radnika zakonskim je putem uređena gotovo apsolutno, gdje je prvenstveno dogovoru i sporazumu sudionika radnih odnosa prepušteno pregovaranje i ugovaranje još povoljnijih uvjeta rada od onih koji su prethodno normirani odgovarajućim zakonom. Usuglašavanjem volja radnika i poslodavca, izravno i neposredno ili putem njihovih predstavnika, omogućeno je uređivanje izvršavanja obveza iz radnog odnosa, u prvome redu, na način povoljniji za slabiju stranu toga odnosa. „Nepovoljnije“ može ako ih zakon izričito ovlašćuje.⁸

Ima aktora koji načelo „in favorem laboratoris“ (u korist radnika) vežu uz načelo neotuđivosti i zaštite prava iz radnog odnosa, koje „pripada temeljnim načelima svakog pravnog sustava i bitnim čimbenicima vladavine prava i funkcioniranja pravne države... Pri tome treba polaziti od osnovnog načela koje vrijedi u cijelom radnom pravu, a to je načelo ‘in favorem laboratoris’ (u korist radniku), po kojem se u svakom slučaju koji nije izričito uređen prinudnim normama primjenjuje pravno pravilo koje ide u korist radnika.“⁹

Primjer za to je i faktički rad odnosno faktički radni odnos. Radnik može zasnovati radni odnos samo po postupku i na način utvrđen propisima, a ako radni odnos nije tako nastao i ako nisu „prisutni“ svi bitni elementi toga pravnog odnosa (prvenstveno dobrovoljnost) riječ je o faktičkom radnom odnosu. Bitno je da taj rad ima sadržaj redovitog (faktičkog) obavljanja posla radnika za poslodavca na određenom mjestu, u određeno vrijeme i pod „subordinacijom“ poslodavca. Temeljem toga rada radniku pripadaju sva prava na radu i u vezi s radom, kao da je zasnovan zakoniti radni odnos. „Odgovornost za propuste leži na poslodavcu.“

Poslodavac je dužan osigurati uvjete rada radnicima tako da ne budu izloženi uznemiravanju i spolnom uznemiravanju i zaštititi dostojanstvo radnika („postupak i mjere“ su na teret poslodavca, kao i „primanje i rješavanje pritužbi“ vezanih za diskriminaciju radnika). Teret dokazivanja je na poslodavcu.¹⁰

Zakon o radu (Federacija BiH) i načelo *in favorem laboratoris*

U „Službenim novinama Federacije BiH“ 62/15 od 12. 8. 2015. objavljen je Zakon o radu (Federacija BiH). Pored drugih brojnih odredaba, sadrži i one koje se izravno ili neizravno odnose na primjenu (načela) povoljnijeg prava za radnika, odnosno *in favorem laboratoris*.

To se odnosi na ova pitanja:

- diskriminacija (izravna ili neizravna): članak 8;
- uznemiravanje i nasilje na radu: članak 9.

„Odredbe ugovora o radu za koje se utvrdi da su diskriminirajuće... ništavne su“ (članak 10 st. 2); Izuzeci od „zabrane diskriminacije“ su „isključenje ili davanje prvenstva“ zbog posla i kada je u pitanju „posebna zaštita određenih kategorija radnika sukladno zakonu“ (članak 11).

Osigurana je zaštita u slučajevima diskriminacije, pa „ako radnik, odnosno osoba koja traži uposlenje u slučaju spora iznese činjenice koje opravdavaju sumnju da je poslodavac postupio suprotno odredbama ovoga zakona o zabrani diskriminacije, na poslodavcu je teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije, odnosno, da postojeća razlika nije usmjerena na diskriminaciju već da ima svoje objektivno opravdanje“. Ako je sud utvrdio „opravdanost tužbenog zahtjeva“ „poslodavac je dužan radniku osigurati i uspostaviti ostvarivanje prava koja su mu uskraćena, te mu nadoknaditi štetu nastalu diskriminacijom“ (članak 12).

– „Primjena najpovoljnijeg prava“: „Kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu mogu se utvrditi povoljnija prava od prava utvrđenih ovim zakonom“ (a nepovoljnija ne). „Ako je neko pravo iz radnog odnosa različito uređeno ovim zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu, primjenjuje se za radnika najpovoljnije pravo“ (članak 19);

– otkazni rok (sedam dana) ako se probni rok prekida prije roka na koji je ugovoren“ (članak 21 st. 1);

– „Уговор о раду који не садржи податак у погледу трајања сматрат ће се уговором о раду на неодређено вријеме“ (чланак 22 ст. 2). „Ако радник изричито или прешутно обнови уговор о раду на одређено вријеме с истим послодавцем, односно изричито или прешутно закључи с истим послодавцем узастопне уговоре о раду на одређено вријеме на раздоблје дужије од три године без прекида, такав уговор сматрат ће се уговором о раду на неодређено вријеме“ (чланак 22 ст. 4);

– „Ако послодавац не закључи уговор о раду с радником у писаној форми, а радник обавља послове за послодавца уз надокнаду, сматра се да је заснован радни однос на неодређено вријеме, ако послодавац друкчије не докаже“ (чланак 27. ст. 3);

– „Рад изван просторија послодавца... може се закључити само за послове који нису опасни или штетни по здравље радника или других особа и не угрожавају радну околину, суkladно закону“ (чланак 26 ст. 3);

– „Достава раднику фотокопије пријаве на обвезатно осигурање“ (чланак 28);

– „Подаци који се не могу тражити“ (чланак 29);

– „Postупање с особним подацима радника“ (чланак 29);

– „Puno i nepuno radno vrijeme“ (чланак 36); „skraćivanje radnog vremena“ (чланак 37); „inspekcija će zabraniti (prekovremeni) rad suprotno odredbama zakona“ (чланак 38);

– права на одмор и допусте; заштита посебних категорија радника;

– сигурност и здравље на раду (чланак 55);

– заштита малолјетника (чланак 57 и 58); заштита жена (чланак 59); „zabrana nejednakog postupanja“ (чланак 60) и друга права;

– заштита привремено болесних радника и „radnika s promjenom radne sposobnosti“ (чланак 72–74);

– одредбе о плаћи;

– „izumi, tehnička unapređenja... i naknada (чланак 84);

– „Kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu utvrđuju se uvjeti i način smanjenja ili oslobođenja radnika od obveze naknade štete“ (чланак 92);

– „neopravdani razlozi za otkaz“ (чланак 98);

– „otkaz radnika bez obveze poštivanja otkaznog roka“ (чланак 99);

– „Ако послодавац оtkazuje уговор о раду због понашања или рада

radnika, obvezan je omogućiti radniku da se očituje o elementima odgovornosti koja mu se stavlja na teret“ (članak 101);

– „U slučaju spora zbog otkaza ugovora o radu, na poslodavcu je teret dokazivanja postojanja opravdanog razloga za otkaz ugovora o radu u smislu ...“ (poslovno uvjetovani otkaz i u slučaju da radnik nije u mogućnosti izvršavati „svoje obveze iz radnog odnosa“ (članak 96 st. 1 a) i b)); te izvanredni otkaz ugovora o radu (članak 97 st. 1 i 2) – „Teret dokazivanja“ (članak 102);

- kraći otkazni rok za radnika (članak 105 st. 1);
- „Prava radnika u slučaju nezakonitog otkaza“ (članak 106);
- „Prenošenje ugovora o radu u slučaju promjene poslodavca“ (članak 117);
- „Zaštita prava iz kolektivnog ugovora“ (članak 149);
- „Zaštita radnika sudionika u štrajku“ (članak 157); i drugi (to se vidi i iz kaznenih odredaba).¹¹

Zakon o radu (Republike Srpske) i načelo *in favorem laboratoris*

U „Službenom glasniku Republike Srpske“ broj 1/16 objavljen je Zakon o radu Republike Srpske. Pored drugih odredaba, „uređio“ je pitanja i odnose u vezi sa primjenom povoljnijeg prava za radnika (*in favorem laboratoris*).

Izravna (direktna, neposredna) odredba je u članu 9–11 koja regulira „međusobni odnos zakona, kolektivnog ugovora, pravilnika o radu i ugovora o radu“:

– „Kolektivni ugovor i pravilnik o radu (u daljem tekstu: opšti akti) i ugovor o radu ne mogu da sadrže odredbe kojima se radniku daju manja prava ili utvrđuju nepovoljniji uslovi rada od prava i uslova koji su utvrđeni zakonom. Opštim aktom i ugovorom o radu mogu da se utvrde druga, ili propišu povoljnija prava i povoljniji uslovi rada od onih utvrđenih ovim zakonom, osim ako to zakonom nije izričito zabranjeno“ (član 9).

Bitno je da je navedenom odredbom utvrđeno da se autonomno može utvrditi i „druga“ prava osim ovih iz Zakona, kao i „povoljnija prava i povoljniji uslovi rada.“

Suprotne odredbe opšteg akta su nezakonite, a odredbe ugovora o radu „ništave su“ što utvrđuje nadležni sud „po zahtjevu zainteresirane strane“. To pravo ne zastarijeva, a „radnik ima pravo na naknadu štete koju je pretrpio zbog primjene ništavog ugovora o radu.“;

– Radnik ne može biti pozvan na odgovornost „ako postupa u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom“ (član 13 st. 2);

– zabrana diskriminacije (član 19–22);

– „Ugovor o radu, u kome nije naznačeno vrijeme trajanja... smatra se ugovorom o radu na neodređeno vrijeme“ (član 33 st. 2); Ako poslodavac ne zaključi s radnikom ugovor o radu „prije stupanja radnika na rad... smatra se da je radnik zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme danom stupanja na rad“ (član 34);

– „Ako je ugovor o radu na određeno vrijeme zaključen suprotno odredbama ovog zakona ili ako radnik ostane da radi kod poslodavca najmanje pet radnih dana po isteku vremena za koje je ugovor zaključen, smatra se da je radni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme“ (član 39 st. 5);

– Radni odnos sa nepunim radnim vremenom (član 41–43);

– Radni odnos za obavljanje poslova van prostorija poslodavca (član 44 i 45);

– Radni odnos sa kućnim pomoćnim osobljem (član 46–47);

– Obrazovanje, stručno osposobljavanje i usavršavanje (na teret poslodavca): član 52–55;

– „Radno vrijeme po pozivu poslodavca“ (član 56 st. 4);

– Skraćeno radno vrijeme smatra se punim radnim vremenom (članak 59);

– odmori i dopusti;

– „mjere i sredstva zaštite na radu“ (član 101);

– „zaštita ličnih podataka“ (član 102);

– posebna zaštita: mlađih radnika, žena i materinstva, bolesnih radnika i invalida (član 103–118);

– Plate, naknada plate i druga primanja (član 120–136);

– Disciplinska odgovornost i odgovornost za štetu;

– „Izmjene sadržaja ugovora o radu“ (član 170 i 171);

– „Prestanak radnog odnosa“

– „Radnik ima pravo da poslodavcu otkáže ugovor o radu, bez obveze navođenja razloga“ (član 178 st. 2);

– „Postupak u slučaju otkaza ugovora o radu od strane poslodavca“ (član 180–190);

- „Zaštita prava radnika“ (član 199–203);
- Udruge i kolektivni ugovori;
- druga „rješenja“ i odnosi koji se mogu „podvesti“ pod primjenu povoljnijeg prava za radnika.

Hijerarhija propisa u vezi s primjenom načela *in favorem laboratoris*

U pravu se hijerarhija propisa uči kao njihov rang i njihova pravna snaga. Ustav je „zakon nad zakonima“. Ustav je pisano pravo, propis, viši od zakona. Niži od zakona je podzakonski akt. Razlika među njima u formalnopravnom smislu određuje se prema dvije objektivne nomotehničke pretpostavke: prema nadležnosti donositelja (donosioca) i prema postupku po kome se donose. Postupak po kome se donosi ustav složeniji je od postupka po kome se donosi zakon, a postupak za donošenje zakona je složeniji od postupka za donošenje podzakonskih (provedbenih) općih akata.

Razlika je u sadržaju u materijalnopravnom značenju. To određuje ustav, zakon i podzakonski akt bez obzira na različiti postupak njihovog donošenja. U formi se izražava i pravna snaga propisa. Ona se uvijek u praksi potvrđuje (u životu) ili osporava.

Kada je u pitanju hijerarhija pravnih akata, onda ustav ima veću pravnu snagu od zakona. Odredbe normi (u sadržaju) ustava su važnije i snažnije od normi u zakonu. To se odnosi i na načela „upisana“ u ustav, bez obzira na to što se mogu „ponoviti“ i u zakonu. Vrhovna državna vlast donosi zakone. To određuje ustav. On je vrh piramide. Sadrži „najvažnije norme datog društva, odnosno političkog i državnog sistema“. Kada ustav određuje zakonodavca onda on određuje i tko će vršiti nadzor i kontrolu ostvarivanja zakona. Svi se moraju podrediti zakonu. Niža norma mora biti u skladu s višom normom.¹²

Manjkavost je ako se ne nađe „prava mjera“ što treba i kako napisati u ustavu, u zakonu ili drugom propisu. Ustavotvorac unosi određene norme u ustav da bi im osigurao veću pravnu snagu, „veću postojanost“ nego drugim pravnim normama. To garantira i postupak za donošenje ustava, koji je sporiji, zahtjevniji i u kojemu sudjeluju subjekti „sposobni da odrede najvažnije pravne norme...“.

Odmah iza ustava su zakonske norme. To im daje važnost (autoritet). Manje važne norme nalaze se u podzakonskim propisima. Zakonima se određuju prava građana (čovjeka kao pravnog subjekta). Pitanje „tehničkog ostvarenja“ prava propisanih zakonom spada u podzakonske akte. Prava i dužnosti

čovjeka u različitim pravnim odnosima uređuju se zakonima, a „razrada detalja“ (načina ostvarivanja, razrada) ostvaruje se u podzakonskim aktima. Prava građana, položaj čovjeka u pravnim odnosima ne može se urediti u podzakonskim aktima. Podzakonskim aktima se omogućava realizacija prava i položaj čovjeka u određenim pravnim odnosima.

Ustav ima sadržaj apstraktniji i općenitiji od sadržaja zakona. Njegove norme su obuhvatnije. Zakon je konkretniji, a podzakonski akt još „razrađeniji“ za onu oblast pravnih odnosa koje uređuje zakon na temelju kojega se donosi. On se mora držati sadržaja zakona (okvira kojega mu je zakon povjerio). To se uočava u postupku kontrole nad podzakonskim općim aktima i utvrđivanju suglasnosti nižeg akta s višim. Bez toga nema hijerarhije. To prate sudovi (prvenstveno ustavni sud, upravni sud, ali i drugi). Kontrola hijerarhije zapravo je kontrola ustavnosti i zakonitosti.¹³

Hijerarhija je određena nadležnostima donosioca propisa. U hijerarhiji propisa autonomni akti su poslije (iza) zakona. Međutim, u radnim odnosima ima pitanja koja se izvorno (originarno) uređuju kolektivnim ugovorom, pa će u tom slučaju taj najautoritativniji autonomni akt biti u rangu zakona.

Ona proizlazi iz hijerarhije (ranga) društvenih ciljeva i prirodom potreba čije se zadovoljavanje definira kao cilj uređivanja određenih odnosa, prema društvenim vrijednostima i/ili korisnosti efekata u realizaciji ciljeva. Potrebe su osobne (lične), zajedničke, opće, a interesi posebni, parcijalni, konkretni, zajednički, opći, javni, neposredni, imovinski (materijalni), moralni, ekonomski, politički, trajni, kratkoročni, lokalni, interesi širih zajednica i drugih oblika klasifikacija, selekcija, hijerarhije i usklađenosti.

Kada je riječ o načelu *in favorem laboratoris* (primjene povoljnijeg prava za radnika) onda se „odstupa od općih pravnih načela po kojima pravilo višeg ranga derogira pravilo nižeg ranga, ali samo u slučajevima kada pravilo nižeg ranga ide u korist radnika.“

Zaštita „nejače“ strane u radnom odnosu manifestira se i u volji države u „strogim kaznenim odredbama (sankcijama) te opsegu obveza poslodavca koji podliježu inspekcijском nadzoru“, ali i u „hitnosti postupka sudova u radnopravnim sporovima“.¹⁴

Primjena najpovoljnijeg prava „isključuje“ hijerarhiju

Sloboda ugovaranja uvjeta rada na radu posebno je uređena (regulirana) u zakonu o radu. Naime, u donošenju toga zakona pošlo se od koncepcije

da je to „opći zakon“ i da njime treba uraditi (propisati) samo „donju granicu zajamčenih prava radnika, pa se „poslodavcima, radnicima, radničkim vijećima, sindikatima i udrugama poslodavaca daje mogućnost uređenja uvjeta rada u režimu povoljnijem od onoga utvrđenog Zakonom“.¹⁵

„Poslodavac, udruge poslodavca i sindikati mogu kolektivnim ugovorom ugovoriti uvjete rada nepovoljnije od uvjeta određenih ovim Zakonom, samo ako je ovim ili drugim zakonom to izričito propisano“ (članak 9 st. 2 Zakona o radu). Ta odredba je „*in favorem* zaštite radnika kao slabije strane ugovornog odnosa, ugovaranje nepovoljnijih uvjeta rada moguće je samo ako to Zakon o radu ili poseban zakon *expressis verbis* dopuštaju“.¹⁶ Zakon o radu je mogućnost ugovaranja nepovoljnijeg prava „sveo“ samo na kolektivni ugovor, a povoljnije pravo moguće je urediti ugovorom o radu, pravilnikom o radu, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca, kolektivnim ugovorom ili zakonom.

U pitanju je dodatna zaštita radnika u radnom odnosu kao nejače strane i subjekta u „subordiniranom položaju“ kroz načelo primjene za radnika najpovoljnijeg prava.

Primjena načela *in favorem laboratoris* nalazi se i u odredbama Zakona o zaštiti na radu i teretu dokazivanja na poslodavca dabi od sebe otklonio odgovornost za naknadu štete zbog ozljede na radu (odgovornost za štetu na radu i u vezi s radom – odgovornost poslodavca: članak 25 Zakona o zaštiti na radu). To je još preciznije propisano u odredbama članka 15 toga Zakona („Primjena za radnika najpovoljnijeg prava“). „Ovaj zakon i njegovi provedbeni propisi propisuju minimalne zahtjeve zaštite na radu, ali ne utječu na primjenu povoljnije zaštite na radu, ako je ta povoljnija zaštita propisana zakonom, drugim propisom, odnosno kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili ugovorom o radu“.¹⁷

U Zakonu o radu (Republike Srpske) ta pitanja i odnosi uređeni su u točki 3. „međusobni odnos zakona, kolektivnog ugovora, pravilnika o radu i ugovora o radu“ (članak 9–11). Radi se o zabrani „davanja manjih prava“ nižim pravnim aktima (članak 9) i primjeni povoljnijeg prava (članak 10) i postupak (članak 11).¹⁸

„Teret dokazivanja“ i *favorem laboratoris*

Zakon o radu, u odredbama članka 135 st. 1 („Teret dokazivanja u radnim sporovima“) postavlja „opće“ pravilo: „U slučaju spora iz radnog odno-

sa, teret dokazivanja je na osobi koja smatra da joj je neko pravo iz radnog odnosa povrijeđeno, odnosno koja pokreće spor, ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno“. To je „opća“ odredba, koja ima i „izuzetke“.

Teret dokazivanja je na poslodavcu, bez obzira na to što se radnik javlja kao tužitelj („osoba koja smatra da joj je neko pravo povrijeđeno, odnosno koja pokreće spor“) u ovim slučajevima:

- 1) spora oko stavljanja radnika u nepovoljniji položaj od drugih radnika radi obraćanja radnika zbog opravdane sumnje na korupciju ili u dobroj vjeri podnošenja prijave o toj sumnji osobama ili nadležnim tijelima državne vlasti, a što je dovelo do povrede nekog od prava radnika iz radnog odnosa (članak 135 st. 2);
- 2) „u slučaju spora zbog otkaza ugovora o radu“ (ako je poslodavac otkazao ugovor o radu) „teret dokazivanja postojanja opravdanog razloga za otkaz...“; (članak 135 st. 3);
- 3) „u slučaju spora u vezi s radnim vremenom, ako poslodavac ne vodi evidenciju na propisan način...“ (podatke o radnicima i radnom vremenu) – članak 5 st. 2 i članak 135 st. 4.

Zakon o radu (Republike Srpske) u odredbama članka 25 to uređuje i „veže“ za diskriminaciju (radnika koji traži zaposlenje, na uvjete predviđene u članku 22 i 23) i u slučaju uznemiravanja i spolnog uznemiravanja (članak 24).¹⁹

Načelo povoljnijeg (najpovoljnijeg) prava za radnika (*in favorem laboratoris*), uz druga osnovna načela demokratskog radnog prava ima veću pravnu snagu od pravne norme u radnom zakonodavstvu. Iako govori o povoljnijem pravu za radnika, to načelo nalazi svoju primjenu i prije nego što osoba stekne to svojstvo. To se odnosi na zaštitu i u fazi kada se vodi postupak za pošljavanja u kome se jednako štiti svaka osoba „kandidat za zasnivanje radnog odnosa“. Zabranjena je diskriminacija, odnosno „pravljenje razlika protupravno osoba koje su u usporedivoj pravnoj situaciji, a za koje razlikovanje ne postoji na pravu utemeljeno opravdanje“. Prema jednakima se ne postupa jednako. Ustavna (najviša) pravna norma određuje „jednakost“ kao najvišu vrednotu ustavnog poretka i „temelj“ za tumačenje ustava. Postupanje ne smije biti pravom zabranjeno.

Radno pravo ima: samostalno ime, predmet i metodu stvaranja, primjene i zaštite. To zahtijeva da se i načelo povoljnijeg prava za radnika posebno (originalno) regulira, realizira i štiti. To su pravila posebnog postupka. Osoba u radnom odnosu se posebno štiti „u određenim granicama i u određenim

uvjetima“. Mora se primjenjivati i štiti u svim odnosima koji čine sadržaj prava, obveza i odgovornosti subjekata radnog odnosa.

In favorem laboratoris dolazi do izražaja u postojanju ugovora o radu i preferiranju rada na neodređeno vrijeme (bez obzira na „sirovost i surovost prakse“); u posebnoj zaštiti na radu i u zaštiti posebno zaštićenih osoba na radu; u zaštiti kretanja radnika; radnog vremena, odmora i dopusta; plaćama i naknadama; o evidencijama radnika; o rokovima ostvarivanja i zaštite prava radnika kao nejače strane u radnom odnosu.

Naglašena je originalnost heteronomnog i autonomnog reguliranog prava na radu i značenje hijerarhije pravnih normi koje su povoljnije za radnika. To je zahtjev i prema svim subjektima koji realiziraju pravne norme radnopravnog karaktera.

Marinko Đ. Učur, PhD

Lawyer, university professor and senior research scientist (permanent tenure) from Rijeka

**APPLYING A LAW WHICH IS MORE FAVOURABLE FOR A
WORKER – FAVOR LABORATORIS IN LEGAL EMPLOYMENT
RELATIONS**

Summary

The rights of workers at work are inalienable rights. They are governed by universal and constitutional legal norms of the highest rank, but also by other heteronomous and autonomous regulations. The state guarantees and protects the application of these norms, especially because the worker is the strongest party to labor relations. This is primarily because in the labor law theory and the legislation, the principle of application for a worker of a more favorable right, comes up, it regulates and applies. (in favorem laboratoris).

The content of this paper is an explanation of the legal nature of this principle, its way of regulating, realizing and protecting it.

Keywords: *worker, labor rights, regulation, realization, protection, application of more favorable rights*

НЕКЕ НЕДОУМИЦЕ У ВЕЗИ СА ПРАВОМ НА ШТРАЈК И ПРАВОМ НА КОЛЕКТИВНО ПРЕГОВАРАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Др Бојан Урдаревић*

***Апстракт:** Право на штрајк према Уставу, није апсолутно право, већ су његове димензије одређене уставном одредбом, којом је прописано да се ово право запослених остварује у складу са законом који регулише право на штрајк или колективним уговором. Иако штрајк данас припада корпусу основних људских права, он у одређеним околностима може бити и забрањен, или ограничен обавезом испуњења појединих услова. Општа забрана штрајка није у складу са принципима слободе удруживања. Међутим, чак и међународни радни стандарди допуштају могућност забране или ограничавања права на штрајк одређеном кругу запослених. Национална законодавства морају своје интерне потребе за ограничењем права на штрајк прилагодити међународним нормама. Сваки излазак ван оквира међународно признатих услова за ограничење штрајка може представљати његову супротност, односно онемогућавање права запослених на остваривање и заштиту својих социјално-економских права организовањем (законитог) штрајка.*

***Кључне речи:** штрајк, минимум процеса рада, колективно преговарање, синдикат, послодавац, колективни уговор.*

Аутор у раду разматра и анализира и право на колективно преговарање, као једно од основних колективних права запослених и

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

послодаваца, захваљујући коме се запосленима пружа могућност да успешније штите своја индивидуална и колективна права и интересе, као и да са послодавцима уговарају прихватљивије услове рада и запослења. Запослени и њихове синдикалне организације на тај начин постају партнери које послодавци и њихова удружења морају поштовати, не само у процесу преговора, него и у случају решавања насталих спорова, тим пре што се под колективним преговарањем схваћеним у ширем смислу не подразумевају само преговори који се воде ради закључивања колективних уговора, него и колективни радни спорови, тј. индустријски конфликти и методи њиховог решавања. Наиме, колективно преговарање показало се као користан и демократски инструмент за превазилажење сукоба између запослених и послодаваца и, као такво, изузетно је битно за функционисање тржишне економије.

Увод

У модерним државама индустријске демократије право на штрајк представља аксиом права на организовање. Стога је од критичне важности да се успостави правилна равнотежа између интереса за решавање спорова на миран начин и поштовања аутономије страна да за себе преговарају са основним правом на предузимање индустријске акције која ће подржати њихове економске и социјалне интересе. Међутим, у Републици Србији, посматрајући право на штрајк са становишта његове ефикасности, може се стећи утисак да он представља реликт прошлости без рационалне потребе за његовим постојањем. У пракси, због тежине економске и социјалне кризе, проблема са новим власницима предузећа, негативних ефеката светске економске кризе, презадужености итд., запослени врло често прибегавају радикалним мерама у циљу заштите својих права. Разматрање актуелног стања и перспективе индустријских односа у Србији треба да узме у обзир још једну заједничку карактеристику међусобне повезаности и условљености индустријских односа и друштвеног окружења – чињеницу да индустријски односи у великој мери представљају огледало укупног политичког, економског и социјалног стања у једном друштву. Многе ствари и појаве, у политичкој и економској сфери које се у другим областима живота, пре свега у политици, могу прикрити, или бар показати бољим него што јесу, у индустријском односима се неизбежно појављују на површини.

С друге стране, у условима глобализације, брзих технолошких и других промена, услови рада се брзо мењају, те се морају стално прилагођавати. Такве промене повлаче велики ризик од конфликта запослених и послодавца, који се најефикасније могу избећи кроз социјални дијалог путем колективног преговарања. Социјални дијалог можемо дефинисати као комплекс друштвених односа, социјално-економских права и институционалних форми.¹ Он, у својој суштини, треба да води ка интеграцији политичке и индустријске демократије, са крајњим циљем постизања демократизације и хуманизације укупних друштвених односа, а посебно оних у вези са радом. У државама у којима је социјални дијалог на завидном нивоу, постоји и већа стабилност политичке демократије. У супротном, тамо где је социјални дијалог у кризи, неминовно долази до дехуманизације на раду и слабљења социјалне моћи синдиката.² Последица тога је и висока стопа незапослености, несигурност радних места, али и неефикасност колективних права запослених, укључујући и право на штрајк.

1. Концепт права на штрајк у Републици Србији

Као последица недовољно развијеног колективног преговарања и недостатка усаглашене судске праксе, закони представљају основни начин уређења права на штрајк и основни извор овог права. Основни законски акт који уређује право на штрајк у Србији је Закон о штрајку из 1996. године. Члан 1 Закона о штрајку дефинише штрајк као прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада. Овакво дефинисање појма штрајка у пракси доводи до одређених последица. Прво, није прецизирано који професионални интереси запослених могу бити предмет штрајка. Друго, обим повреде постављен је на најшири могући начин, па се тако законитим штрајком може сматрати и онај чији је разлог за његово организовање кашњење зараде од једног дана. Треће, и можда најзначајније питање које произлази из Устава РС, односи се на концепт штрајка као права запослених. Наиме, у члану 3 Закона о штрајку, право на организовање штрајка и штрајка упозорења код послодавца, при-

¹ Видети више у: П. Јовановић, „Грађа за колективно радно право Србије“, *Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, Београд, 2009, стр. 143.

² Б. Лубарда, „Социјални дијалог и радно законодавство“, *Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, Београд, бр. 1/2007, стр. 30.

пада већини запослених и синдикату, док штрајк у грани и делатности, као и генерални штрајк, представља искључиво право синдиката. Тиме је Србија овим законом дозволила једну широку могућност права на организовање штрајка, сврставајући се у ред оних држава које право на организовање штрајка признају и запосленима и синдикатима.

Иако оваква широка законска слобода запослених за организовање штрајка одаје утисак привилегије запослених, у пракси то доводи до кулминације бесмислених штрајкова, без икаквих изгледа на успех. Нажалост, подаци о брају штрајкова на територији Републике Србије не постоје, пре свега из разлога што ни један државни орган, па ни ресорно Министарство, не води евиденцију о томе. Поједине информације су доступне на сајтовима репрезентативних синдиката, али оне обухватају оне штрајкове које су ти синдикати и организовали, па се оправдано поставља питање евиденције штрајкова које организује већина запослених код послодавца, а који нису чланови синдиката³.

Нови закон о штрајку, који се тренутно налази у форми нацрта, требало је да успостави прихватљив ниво социјалног дијалога у Републици Србији и да након скоро 20 година питање штрајка реши на један модеран и за социјалне партнере прихватљив начин. Уместо тога, извршене су поједине корекције и термилошка појашњења одређених појмова, али уз врло мало битних промена. Тако, на пример, чл. 2 Нацрта закона о штрајку под штрајком подразумева прекид рада запослених ради остваривања и заштите њихових економских и социјалних интереса и права из радног односа и по основу рада. Даље, у чл. 8 прописано је да одлуку о ступању у штрајк доноси надлежни орган синдиката или већина запослених код послодавца. Дакле, можемо се сложити са тим да је у Нацрту закона о штрајку право на штрајк дефинисано на прецизнији начин него што је то до сада био случај, као и да је донекле ограничена аутономија штрајкача поводом одлуке због чега и на који начин ступају у штрајк, али је и даље остала концепција штрајка као права већине запослених и синдиката.

Кључно питање које је и данас врло актуелно, а решења се разликују од државе до државе, јесте да ли право на штрајк припада искључиво синдикатима, или искључиво запосленима, или и једнима и другима.⁴

Уколико се на кратко осврнемо на текст Ревидиране Европске социјалне повеље, конкретно Део II, чл. 6 тач. 4, запазићемо да је гарантовано право радника и послодаваца на колективну акцију у случају

³ <http://www.sindikats.rs/protesti.html> Линк СССС о броју штрајкова

⁴ Kahn-Freund, O., *The Right to Strike: Its Scope and Limitations*, Strasbourg, 1974, стр. 5.

сукоба интереса, укључујући право на штрајк, у складу са обавезама које могу да проистекну из колективних уговора које су претходно закључили.⁵ Ово даље значи да се право на штрајк мора посматрати као индивидуално право свих радника, а не само оних који су чланови синдиката. Управо зато је и Европски комитет за социјална права у својим закључцима јасно стао на становиште да све државе које ограничавају право на штрајк тиме што га условљавају да буде организован од стране синдиката, чине повреду Европске социјалне повеље⁶.

И поред великог утицаја комунитарног права на садржину домаћих прописа, ипак се још увек не може говорити о „хармонизованости“ нашег радног права са правом Уније, већ о већем или мањем степену почетне усаглашености.⁷ То важи и за законодавна решења о праву на штрајк. Транзицију у Србији карактерише изразита конфликтност. Конфликтни карактер транзиционих процеса у Србији испољава се, између осталог, у порасту броја сукоба у области рада и то пре свега у радикалним облицима – штрајковима, протестима, демонстрацијама пред зградама органа власти у Републици и локалним заједницама, блокади пруга и путева, самоповређивању и сл. Истовремено, видљив је пад ефикасности индустријских и социјалних конфликта. Неefикасност решавања спорова употребом силе је упозоравајући чинилац за све актере, послодавце, синдикате и политичке власти на високу цену конфликта коју плаћају сви, као и на то да своје односе не могу градити на растућој конфликтности, већ на механизмима мирног решавања спорова и идеји социјалног мира.

У Србији је данас ургентно потребно отворити интензиван, динамичан и системски процес хармонизације радног и социјалног законодавства, укључујући и део који се односи на механизме, инструменте и реално функционисање социјалног дијалога. Поменути процес обухвата два важна, међусобно повезана аспекта: интерну хармонизацију која се односи на усаглашавање постојећих и доношење нових закона у правни систем Србије и екстерну хармонизацију која се односи на усаглашавање са међународним стандардима, посебно стандардима МОП-а и Европске уније.⁸

⁵ <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/escrbooklet/SerbCyrillic.pdf>

⁶ ECSR, Conclusions I, 185; Conclusions II, 28-9; Conclusions IV, 48-51; Conclusions VIII, 96; Conclusions XIII-1, 155-6; Conclusions XIV-1, 301.

⁷ С. Јашаревић, „Хармонизација права и праксе у области партиципације запослених – Србија и ЕУ“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. 45 бр. 3, 2011, стр. 380.

⁸ Д. Маринковић, „Од конфликта до социјалног дијалога и стабилности у Србији“, *Српска политичка мисао* бр. 1-4, Београд 2003, стр. 77–92.

2. Судска пракса поводом права на штрајк

Најзначајнију активност у вези са остваривањем права на штрајк има Уставни суд Србије. Овај суд је, између осталог, решавао и предмете везане за ограничавање права на штрајк појединим професионалним групама. Тако се на дневном реду Уставног суда нашла и Уредба о штрајку полицијских службеника,⁹ којом је било прописано да се минимум процеса рада обезбеђује радом најмање 90% запослених полицијских службеника у организационој јединици у којој се организује прекид рада који може да траје најдуже 30 минута. Иницијативу за оцену уставности и законитости Уредбе о штрајку полицијских службеника Уставном суду су поднели Независни синдикат полиције из Београда, Грански синдикат управе, правосуђа и полиције „Независност“ и Полицијски синдикат Србије. Тако је, оцењујући уставност и законитост Уредбе, Уставни суд утврдио да је Влада прекорачила уставна и законска овлашћења и уредила односе из надлежности законодавног органа.¹⁰ У образложењу одлуке да ова уредба није у складу са Уставом и законом истакнуто је да Устав Србије (члан 61) „гарантује запосленима право на штрајк у складу са законом и колективним уговором“. Уставом је прописано да се право на штрајк може ограничити само законом, сходно природи и врсти делатности, па се уредбом као врстом акта који се доноси у извршавању закона не могу уређивати услови за остваривање права на штрајк.¹¹ Одредбом 135 Закона о полицији, којим се уређује могућност остваривања права на штрајк и ограничења овог права, није дато овлашћење Владе за ближе уређивање односа у овој области. Имајући то у виду, Уставни суд је оценио да је Влада, доношењем оспорене уредбе, прекорачила уставно и законско овлашћење и уредила односе из надлежности законодавног органа. Овакав став, Уставни суд је засновао и на одредби Европске конвенције за заштиту људских права и европских слобода, којом је дозвољено државама потписницама да законито ограниче право на слободу окупљања и удруживања одређеним категоријама људи, као што су припадници оружаних снага, полиција и државна управа. Међутим, ограничења су законита само ако испуњавају одређене услове, а први услов је да су ограничења прописана законом.

⁹ „Сл. гласник РС“, бр. 71/07.

¹⁰ Одлука ИУ-85/2007 од 30. септембра 2010. године („Службени гласник РС“, број 87/2010).

¹¹ Д. Стевандић, „Уредбе у правном поретку Републике Србије“, *Правни записи*, вол. 3, бр. 2, 2012, стр. 422.

Ипак, најзначајнија одлука Уставног суда Србије је о допуштености организовања штрајка запосленима у државним органима. Уставни суд је ценио уставност члана 18 став 1 Закона о штрајку, која прописује да запосленом у државном органу престаје радни однос када се утврди да је организовао штрајк или учествовао у њему. У спроведеном поступку Уставни суд је утврдио да је Закон о штрајку донет на основу тадашњег Устава Савезне Републике Југославије, којим је било утврђено: да запослени имају право на штрајк ради заштите својих професионалних и економских интереса, у складу са савезним законом; да се право на штрајк може ограничити савезним законом кад то захтевају природа делатности или јавни интерес; да запослени у државним органима немају право на штрајк. Од дана ступања на снагу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора¹², Закон је наставио да се примењује као републички пропис, а на основу одредбе члана 64 став 2 Уставне повеље. Уставни суд је констатовао да је Устав Републике Србије из 1990. године, у односу на који се вршила оцена уставности раније донетих савезних закона – који су наставили да се примењују као републички прописи, престао да важи 8. новембра 2006. године, када је ступио на снагу нови Устав Републике Србије. С обзиром на то да је истекао утврђен рок за усклађивање републичких закона са Уставом Републике Србије од 2006. године, уставност одредбе члана 18 став 1 Закона о штрајку, оцењује се у односу на Устав из 2006. године. Важећим Уставом утврђено је право на штрајк свим запосленим лицима, па и припадницима полиције, државним службеницима и намештеницима, које се може ограничити само законом. Закон о државним службеницима, као посебан закон којим се уређују права и дужности државних службеника и поједина права и дужности намештеника по основу радног односа, не садржи одредбе којима се уређује право на штрајк ових лица. Међутим, одредбама члана 4 Закона о државним службеницима прописано је да се на права и дужности државних службеника који нису уређени овим или посебним законом или другим прописом примењују општи прописи о раду и посебан колективни уговор за државне органе, односно да се на права и дужности намештеника примењују општи прописи о раду и посебан колективни уговор, ако овим или посебним законом није друкчије одређено. С тим у вези, Уставни суд је утврдио да Законом о раду, као општим прописом о раду, није уређено право запослених на штрајк. Ипак, члан 35 став 1 Посебног колективног уговора за државне органе прописује да државни службе-

¹² „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/03 и 26/05.

ници могу организовати штрајк и штрајк упозорења под условима и на начин утврђен законом. Из наведеног произлази да државни службеници и намештеници имају право на штрајк који мора бити организован у складу са Законом о штрајку.

Из овог примера се јасно види колико је неопходно што пре донети нови закон о штрајку, с обзиром на то да поједине одредбе још увек важећег Закона нису у сагласности ни са Уставом Републике Србије, али ни са ратификованим међународним конвенцијама. Одговорност за овакву ситуацију сноси држава, али и социјални партнери који нису успели да успоставе смернице социјалног дијалога у Србији.

3. Тренутно стање у области колективног преговарања у Републици Србији

Колективно преговарање представља основу на којој се темељи социјални дијалог као један од кључних предуслова успешног и равномерног развоја савременог друштва. Уколико не постоји колективно преговарање, нема ни колективних уговора, а то на крају значи да нема ни индустријске, односно политичке демократије. У овом смислу колективно преговарање представља предрадњу закључењу колективних уговора.¹³

Нажалост, и поред тога што је Република Србија ближа европским тенденцијама у овој области, и даље недостају најважнији нивои централизованог преговарања. То се огледа у чињеници да и даље немамо закључен општи колективни уговор, а и број закључених гранских колективних уговора није на завидном нивоу. Парадоксално, или не, тек ово није утицало на јачање колективног преговарања код послодавца, те није извршена очекивана децентрализација колективног преговарања. Другим речима, преговарање на нивоу послодавца не резултира оним бројем и квалитетом колективних уговора који би изашли у сусрет свим упућујућим нормама важећег радног законодавства и задовољило потребе праксе за аутономним регулисањем услова рада.¹⁴

¹³ Р. Брковић, Б. Урдаревић, А. Антић, *Практикум за радно и социјално право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2015, стр. 343.

¹⁴ П. Јовановић, „Актуелна питања колективних права запослених“, *Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, Београд, бр. 1/2007, стр. 22.

Иако је у последњих неколико година дошло до извесног побољшања система колективног преговарања у нашој земљи, чињеница је да још увек постоје извесни проблеми са којима се стране у преговорима редовно сусрећу, и које значајно успоравају преговарачки процес. Ови разлози су бројни, а ми ћемо издвојити само неке који су најзначајнији.

Прво, нејасно је ко сачињава платформу за преговоре, односно текст радне верзије колективног уговора о чијој садржини се преговара. Ово питање је врло значајно и препуштено је вољи уговорних страна, али у пракси доводи до значајних проблема. Наиме, често ће послодавачка страна инсистирати на томе да платформа за преговоре буде претходно донет правилник о раду, а нарочито у ситуацији када није постојао раније закључен колективни уговор. У том случају постоји опасност да преговори трају дуже од законом предвиђеног рока, након чега ће се, у складу са чланом 3 став 2 тачка 3 Закона о раду, преговори даље наставити у доброј вери, а у међувремену примењиваће се Правилник о раду.¹⁵ Поставља се питање како, и у којој мери ће овако формулисана законска одредба утицати на закључивање колективних уговора након истека рока од 60 дана. Свакако треба имати у виду да преговори означавају крхко стање које претходи закључењу уговора, где их свака страна може прекинути када год пожели. На крају, Валтазар Богишић је имао право када је рекао: разговор је разговор, а уговор је странкама закон.¹⁶ Дакле, сама законска одредба која предвиђа да се преговори морају водити у доброј вери не значи да ће то увек повољно утицати на већу стабилност преговора. Питање о коме се може дискутовати јесте да ли је уопште могуће преговарати у доброј вери приликом закључивања колективног уговора, уколико се преговарачке стране налазе у међусобно супротстављеним позицијама, где су неретко једни другима противници.

Друго, често се јављају недоумице око састава, бројности и начина рада одбора за преговоре. Наиме, према члану 20 Закона о мирном решавању радних спорова¹⁷, поступак мирења у колективном спору води се пред одбором за мирење, који чине по један представник страна у спору и миритељ. Ова законска норма није применљива у пракси из

¹⁵ Иначе, читав процес колективног преговарања треба да буде „у доброј вери“, односно код преговарачких страна мора постојати у сваком тренутку спремност и жеља да се постигне споразум. Уколико преговори предуго трају, а нема резултата, или се термини за преговоре тешко договарају, или су преговарачи стално заузети па преговоре третирају као „губљење времена“, најчешће неће доћи до закључења колективног уговора.

¹⁶ Члан 1020 Општег имовинског закона за Црну Гору.

¹⁷ Закон о мирном решавању радних спорова („Сл. гласник РС“, бр. 125/2004 и 104/2009).

бар два разлога. Један се односи на то што стране у колективном преговору инсистирају на томе да преговорима присуствују и њихови законски заступници, па се број чланова одбора повећава. Други се односи на чињеницу да се неретко мењају чланови одбора, па самим тим и његов састав. Овај проблем постоји како на страни послодавца, тако и на страни запослених, а посебно је изражен у случају да у преговорима учествују и представници оснивача. Честим мењањем састава одбора преговори се додатно компликују и усложњавају, а на штету целокупног преговарачког процеса.

Треће, питање које се односи на могућност закључивања колективног уговора код послодавца уколико претходно није постигнута сагласност свих учесника у процесу колективног преговарања и даље је актуелно, како у теорији радног права, тако и у пракси. Поводом овог питања огласили су се и представници ресорног министарства који износе мишљење према којем: „без обзира на постојање репрезентативног синдиката који не прихвата закључење колективног уговора код послодавца, могуће је закључење истог са друга два која испуњавају услове репрезентативности.“¹⁸ Аргументација за овакво мишљење почива на тумачењу члана 248 Закона о раду¹⁹ према коме колективни уговор о раду закључују послодавац и репрезентативни синдикат код послодавца. Приметићемо да је законодавац превидео могућност да се на страни запослених нађе више репрезентативних синдиката, па тако закон не прописује да је нужна сагласност свих репрезентативних синдиката за закључење колективног уговора. Оваква законска норма није у складу са уобичајеном радноправном терминологијом, где је, на пример, у Препоруци 91 Међународне организације рада наведено да „колективни уговор представља сваки писани споразум који се односи на услове рада и запослења, закључен између послодавца или удружења послодавца, с једне стране и једног или више репрезентативних удружења радника, односно њихових представника са друге стране.“²⁰ Оваквом мишљењу придружује се и судија Б. Живковић који наводи да „сви учесници колективног преговарања не морају потписати колективни уговор да би овај општи акт био закључен и производио правно дејство у правном саобраћају, већ је довољно да га потпишу послодавац и неки од репре-

¹⁸ Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00- 00271/2011-02 од 6. априла 2011.

¹⁹ Закон о раду („Сл. гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014).

²⁰ Препорука 91 http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312429

зентативних синдиката.²¹ Оправдано се може поставити питање који је то репрезентативни синдикат који има капацитет да закључи колективни уговор и поред противљења осталих репрезентативних синдиката. Одговор на ово питање нуди проф. др Ж. Кулић који наводи да се „колективни уговор може закључити и у случају да се један или више учесника преговора са тиме не слажу, али под условом да они који желе да га закључе окупљају већи део чланства, односно уживају већи степен репрезентативности од оних који се закључивању колективног уговора противе.“²²

Судска пракса пак стоји на супротном становишту и то у смислу да је „ништав колективни уговор закључен између послодавца и једног од репрезентативних синдиката, уколико није постигнута сагласност воља свих учесника који су имали преговарачку легитимацију.“²³ Овакво тумачење изводи се из чињенице да се колективни уговор код послодавца не доноси изгласавањем, већ се закључује у поступку преговарања, као продукт усаглашавања и компромиса учесника у закључивању колективног уговора о садржини и обиму међусобних права, обавеза и одговорности из радног односа.

У начелу, и једно и друго тумачење се могу бранити одређеном правном аргументацијом. У првом случају, ако се дозволи закључивање колективног уговора само једном репрезентативном синдикату, укупна преговарачка моћ синдиката се значајно смањује. Послодавачка страна која зна да му је за закључивање колективног уговора потребна, на пример, сагласност само једног од три репрезентативна синдиката је изузетно повољна, те ће он настојати да придобије један од синдиката, испуни њихове захтеве, који су за њега најповољнији и тако закључи колективни уговор. У пракси, то ће довести до повећања броја закључених колективних уговора код послодавца, али ће они све више личити на правилник о раду, а све мање на колективни уговор. Са становишта индустријске демократије, колективних права радника и на крају унапређења социјалног дијалога, сматрамо да је овакво гледиште неприхватљиво. У другом случају, постоји обавеза постизања консензуса свих учесника колективног преговарања, што на неки начин „нивелише“ преговарачке позиције свих субјеката и доводи их у равноправан положај. На-

²¹ Б. Живковић, „Закључивање колективног уговора код послодавца“, *Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, Изабрани стручни радови*, Београд, 2016. стр. 28.

²² Ж. Кулић, „Анализа стања у области колективног преговарања“, *Радна група за анализу прописа о социјалном партнерству и колективном преговарању*, Београд, 2014, стр. 9.

²³ Из пресуде Апелационог суда у Нишу, Гж1. 854/10 од 26. 3. 2010. године – Билтен Апелационог суда у Нишу, број 2/2011, Intermex, аутор сентенце: Ивана Рађеновић, судија Апелационог суда у Нишу.

жалост, и овде су могуће, и дешавају се злоупотребе, а оне се односе на то да сваки учесник у преговорима може да блокира комплетан преговарачки процес и онемогући његов позитиван исход. Сматрамо да излаз из наведене ситуације не треба тражити само у законској норми, већ и у комплетној промени приступа колективном преговарању и социјалном дијалогу уопште. На крају, да бисмо имали квалитетне колективне преговоре потребно је да имамо и квалитетне преговараче, хомогене синдикате који ће заступати заједничке интересе, а не интересе само својих синдикалних организација.

4. Социјални дијалог као инструмент социјалне кохезије

Могућност остваривања права на штрајк, у једном правном систему, у великој мери зависи и од успостављеног нивоа социјалног дијалога. Систем у којем постоји развијен и институционалан социјалан дијалог представља филтер за решавање великог броја радних конфликта који би иначе неминовно довели до штрајка. Са друге стране, државе у којима социјални дијалог није на завидном нивоу имају проблем великог броја штрајкова и других облика радничких протеста, углавном неефикасних и лоше организованих, којима се у највећем проценту не решавају иницијални проблеми, већ се још више продубљују постојећи и, веома често, отварају нови. Низак ниво социјалног дијалога увећава број штрајкова који даље дезавуишу социјални дијалог, чиме се ствара један зачарани круг индустријских конфликта, из кога је тешко изаћи.

Социјални дијалог као начело, као нови, битно другачији метод уређивања односа у сфери рада, постао је битна карактеристика друштвеног стања и односа на глобалном и националном нивоу. Своје основне циљеве социјални дијалог формулише и конкретизује првенствено кроз процес колективног преговагања, путем усаглашавања ставова социјалних партнера и закључивањем колективних уговора. Смисао колективног преговарања је да, у условима тржишне економије, обезбеди заштиту интереса социјалних партнера и да на тај начин умањи могућност наступања конфликтних ситуација са неповољним утицајем на привредне и укупне друштвене токове.²⁴

У државама Источне и Централне Европе почетак економске и друштвене транзиције означавао је и почетак настанка социјалног

²⁴ С. Лакићевић, „У сусрет новом Закону о штрајку“, *Извор судске праксе* бр. 9/13, Глосаријум, Београд 2013, стр. 5.

дијалога, процеса који је у дотадашњим социјалистичким уређењима био непознат, а по многима и непотребан. Међутим, процес транзиције у Србији се у многоме разликовао од истог процеса у другим земљама истог друштвеног уређења. Позната је чињеница да је у нашој земљи транзиција заkasнила, посебно у поређењу са достигнутим степеном развоја транзиције у осталим бившим социјалистичким земљама. Кашњење реформских процеса од скоро једне деценије свакако је утицало и на профил, ток и резултате транзиције у Србији.²⁵ Иако је због флексибилније привреде, већег животног стандарда и одређеног нивоа личних права и слобода Србија имала бољу стартну позицију, низ фактора је утицао да се сада нађе иза било које друге земље у транзицији. То је за последицу имало изузетну конфликтност нашег друштва. Сам процес успостављања социјалног консензуса такође је по својој суштини конфликтан. То условљава природа овог процеса у коме сваки од актера полази од сопствених интереса, али у процесу усклађивања мора да се одрекне дела својих захтева и интереса, да би се постигао консензус о ономе што је заједнички интерес. У недостатку таквог консензуса социјални дијалог је најчешће само „мртво слово на папиру“. У основи успешног социјалног дијалога заправо стоји потреба успостављања социјалног партнерства за демократске промене и развој, свест „да смо сви на истом броду“, односно да постоји, уз све разлике, зона заједничког интереса послодаваца, синдиката и владе да дођу до стабилног и динамичног привредног и друштвеног развоја.²⁶ Дакле, социјални дијалог претпоставља јасно дефинисане улоге оних који у њему учествују. Због закаснеле транзиције ми заправо имамо партнере, где једино представници државе имају мање-више обликовану физиономију. Послодавци би требало по правилу да буду власници средстава за рад, дакле лица која суверено располажу имовином, што код нас није случај, тако да јасно дефинисаних интереса послодаваца још нема. На другој страни синдикати, као трећи партнер, углавном представљају сами себе, а не чврсто формиране струковне интересе запослених.²⁷

На крају, можемо да закључимо да се социјални дијалог односи на све облике преговора, консултација и размена информација између пред-

²⁵ М. Ђорђевић, П. Веселиновић, *Развојне карактеристике српске економије у периоду транзиције*, Школа бизниса, бр. 1/2010, Нови Сад 2010, стр. 22.

²⁶ З. Стојиљковић, С. Луковић, *Социјални дијалог и колективно преговарање* – Приручник за регионалне поверенике УГС „Независност“, УГС Независност, 2008, стр. 6.

²⁷ *Према стабилности и просперитету – Социјални дијалог у Србији и Бугарској: компаративна искуства две земље Југоисточне Европе*, оп. цит., стр. 29.

ставника послодаваца, радника и влада о питањима од заједничког интереса из домене друштвене или економске политике.²⁸ Смисао социјалног дијалога је уравнотежавање ефеката тржишне привреде и стварање услова за живот и рад грађана.²⁹ Према томе, то је моћан алат, који ако се ефикасно користи може омогућити друштву да превлада безброј проблема и изгради социјалну кохезију. Током периода економских промена и несигурности, социјални дијалог може имати кључну улогу у очувању постојећих и отварању нових радних места, као економски и друштвени приоритет.³⁰

Закључак

Актуелно стање индустријских односа у Србији карактерише постојање неусклађености између теоријске подлоге и практичне примене права на штрајк. Удружења запослених и послодаваца једва да могу да се брину саме о себи, а не о интересима својих чланова. Социјално-економски савет постоји само формално, јер се у пракси ретко састаје, а главне одлуке важне за положај запослених (и послодаваца) се доносе ван његовог утицаја. Управа за безбедност и заштиту на раду, као и Републичка агенција за мирно решавање радних спорова, на самом су почетку свог рада и са недовољно државне подршке за свој рад. Инспекција рада је константно у раскораку између повећања надлежности и смањивања кадровског и финансијског капацитета. Све то заједно чини Србију државом у којој право на штрајк нема добру подлогу за свој даљи развој.

Република Србија спада у правне системе које су уредиле право на штрајк посебним законом. Тај закон има доста мана. Непрецизна дефиниција појма штрајка, без довољно конкретних смерница о легалним захтевима штрајкача, као и доста нелогичности код неопходних услова за остваривање права на штрајк, говоре у прилог чињеници да је Закон о штрајку требало одавно мењати.

Сигурно највећи недостатак актуелног Закона о штрајку јесу велика ограничења везана за прописану обавезу одржавања минимума проце-

²⁸ R. Delarue, *Role of social partners in promoting sustainable development, inclusive growth and development*, ILO, 2012, стр. 5.

²⁹ Д. Стајић, „Приватизација у Србији између неолиберализма и социјалне државе – смисао социјалног дијалога у локалној средини – пример приватизације у Врању“, *Политичка ревија*, vol. 7, бр. 3, 2008, стр. 971.

³⁰ A. Cardoso, *Industrial relations, social dialogue and employment in Argentina, Brasil and Mexico*, ILO Employment and Strategy Papers, No. 7, Geneva, 2004, стр. 3.

са рада. Најпре, сувише је дуга листа делатности у којима је постављено то ограничење. Фактички, од нечега што би требало да представља изузетак од општег режима штрајка, ми смо направили правило јер у овим делатностима ради више од 50 процената од укупног броја запослених у Републици Србији. Још већа нелогичност је у одредбама које прописују начин одређивања минимума процеса рада, који је скоро у потпуности у рукама послодавца, односно оснивача. Све су то одредбе које би требало уподобити потребама Србије, али и принципа МОП-а о остваривању права на штрајк. У Србији је већ четири године у току израда новог Закона о штрајку, што представља одличну прилику да, бар у законској основи, Србија постане држава у којој се права и интереси радничке класе могу ефикасно штитити употребом или претњом употребе штрајка. Наравно, доношење новог, квалитетнијег закона ће бити од велике користи перспективи права на штрајк у Србији. Међутим, то само по себи неће бити и довољно. Без јачања социјалног дијалога, за шта су неопходан предуслов јаки и независни синдикати и удружења послодаваца, кроз јачање социјално-економског савета и праксе колективног преговарања, судских, а нарочито алтернативних метода решавања радних спорова које би морале бити крајњи филтер пре организовања штрајка, право на штрајк у Србији ће бити као кућа без темеља и без крова, а неартикулисано незадовољство радничке класе ће се и даље, и све више, исказивати радикалним и деструктивним протестима без великих шанси за успех, уместо опробаног, планираног, веома ефикасног и глобално признатог начина – организовањем штрајка.

**Bojan Urdarevic, Ph.D., Part-time professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac**

SOME DILEMMAS RELATED TO THE RIGHT TO STRIKE AND THE RIGHT TO COLLECTIVE BARGAINING IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The right to strike is not an absolute right according to the Constitution of Serbia, however, its dimensions are determined by a constitutional provision, which prescribes it as a right of the employees regulated either in compliance with the provisions of the law dealing with the right to strike or by a collective contract. Although the right to strike today belongs to the corpus of basic human rights, under certain circumstances it can be prohibited or limited by an obligation to fulfill certain conditions. A general prohibition of strikes is not in compliance with the principles of the freedom of association. However, even the international labor standards allow the possibility to either prohibit or limit the right to strike for a certain set of employees. National legislations are obliged to adjust their internal needs to limit the right to strike so as to comply with the international norms. Any venture out of the framework of internationally recognized conditions for the limitation of strike can become its opposite, a restriction on the rights of employees to exercise and protect their socio-economic rights to organize a (lawful) strike.

The author in this article is analyzing the right to collective bargaining as one of the basic collective rights of employees and employers thanks to whom employees have a possibility to be more successful in protecting their individual and collective rights and interests. Employees and trade unions are becoming partners which employers must respect, not only in the process of negotiation, but also in the case of resolving labour disputes. Collective bargaining is a useful and democratic instrument which can be used to overcome any disputes between employees and employer, and as such its very important for the functioning of the labour market.

Key words: *Strike, minimum of working process, collective bargaining, trade union, employer, collective contract.*

УДК: 342.98:35.087.3(497.11)

doi 10.7251/PR5017423B

Изворни научни чланак

КАДРОВСКИ ПЛАН И ПЛАНИРАЊЕ КАДРОВА У ДРЖАВНИМ ОРГАНИМА, ОРГАНИМА АУТОНОМНЕ ПОКРАЈИНЕ И ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Проф. др Радоје Брковић*
Александар Антић*

***Апстракт:** Планирање кадрова и кадровски план представљају активности чије је предузимање неопходно потребно ради квалитетног и ефикасног рада органа државне управе, аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе. Нераскидиво су повезани са планирањем буџетских средстава неопходних за рад претходно наведених органа. Кадровски план и планирање кадрова представљају практичну примену начела професионализације рада државних и локалних службеника. Измена кадровског плана мора се вршити заједно са променама, тј. ребалансом буџета. Планирање кадрова и кадровски план су у Републици Србији уређени различитим законским и подзаконским актима.*

***Кључне речи:** државни службеници, локални службеници, кадровски план, планирање кадрова, професионализација.*

Уводна разматрања

Планирање кадрова и средстава неопходних за функционисање одређене организације у буџету су готово нераскидиво повезани. Средства неопходна за исплату зарада запосленима и других новчаних примања на која имају право на основу релевантних правних аката директно су повезана са средствима у буџету организације у којој запосленим врше своје радне активности.

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

** Докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

Постојање кадровског плана услов је за израду другог правног акта изузетног значаја за радне односе код послодавца, тј. правилника о организацији и систематизацији радних места. На основу кадровског плана може се проценити потреба за новим запосленима на одређеним позицијама код послодавца, односно престанак потребе за запосленима у одређеним организационим јединицама од послодавца.

Израда кадровског плана директно је условљена изградом буџета, а та неупитна повезаност претходно наведена два акта прописана је одговарајућим одредбама Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе¹ и Закона о државним службеницима². Јавне установе, као и други организациони облици који се баве пружањем услуга у јавном сектору, немају ту обавезу. Дакле, њихова обавеза није прописана законом.

Управљање кадровима захтева предузимање активности које се међусобно повезују и допуњују и које су посредно или непосредно повезане с циљевима и пословним плановима организације.

Свака организација, укључујући и оне које су део јавног сектора у најширем теоретском смислу, биће онолико успешна, колико су квалитетни и успешни њени запослени. Из овога произлази да организација мора да подробно анализира постојеће кадровске ресурсе и планира евентуалне захтеве за новим кадровима.

Уколико се организација одлучи за ново запошљавање, мора имати обликован процес проналажења потенцијалних кандидата којима би могла попунити упражњена радна места и истовремено ефикасан систем селекције с којим би могла изабрати најприхватљивије нове сараднике.³ Такође, уколико у организацији престане потреба за радом запослених на појединим позицијама, неопходно је предвидети ту чињеничну ситуацију кадровским планом, како би се у буџету могла обезбедити финансијска средства неопходна за решавање вишка запослених (отпремнине, средства за преквалификацију, доквалификацију...).

Планирањем се одређује који су људски ресурси потребни организацији да би остварила своје стратешке циљеве, прописане законским, подзаконским и њеним општим актима, па зато се може рећи да правилно планирање у суштини представља одговор на следећа питања:

¹ Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, „Сл. гласник РС“, бр. 21/2016, даље – Закон.

² Закон о државним службеницима, „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005...99/2014.

³ Г. Миглич, *Проналажење и избор кадрова за државну управу*, DIAL, Београд, 2007, стр. 6.

Колико је људи потребно, какви су људи потребни и на којим позицијама у организацији?⁴ Постављањем таквих питања добијамо одговор о потребном броју запослених, о њиховој квалификационој структури и знањима, вештинама и способностима које они треба да поседују да би организација успешно пословала.⁵

При изради кадровских планова у организацијама јавног сектора постоји и један знатно сложенији задатак на страни креатора плана, имајући у виду да је њихова слобода у планирању ограничена нормативним актима чији је доносилац држава, односно субјект на који је она пренела надлежност за доношење правних норми повезаних са планирањем кадрова.

Претходно наведено ограничење производ је правне и фактичке чињенице, која се огледа у томе да организације јавног сектора за свој рад, у потпуности или у највећој мери, на директан или индиректан начин користе средства из буџета, као и да њихови запослени своје радне активности врше имајући у виду интерес организације чији су део али и јавни интерес, за разлику од запослених у организацијама приватног сектора, који своје радне активности врше имајући у виду, пре свега, интерес организације у којој раде.

Кадровски план је институт познат у нашем правном систему јер постоји већ десет година у систему државне управе. Уведен је доношењем Закона о државним службеницима. Ступањем на снагу Закона, кадровски план се уводи као нов институт у систем локалне самоуправе са циљем да се обезбеди благовремено планирање кадрова и да се запошљавање нових кадрова ограничи на расположива средства у буџету.

Професионалност службеника

Повећање послова из надлежности државних органа, јединица локалне самоуправе и територијалне аутономије, као и посматрања службе локалног и државног службеника као средства које треба да задовољи и остварује општи интерес, створило је потребу за професионалним државним и локалним службеницима. Такође, појава неких нових док-

⁴ Д. Јанковић, С. Леверда, М. Буквић, К. Берић, *Приручник за попуњавање радних места у локалној самоуправи*, Служба за управљање кадровима, Београд, 2017, стр. 4.

⁵ Г. Миглич, *Проналажење и избор кадрова за државну управу*, 2006, стр. 36.

трина у јавној администрацији, попут новог јавног менаџмента, убрзала је тај процес, с обзиром на то да настоје да уклоне разлике између јавног и приватног сектора. У случају професионализације локалних и државних службеника, утицај новог јавног менаџмента је позитиван. Међутим, у погледу утицаја на неке друге елементе статуса локалног и државног службеника он је негативан, а о чему ће бити накнадно више речи.

Повезаност пораста професионализације локалних и државних службеника и смањења политизације је директна. Уколико на избор, напредовање, рад и престанак радног односа локалних и државних службеника утичу политички изабрана лица онда службенички систем можемо означити као политизован.

Најчешће локални и државни службеници који обављају своје активности уз помоћ политичке подршке немају одговарајућа знања и искуства. Када се у службу бирају лица са одговарајућим знањима и искуствима, када она напредују на основу својих резултата, стручног образовања и усавршавања, а радни однос им престаје из разлога везаних за неодговарајуће обављање активности повезаних са њиховом надлежношћу, онда можемо службенички систем означити као неполитизован, тј. у њему нема утицаја политике и политичких изабраних лица на рад службеника, или је он занемарљив.⁶ Вршење послова који са собом носе одређена политичка овлашћења неспојиво је са предузимањем активности повезаних са јавном службом и сходно томе бројне државе предвиђају различите механизме којима забрањују службеницима обављање политичких функција, а све у циљу спречавања сукоба интереса.⁷

Професионализација локалних и државних службеника са собом носи мноштво изазова. Није упитна неопходност поседовања стручних знања и искустава при пријему у службенички однос. Међутим, она често изостаје током каснијег вршења послова из бројних разлога, често повезаних са недостатком новчаних средстава. Стога се често дешава да током свога радног века изостане усавршавање и образовање локалних и државних службеника, иако је оно неопходно у данашњим изазовним и променљивим временима. Професионалност државних и локалних службеника не постоји, уколико се она само ограничи на постојање неопходних услова за пријем у службу, она је потпуна само ако се током рад-

⁶ L. Stanova, *Central civil service management structures as brokers of de-politicization and evidence-based civil service management: A typology*, Human Affairs, Vol. 24, 2014, p. 308-309.

⁷ T. Braendle, A. Stutzer, *Selection of public servants into politics*, Journal of Comparative Economics 44 (2016), p. 697.

ног века државни и локални службеници стално образују, усавршавају, стичу нова знања и искуства.

Такође, професионалност се не сме ограничити само на руководеће и службенике на средњим позицијама у службеничком систему, она је најнеопходнија за службенике који се налазе на нижим позицијама с обзиром на то да они у своме раду имају свакодневни контакт са грађанима и представљају „лице“ своје службе. У супротном, може се доћи у опасност професионализације руководећих службеника, а депрофесионализације службеника који раде на извршилачким радним местима иако је баш њима најнеопходније стално образовање, усавршавање и стицање нових знања и искустава, с обзиром на то да се они непосредно старају о остваривању права и интереса грађана.⁸

У земљама које су неразвијене или су у развоју потреба за постојањем професионалног службеничког кадра је већа него у онима које се већ налазе на високом нивоу друштвене и економске развијености. Због тога што их често карактеришу велики сукоби између различитих економских и друштвених класа, припадника различитих нација, раса, религија и сиромаштво, потреба за професионалним службеницима у њима је есенцијална за опстанак и развој државе.⁹ Та потреба је најизразитија на локалном нивоу, с обзиром на то да су и проблеми који карактеришу сваку државу најизразитији на њему, а што чини државне и локалне службенике и најбитнијим за њихово решавање.

О квалитету једне државне и локалне управе умногоме говори ниво професионалности државних и локалних службеника. Она је посебно битна у системима које карактеришу честе промене правних прописа, с обзиром на то да им је за примену у свакодневном раду и за остварењу права и интереса грађана, који су њима предвиђени, потребно стално образовање и усавршавање. Примена и разумевање прописа, од стране државних и локалних службеника, један је од основних индикатора квалитета јединица локалне самоуправе и територијалне аутономије, с обзиром на то да нам говори о степену ефикасности најбитнијег дела кадрова у њој.¹⁰

⁸ M. N. Oordegraaf, M. Van Der Steen, M. Van Twist, *Fragmented or connective professionalism? Strategies for professionalizing the work of strategists and other (organizational) professional*, Public Administration Vol. 92, No. 1, 2014, p. 22-23.

⁹ E. M. Berman, *HRM in development: Lessons and frontiers*, Public Administration Development, Vol. 35, 2015, p. 113.

¹⁰ A. Mihail Titua, A. Ioana Vlad, *Quality Indicators in Reference to the Evaluation of the Quality Management of Services in Local Public Administration*, Procedia Economics and Finance, Vol. 16 (2014), p. 135.

На повећање професионалности државних и локалних службеника, осим интерних фактора у државним органима, јединицама локалне самоуправе и територијалне аутономије оличених у руководиоцима организационих јединица и политички изабраним лицима, могу утицати и фактори споља. Најчешће је то централна управа, односно њено тело које се бави стручним усавршавањем и оспособљавањем државних службеника или државни органи у ситуацијама када се одређени прописи не могу применити или права и интереси грађана не могу у пуној мери остваривати, због одсуства професионалних знања и искуства локалних службеника.

Међутим, због бројних интеграцијских процеса који карактеришу савремене државе, локалне самоуправе и територијалне аутономије, фактори утицаја на професионализацију државних и локалних службеника сада су често и међународне и регионалне организације. Због настојања да постану њихов део, или примене аката који их обавезују као чланове, претходно наведене наднационалне организације, често утичу на бројне аспекте државне и локалне управе, па између осталог и на професионализацију државних и локалних службеника.¹¹

Међутим, често са професионализацијом свих, па и државних и локалних службеника, неодвојиво иде и смањење запослених, реформа администрације и пословања органа у којима они врше своје активности. Упркос повећању професионализације у неким ранијим реформским процесима било је приметно неоправдано смањење броја запослених у органима управе, па чак је често професионализација службеника вршена током реформских процеса који су служили за рационализацију државне и локалне управе и то стихијски и неплански, а што није дугорочно утицало на промену нивоа професионалности службеника.¹²

Кадровски план у државним органима

Као што смо претходно изнели, институт кадровског плана у нашем правном систему уведен је Законом о државним службеницима.

¹¹ J. H. Meyer-Sahling, W. Lowe, C. van Stolk, *Silent professionalization: EU integration and the professional socialization of public officials in Central and Eastern Europe*, *European Union Politics* 17(1), 2016, pp. 164-165.

¹² J. Handelsman Shugerman, *The creation of the department of: Professionalization without civil rights or civil service*, *Stanford Law Review*, Vol. 66:121, January 2014, p. 127.

Кадровски план у државним органима састоји се од приказа броја државних службеника према радним местима и броја државних службеника са радним односом на неодређено време који су потребни у години за коју се кадровски план доноси, од приказа броја приправника чији се пријем планира и броја државних службеника чији се пријем у радни однос на одређено време планира због могућег повећања обима посла. Кадровским планом се планира и број намештеника чији је рад неопходан за успешно функционисање државног органа за годину за коју се доноси кадровски план.

Сваки државни орган припрема нацрт свог кадровског плана истовремено са припремом нацрта закона о буџету, тако да буде усклађен с њим, и нацрт доставља органу који припрема предлог кадровског плана. Дакле, установљена је повезаност између нацрта кадровског плана и нацрта буџета, имајући у виду да кадровски план зависи од финансијских средстава одређених за његово извршење.

Предлог кадровског плана за органе државне управе и службе Владе припрема Служба за управљање кадровима.

Предлог кадровског плана за судове и јавна тужилаштва припрема министарство надлежно за послове правосуђа.

Влада је уредбом о припреми кадровског плана у државним органима¹³ ближе уредила припрему нацрта и предлога кадровског плана у свим државним органима.

Кадровски план доноси се у року од 30 дана од дана доношења закона о буџету, у складу са средствима која су обезбеђена у буџету Републике Србије. У тренутку када се знају одређена средства неопходна за ангажовање запослених у државним органима, предлог кадровског плана се њима може уподобити уколико је то неопходно.

Кадровски план за органе државне управе и службе Владе доноси Влада, а кадровски план за судове и јавна тужилаштва министарство надлежно за послове правосуђа, након што прибави сагласност министарства надлежног за послове финансија.

У осталим државним органима кадровски план доноси руководиолац ако посебним прописом није друкчије одређено, након што прибави сагласност министарства финансија.

Кадровски план састоји се од збирних и појединачних података за државне органе које обухвата.

¹³ Уредба о припреми кадровског плана у државним органима, „Сл. гласник РС“, бр. 8/2006.

Сваки државни орган спроводи део кадровског плана који се на њега односи.

За спровођење кадровског плана одговоран је руководиоцац.

Такође, морамо напоменути да се при изради кадровског плана за 2018. годину у обзир мора узети и максимални број запослених прописан за сваки државни орган у складу са одлуком о максималном броју запослених на неодређено време у систему државних органа, систему јавних служби, систему Аутономне покрајине Војводине и систему локалне самоуправе за 2017. годину¹⁴.

Кадровски план у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе

Кадровски план састоји се од приказа броја запослених према радним местима и звањима, броја запослених са радним односом на неодређено време који су потребни у години за коју се доноси кадровски план, број приправника чији се пријем планира и број запослених чији се пријем у радни однос на одређено време планира у кабинету изабраног лица у органу аутономне покрајине као и у кабинету градоначелника, председника општине, односно председника градске општине или због повећања обима посла.

На основу кадровског плана, доноси се правилник о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места, односно измене и допуне тог правилника.

Нацрт кадровског плана припрема се у складу са буџетским календаром, истовремено са нацртом буџета аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, тако да буде усаглашен са средствима обезбеђеним буџетом.

Кадровски план за аутономну покрајину усваја надлежни орган аутономне покрајине истовремено са одлуком о буџету.

Кадровски план у јединици локалне самоуправе усваја скупштина града, општине, односно градске општине истовремено са одлуком о буџету јединице локалне самоуправе, односно градске општине.

¹⁴ Одлука о максималном броју запослених на неодређено време у систему државних органа, систему јавних служби, систему Аутономне покрајине Војводине и систему локалне самоуправе за 2017. годину, „Сл. гласник“ бр. бр. 61/2017 од 23.6.2017. године.

Измена кадровског плана може се вршити у случају измене одлуке о буџету.

Директна повезаност кадровског плана и буџета у случају аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе огледа се у свим фазама израде ових аката, од нацрта, предлога па до њихове измене. Као и у случају државних органа, она је производ неопходности усклађења потребе за запосленима са расположивим буџетским средствима за ту намену.

Садржај кадровског плана у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе

Кадровски план састоји се од табеларног дела и образложења.

Табеларни део кадровског плана приказује:

1) постојећи број службеника и намештеника по сваком положају, сваком звању и свакој врсти радних места који су у радном односу на неодређено време;

2) постојећи број службеника и намештеника по сваком звању и свакој врсти радних места који су у радном односу на одређено време због повећаног обима посла;

3) постојећи број службеника и намештеника по сваком звању и свакој врсти радних места који су у радном односу на одређено време у кабинету градоначелника, председника општине, односно председника градске општине;

4) постојећи број приправника по степенима стручне спреме;

5) број службеника и намештеника по сваком положају, сваком звању и свакој врсти радних места за који се планира да ће бити у радном односу на неодређено време у години за коју се кадровски план доноси;

6) број службеника и намештеника по сваком звању и свакој врсти радних места чији се пријем у радни однос на одређено време планира због повећаног обима посла у години за коју се кадровски план доноси;

7) број службеника и намештеника по сваком звању и свакој врсти радних места чији се пријем у радни однос на одређено време планира у кабинету градоначелника, председника општине, односно председника градске општине у години за коју се кадровски план доноси;

8) број приправника по степенима стручне спреме чији се пријем планира у години за коју се кадровски план доноси.

Потребно је нагласити да се у постојећем броју запослених у делу који се односи на радна места службеника и намештеника приказује искључиво број и структура запослених који су у радном односу на неодређено време у месецу децембру, а не број и структура службеника и намештеника из правилника о организацији и систематизацији радних места.

У делу који се односи на број и структуру службеника и намештеника запослених на одређено време због повећаног обима посла како у постојећем тако и у планираном броју, приказују се искључиво запослени који су у радном односу због привремено повећаног обима посла, који постојећи број запослених не може да изврши, најдуже на шест месеци у току једне године имајући у виду члан 70 став 1 тачка 2) Закона. То значи да се у овом делу кадровског плана не приказује број и структура запослених који су у радном односу на одређено време због замене одсутног запосленог до његовог повратка, по основу уговора о привременим и повременим пословима и уговора о делу.

Такође, морамо напоменути да се при изради кадровског плана за 2018. годину у обзир мора узети и максимални број запослених прописан за Аутономну покрајину Војводину и јединице локалне самоуправе са одлуком о максималном броју запослених на неодређено време у систему државних органа, систему јавних служби, систему Аутономне покрајине Војводине и систему локалне самоуправе за 2017. годину.

Образложење је саставни део кадровског плана. У образложењу кадровског плана наводе се подаци о остварењу кадровског плана за текућу годину, при томе се пре свега мисли на податке о премештају службеника са напредовањем или без њега, о спроведеним интерним и јавним конкурсима, преузимање службеника од другог послодавца и о начину престанка радног односа запослених.

У образложењу се наводе разлози због којих треба да се повећа или смањи број службеника и намештеника у радном односу на неодређено време и разлози због којих треба да се њихова радна места другачије опишу и разврстају.

Уколико се планира да се службеници и намештеници примају у радни однос на одређено време због повећаног обима посла, у образложењу кадровског плана треба навести разлоге због којих се очекује повећан обим посла.

Такође, у образложењу кадровског плана може да се наведу подаци и о запосленом којем мирују права и обавезе које се стичу на раду и по основу рада и да ли се очекује његов повратак на рад у години за коју се доноси кадровски план.

Нацрт кадровског плана у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе

Нацрт кадровског плана припрема се у складу са буџетским календаром, истовремено са нацртом буџета јединице локалне самоуправе, тако да буде усаглашен са средствима обезбеђеним буџетом, као што смо већ претходно истакли.

Нацрт кадровског плана органа заснива се на процени остварења кадровског плана за текућу годину, промени пословних процеса која се планира у органу и потреби да се повећа или смањи број службеника и намештеника и да се њихова радна места другачије опишу и разврстају због тога што се мења начин рада и обим послова органа.

Нацрт кадровског плана припрема Служба за управљање људским ресурсима, односно запослени који обавља послове управљања људским ресурсима. У поступку припреме кадровског плана неопходна је сарадња службе за управљање људским ресурсима, односно запосленог који обавља послове управљања људским ресурсима (у даљем тексту: служба) са руководиоцима основних и ужих организационих јединица у општинској/градској управи, општинским/градским правобраниоцем, руководиоцима стручних служба и посебних организација општине/града, као и са службеницима који су надлежни за припрему и извршење буџета.

Служба припрема нацрт кадровског плана општинске/градске управе.

Општинско/градско правобранилаштво, стручне службе и посебне организације сами припремају нацрт свог кадровског плана и достављају га служби.

Служба припрема обједињени нацрт кадровског плана општинске/градске управе, општинског/градског правобранилаштва, стручних служби и посебних организација.

У обједињеном нацрту кадровског плана најпре се приказују подаци за општинску/градску управу, па потом за општинско/градско правобранилаштво, за стручне службе и посебне организације и на крају збирни подаци за општинску/градску управу, општинско/градско правобранилаштво, стручне службе и посебне организације.

Закључак

Управљање људским ресурсима у јединицама локалне самоуправе и територијалне аутономије односи се на различите активности које се примењују на све запослене, како на службенике, тако и намештенике.

Посебна овлашћења поводом управљања људским ресурсима Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе пренета су у надлежност Аутономној покрајини Војводини.

Кадровски план сваке организације нераскидиво је повезан са њеним буџетом.

Планирање потреба за новим запошљавањем, као и смањење радних места нераскидиво су повезани са одговарајућим средствима у буџету за њихову реализацију.

У правном систему Србије кадровске планове морају израђивати државни органи, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.

За разлику од организација у приватном сектору, њихова слобода је ограничена тиме што послове врше у јавном интересу и што се у потпуности или претежно финансирају из буџетских средстава.

При изради кадровског плана за 2018. годину, неопходно је узети у обзир и одлуку о максималном броју запослених на неодређено време у систему државних органа, систему јавних служби, систему Аутономне покрајине Војводине и систему локалне самоуправе за 2017. годину, тј. имати у виду максимални број запослених одређен организацији која кадровски план израђује.

Кадровски план претходи изради правилника о организацији и систематизацији радних места. Као и његово доношење, тако и његова измена директно је повезана са изменом буџета, због неопходности усаглашавања између запослених за којима постоји потреба и средствима опредељеним за њихове зараде и друга примања.

Литература и извори

- Г. Миглич, *Проналажење и избор кадрова за државну управу*, DIAL, Београд, 2007.
- Г. Миглич, *Проналажење и избор кадрова за државну управу*, 2006.
- Д. Јанковић, С. Леверда, М. Буквић, К. Берић, *Приручник за попуњавање радних места у локалној самоуправи*, Служба за управљање кадровима, Београд, 2017.
- Е. М. Berman, *HRM in development: Lessons and frontiers*, Public Administration Development, Vol. 35, 2015, p. 110-122.
- Ј. Н. Meyer-Sahling, W. Lowe, С. van Stolk, *Silent professionalization: EU integration and the professional socialization of public officials in Central and Eastern Europe*, European Union Politics 17(1), 2016, pp. 162-178.
- Ј. Handelsman Shugerman, *The creation of the department of: Professionalization without civil rights or civil service*, Stanford Law Review, Vol. 66:121, January 2014, p. 123-138.
- Л. Stanova, *Central civil service management structures as brokers of de-politicization and evidence-based civil service management: A typology*, Human Affairs, Vol. 24, 2014, p. 302-318.
- М. N. Oordegraaf, М. Van Der Steen, М. Van Twist, *Fragmented or connective professionalism? Strategies for professionalizing the work of strategists and other (organizational) professional*, Public Administration Vol. 92, No. 1, 2014, p. 20-35.
- Мihail Titua, А. Ioana Vlad, *Quality Indicators in Reference to the Evaluation of the Quality Management of Services in Local Public Administration*, Procedia Economics and Finance , Vol. 16 (2014), p. 131-148.
- Т. Braendle, А. Stutzer, *Selection of public servants into politics*, Journal of Comparative Economics 44 (2016), p. 693-706..
- Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, „Сл. гласник РС“, бр. 21/2016.
- Закон о државним службеницима, „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005...99/2014.
- Уредба о припреми кадровског плана у државним органима, „Сл. гласник РС“, бр. 8/2006.
- Одлука о максималном броју запослених на неодређено време у систему

државних органа, систему јавних служби, систему Аутономне покрајине Војводине и систему локалне самоуправе за 2017. годину, „Сл. гласник“ бр. бр. 61/2017 од 23.6.2017. године.

**Radoje Brković, PhD, Full Professor at the Faculty of Law
of the University in Kragujevac
Aleksandar Antić, PhD candidate
at the Faculty of Law in Kragujevac**

STAFFING AND PLANNING OF STAFF IN STATE BODIES, AUTONOMOUS PROVINCE BODIES AND LOCAL SELF- GOVERNMENT UNITS

Summary

Personnel planning and staffing plan are activities that need to be undertaken for the purpose of quality and efficient work of state administration bodies, autonomous provinces and local self-government units. They are inextricably linked to the planning of the budgetary resources necessary for the work of the aforementioned authorities. Staffing and personnel planning represent the practical application of the principle of professionalisation of the work of state and local officials. The change of the personnel plan must be carried out together with the changes, i.e. rebalance of the budget. Personnel planning and staffing plan in the Republic of Serbia are regulated by various legal and by-laws.

Key words: *civil servants, local officials, staffing plan, personnel planning, professionalization.*

ZAŠTITA PRAVA RADNIKA U SLUČAJU PROMJENE POSLODAVCA

Dr. sc. Ivana Grubešić*

Apstrakt: Istraživanje je usmjereno ka utvrđivanju minimalnih prava radnika prilikom promjene poslodavca, a u skladu sa principom očuvanja stečenih prava. Princip očuvanja stečenih prava radnika osnov je usvajanja Direktive o stečenim pravima radnika. Primjena Direktive u praksi rezultirala je usvajanjem mnogobrojnih presuda Suda EU, koje su bile svojevrsni pokretač evolutivnog prilagođavanja ovog instituta stalnim promjenama na tržištu. Uspostavljanje osnovnih prava – prava na očuvanje individualnih i kolektivnih prava radnika, prava na informisanje i konsultovanje tokom postupka transfera, i zaštite od otkaza – dovelo je i do otvaranja pitanja koncepta pravnog prenosa, odgovornosti za otkaz, granica primjene ugovora o radu, kolektivnog ugovora i drugih akata općeg karaktera, sa svrhom uspostavljanja ravnoteže između načela očuvanja stečenih prava radnika i poslovnih interesa poslodavca. U ovom pogledu istraživanje će biti usmjereno i ka utvrđivanju stepena zaštite stečenih prava radnika i u entitetskom radnom zakonodavstvu, uzevši u obzir da je došlo do značajnih promjena usvajanjem Zakona o radu FBiH i Zakona o radu RS 2016. godine.

Ključne riječi: prenos preduzeća, stečena prava, Direktiva o stečenim pravima, ugovor o radu, kolektivni ugovori, informisanje i konsultovanje, nezakoniti otkaz

Uvod

Promjena poslodavca u radnom odnosu rezultat je dinamičkih procesa u nacionalnim i međunarodnim okvirima na tržištu poslovnih aktera, te dovo-

* Docentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

di do višestrukih pravnih, ekonomskih i socijalnih posljedica. Iako promjena poslodavca kao fizičkog ili pravnog lica, u smislu prenosa ili transfera preduzeća, dijela preduzeća ili dijela posla sa poslodavca prethodnika na poslodavca sljednika, podrazumijeva primjenu instituta kompanijskog prava, pitanje pravnog regulisanja socijalne dimenzije predmetom je radnopravne regulative, za što je povećan stepen interesovanja iskazan tek posljednjih nekoliko desetljeća. Ovo je vidljivo prije svega u evropskim državama, gdje je presudnu ulogu imala Evropska unija, koja je odgovarajućim pravnim instrumentima u okviru svoje socijalne politike nastojala ublažiti negativne posljedice stvaranja zajedničkog tržišta robe, kapitala, osoba i usluga.

Temelj pravnog uređenja socijalne dimenzije nalazimo u načelu očuvanja stečenih prava (*ius quaesitum*), što u okviru radnog odnosa u kojem je došlo do promjene jedne ugovorne strane (poslodavca) podrazumijeva kako očuvanje statusa radnika, tako i prava i uslova pod kojima su prava ostvarivana kod poslodavca prethodnika, a sada kod poslodavca sljednika. Ne smije se zanemariti ni položaj radnika i njihovih predstavnika u samom postupku promjene poslodavca, gdje isti, korištenjem svojih tzv. transfernih prava, obezbjeđuju i odgovarajući nadzor nad poštovanjem socijalne dimenzije ovog procesa.

Institut prava radnika u slučaju promjene poslodavca dobio je svoj pravni okvir u radnom zakonodavstvu FBiH tek 2016. godine, dok je radno zakonodavstvo RS uređivalo ovaj institut sa dvije zakonske odredbe, te se detaljnijoj regulaciji pristupilo usvajanjem Zakona o radu 2016. godine. Ovim korakom nastoje se obezbijediti i minimalni zahtjevi u pogledu sigurnosti zaposlenja koje postavlja Evropska unija pred Bosnom i Hercegovinom u okviru postanka punopravne članice. Ipak, postojeća regulativa nije bez nedostataka, te će istraživanje imati za cilj da se predstave minimalni prihvaćeni standardi u pogledu zaštite statusa i prava radnika na međunarodnom i evropskom nivou, te da li entitetski zakoni o radu obezbjeđuju dovoljan stepen zaštite radnika tokom i nakon promjene poslodavca.

Pravno uređenje zaštite radnika u slučaju promjene poslodavca

U komparativnom radnom zakonodavstvu susreću se različiti pristupi načelu stečenih prava radnika u slučaju promjene poslodavca. Francusko radno zakonodavstvo još od 1928. godine predviđa obavezu očuvanja postojećih radnih odnosa i prava radnika u slučaju promjene pravnog statusa poslodavca,

gdje poslodavac sljednik ne samo da ima obavezu zadržavanja radnika poslodavca prethodnika, nego i pravo da ih zadrži, jer se time obezbjeđuje pravilno i efikasno poslovanje preduzeća koje je preuzeo.¹ Drugačiji pristup zauzet je u zakonodavstvu SAD, gdje NLRA² ne predviđa izričito prava radnika po ovom pitanju, ali članom 8(d) predviđa se mogućnost kolektivnog pregovaranja o pitanjima plate, radnih sati i drugih uslova rada, te ukoliko neko pitanje nije nezakonito, a može biti podvedeno pod navedene stavke, može biti i predmetom kolektivnog pregovaranja. Time i pitanje zaštite statusa i prava radnika kod novog poslodavca može biti predmetom kolektivnog pregovaranja, što je potvrđeno i u slučaju *Fibreboard Paper Product Corp. v. NLRB*, gdje se ovo pitanje smatra obaveznim predmetom pregovaranja. Ipak, Vrhovni sud je uspostavio test ravnoteže, navodeći da „pregovaranje o menadžerskim odlukama koje imaju značajan utjecaj na kontinuiranu dostupnost zaposlenja će biti obavezno samo ukoliko dobrobit za odnose rad–menadžment i kolektivno pregovaranje prevaže teret smješten na strani provođenja poslovanja“³. Drugačiji pristup bio je prisutan u britanskom zakonodavstvu prije usklađivanja sa unijskim pravom, u kojem se nije predviđala obaveza poštovanja stečenih prava iz radnog odnosa sa poslodavcem prethodnikom. Ovakav stav temeljio se na teoriji da je radni odnos ličnog karaktera, odnosno, ugovor *intuitu personae*, te se kao takav ne može prenijeti na novog poslodavca.⁴

Različit pristup nacionalnih prava jedan je od razloga što pitanje zaštite stečenih prava radnika nije postalo i predmetom regulisanja neke od konvencija Međunarodne organizacije rada. Zaštita stečenih prava nije predviđena niti nekom od preporuka MOR-a, međutim, Preporuka br. 129 o komunikaciji unutar preduzeća iz 1967. godine predviđa informisanje radnika i njihovih predstavnika o općoj situaciji u preduzeću i perspektiva i planovima za budući razvoj (tačka 15(2)(j)), te obrazlaganje odluka koje će najvjerojatnije utjecati direktno ili indirektno na položaj zaposlenika u preduzeću (tačka 15(2)(k)), što podrazumijeva i informisanje radnika ili njihovih predstavnika o budućoj promjeni poslodavca, ali im ne garantuje zaštitu stečenih prava. S obzirom na to da je u pitanju preporuka kao neobavezujući pravni akt, čak i ovako ograničeno pravo ne predstavlja obavezu za implementaciju državama potpisnicama.

¹ Catherine Barnard, *EU Employment Law* (4th edition), Oxford University Press, 2012, str. 578.

² National Labour Relations Act, 49 Stat. 449, 1935 (NLRA).

³ Joshua M. Henderson, „The Institutional and Normative Significance of the European Union’s Acquired Rights Directive“, *George Washington Journal of International Law and Economics*, Vol. 29, str. 824.

⁴ Catherine Barnard, op. cit., str. 578.

Zaštita stečenih prava nije našla svoje mjesto ni u pravnim aktima Vijeća Evrope. Revidirana Evropska socijalna povelja predviđa „pravo na blagovremeno informisanje i konsultovanje radnika ili njihovih predstavnika o prijedlozima odluka poslodavca koje imaju značajan utjecaj na interese radnika, a naročito one odluke koje imaju značajan utjecaj na situaciju u pogledu zapošljavanja u preduzeću“.⁵ Dakle, nije predviđena izričita zaštita stečenih prava, nego pravo radnika ili njihovih predstavnika da putem prava na informisanje i konsultovanje obezbijede sigurnije uslove rada u slučaju promjene poslodavca.

Najveći utjecaj na uvođenje minimalnih standarda zaštite stečenih prava radnika imala je Evropska unija. Osnivanje zajedničkog tržišta EEZ potaklo je vršenje transfera preduzeća i dijelova preduzeća, što je dovelo do razmatranja ujednačavanja sistema zaštite položaja zaposlenika nakon provedenog transfera/promjene poslodavca. Tako je već 1977. godine usvojena Direktiva br. 77/187/EEC o stečenim pravima⁶, kojom se uočava potreba da se, kako se navodi u Preambuli „nužno obezbijedi zaštita zaposlenika u slučaju promjene poslodavca, a posebno, da se obezbijedi zaštita njihovih prava“. Direktiva je pretrpjela značajnije izmjene 1998. godine, u cilju njenog usklađivanja sa postojećom praksom Suda EU, a 2001. godine usvojena je i konsolidovana verzija, radi boljeg razumijevanja i primjene iste, koja je danas u primjeni.⁷ Direktivom se predviđa trostruka zaštita zaposlenika putem:

a) prenosa svih prava i obaveza prema zaposlenicima sa prethodnog na novog poslodavca u slučaju transfera (čl. 3 Direktive);

b) zaštite zaposlenika od otkaza zbog transfera od strane prethodnog ili novog poslodavca (čl. 4 Direktive);

c) prava predstavnika zaposlenika na informisanje i konsultovanje u pogledu predstojećeg transfera (čl. 7 Direktive).

Direktiva se ne primjenjuje na stečena prava iz oblasti dodatnog penzionog i invalidskog osiguranja uspostavljenog izvan okvira obaveznog socijalnog osiguranja predviđenog propisima te države (čl. 3(4)), te na slučajeve

⁵ Čl. 21(1)(b) Revidirane evropske socijalne povelje (CETS No.163, Strasbourg, 3. 5. 1996, entry into force 1. 7. 1999).

⁶ Council Directive No. 77/189/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, Official Journal L 061, 5. 3. 1977. (Acquired Rights Directive).

⁷ Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, Official Journal L 82, 22. 3. 2001.

kada je pokrenut stečajni ili sličan postupak radi nesolventnosti poslodavca prethodnika a u cilju likvidacije njegove imovine (čl. 5).

Direktivi se najviše zamjera parcijalna harmonizacija pitanja zaštite zaposlenika, s obzirom na to da Direktiva „nije namijenjena uspostavljanju jednakog stepena zaštite prava zaposlenika u Zajednici, temeljeći se na jedinstvenim kriterijima“, kako navodi i Sud EU u presudi *Danmols Inventar*.⁸ To je vidljivo npr. u slučaju definisanja pojma „zaposlenik“, što je prepušteno nacionalnim zakonodavstvima, prema čl. 2 (1)(d) Direktive, kao i u slučaju definisanja pojma „predstavnik zaposlenika“ (čl. 1(1)(c)), pojma „zaposlenje“ ili „radni odnos“ (čl. 2(2)).

Iako je ovaj institut poznat već dugi niz godina u većini evropskih država, sve do 2016. godine bio je regulisan samo u radnom zakonodavstvu Republike Srpske.⁹ Zakon o radu FBiH do 2016. godine nije predviđao posebne odredbe kojima bi se ostvarilo načelo stečenih prava radnika u slučaju promjene poslodavca. Ipak, pitanje zaštite prava moglo je biti predmetom informisanja i konsultovanja vijeća zaposlenika ili sindikata prema Zakonu o vijeću zaposlenika FBiH, kojim se predviđa obavezno konsultovanje prije donošenja važnih odluka koje se odnose na značajne promjene, planu zapošljavanja, premještanju i otkazu, ali i drugim pitanjima koja su predviđena kolektivnim ugovorima.¹⁰ Polazeći od toga da poslodavac nije obavezan postupiti u skladu sa prijedlogom vijeća zaposlenika ili sindikata nakon konsultovanja, uvijek postoji mogućnost onemogućavanja ostvarenja stečenih prava kod poslodavca sljednika. Tek se usvajanjem Zakona o radu FBiH 2016. godine predviđa obaveza poštovanja stečenih prava, odnosno, prenosa svih prava koje je radnik ostvario kod poslodavca prethodnika do dana prenosa ugovora o radu, kod novog poslodavca.¹¹ Zakon o radu RS, usvojen također 2016. godine¹², detaljnije uređuje postupak prenosa prava radnika, posvećujući ovom institutu Poglavlje X od šest članova.¹³ Bez obzira na evidentne razlike u entitetskom zakonodavstvu, ista se vode osnovnim principom, jednako kao i Direktiva – očuvanje stečenih prava radnika.

⁸ C-105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar* [1985] ECR 1119, para. 14. (Catherine Barnard, *EU employment law*, Oxford University Press, 2012, str. 580).

⁹ Čl. 33 Zakona o radu (prečišćeni tekst), „Službeni list RS“ br. 55/07.

¹⁰ Čl. 23 Zakona o vijeću zaposlenika, „Službene novine FBiH“ br. 38/04.

¹¹ Čl. 117 Zakona o radu, „Službene novine FBiH“ br. 26/16.

¹² Zakon o radu RS, „Službeni list RS“ br. 1/16

¹³ Čl. 154–159 ZOR RS.

Definisanje termina „promjena poslodavca“

Kako je prethodno istaknuto, definisanje pojma „promjene poslodavca“ nalazi svoje mjesto u kompanijskom pravu, a odnosi se na statusne promjene pravnih lica – privrednih subjekata, čiji je pravni osnov ugovor između privrednog društva prethodnika i sljednika.

Ipak, ovakav pristup nije odgovarajući ukoliko se uzme u obzir da postoje i drugi pravni osnovi promjene poslodavca (sudska odluka, administrativni akt), te se smatra da u kontekstu zaštite zaposlenika usljed promjene poslodavca, prenos/transfer se treba šire tumačiti, jer uključuje i ugovorni i upravni i sudski transfer.¹⁴

Na formiranje ovakvog stava, danas prihvaćenog u većini evropskih država, presudnu ulogu odigrao je Sud EU. Ovo je pitanje koje je bilo u najvećoj mjeri predmetom tumačenja pred nacionalnim sudovima i Sudom EU, što je preduslov za materijalno područje primjene Direktive. To je rezultiralo sa preko 40 do danas usvojenih presuda Suda EU u postupku prethodnog odlučivanja.¹⁵ Tako je Sud EU prvo mišljenje o pojmu transfera preduzeća dao u slučaju *Spijkers*¹⁶ 1986. godine, navodeći niz faktora koji¹⁷, promatrajući ih u cjelini, mogu biti definisani pojmom „transfer preduzeća“, ističući kao ključni kriterij da postoji „ekonomski entitet koji zadržava svoj identitet“.¹⁸ U ovom pravcu Sud je išao dalje i u slučaju *Sützen*¹⁹ 1997. godine, gdje je definisao pojam preduzeća u svrhu primjene Direktive²⁰, priklanjajući se organizacionom modelu preduzeća, tipičnog za njemačko pravo.²¹ Sud je zauzeo i ekstenzivno tumačenje u pogledu pojma „pravnog transfera“ u slučaju *Abels*²², a kasnijim presudama potvrdio je da pravni osnov pravnog transfera ne mora

¹⁴ Branko Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu* (2. izdanje), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 554.

¹⁵ Gavin Barrett, „Light acquired on acquired rights: examining developments in employment rights on transfers of undertakings“, *Common Market Law Review*, Vol. 42, 2005, str. 1053.

¹⁶ Case 24/85, *Spijkers*, [1986] ECR 1119.

¹⁷ Listu faktora koji su od značaja za utvrđivanje postojanja transfera preduzeća pogledati u: Commission services' working document, Memorandum on rights of workers in cases of transfers of undertakings, URL: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2444&langId=en>, str. 3.

¹⁸ Amandine Garde, „Recent developments in the law relating to transfers of undertakings“, *Common Market Law Review*, Vol. 39, 2002, str. 524.

¹⁹ C-13/95, *Sützen*, [1997] ECR I-1259.

²⁰ Tako prema tački 13 presude *Sützen*, preduzeće je „stabilan ekonomski entitet čija aktivnost nije ograničena na izvršavanje jednog određenog ugovora. Entitet se stoga odnosi na organiziranu grupaciju lica i sredstava koja omogućavaju izvršenje ekonomske aktivnosti usmjerene na određeni cilj“.

²¹ Gavin Barrett, op. cit., str. 1056.

²² C-135/85 *Abels* [1985] ECR 469.

uvijek biti ugovor, nego i administrativni ili zakonodavni akt ili sudska odluka.²³ Tumačenja Suda EU uzeta su u obzir prilikom donošenja konsolidovanog teksta Direktive 2001. godine, što je vidljivo iz same definicije pojma transfera preduzeća, čl. 1(1)(b) „transferom se u smislu ove Direktive smatra transfer privrednog subjekta koji zadržava svoj identitet, znači organizirano grupiranje resursa koje ima za cilj obavljanje privredne djelatnosti, bez obzira na to je li ta djelatnost glavna ili sporedna”. Transfer može biti “rezultat pravnog prenosa ili spajanja ili pripajanja”, prema čl. 1(1)(a) Direktive, te je Sud jasno dao do znanja da se prilikom određivanja razloga transfera i činjenice da li je isti predmet primjene Direktive, ne smije koristiti jezičko tumačenje, s obzirom na različitosti u jezičkim varijantama implementirane Direktive u pravo država članica, što je pokazao u čak dvadeset presuda u pogledu tumačenja osnova transfera.²⁴

Zakon o radu FBiH u članu 117 naznačava sljedeće osnove prijenosa ugovora o radu u slučaju promjene poslodavca:

a) statusne promjene poslodavca (pripajanje, spajanje, podjela, nasljeđivanje u slučaju obrtnika),

b) promjene u skladu sa zakonom – pravni posao (prodaja, zamjena, poklon, zakup, unošenje preduzeća kao uloga u društvo),²⁵

c) promjena vlasništva nad kapitalom poslodavca.

Jednaki osnovi predviđeni su i Zakonom o radu RS, gdje se u članu 154 navodi da „u slučaju statusne promjene kod poslodavca, odnosno promjene poslodavca ili vlasništva nad poslodavcem, u skladu sa zakonom, poslodavac sljedbenik preuzima od poslodavca prethodnika opšte akte i sve ugovore o radu koji važe na dan promjene poslodavca“. Na ovaj način, jednako je kao i u ZOR FBiH predviđen ekstenzivniji pristup po pitanju osnova prenosa radnog odnosa, odnosno, ne ograničava se na pravne osnove predviđene propisima kompanijskog prava, a što je u skladu sa minimalnim standardima Direktive o stečenim pravima.

Entitetsko radno zakonodavstvo ograničilo je definisanje pojma promjene poslodavca isključivo na navođenje osnova takve promjene, ali bez predviđanja opće definicije prenosa poslodavca, kako je učinjeno u Direktivi. Dok se u Direktivi naglašava da promjena poslodavca podrazumijeva „eko-

²³ Catherine Barnard, op. cit., str. 584.

²⁴ Listu relevantnih presuda pogledati u: Commission services' working document, Memorandum on rights of workers in cases of transfers of undertakings, str. 4–6.

²⁵ Primjeri navedenih osnova preuzeti iz: Jasminka Gradašćević-Sijerčić, *Komentar Zakona o radu Federacije Bosne i Hercegovine*, Privredna štampa, Sarajevo, 2016, 284.

nomski entitet koji zadržava svoj identitet“, što je, uzimajući za primjer, u hrvatskom radnom zakonodavstvu implementirano kao obaveza zadržavanja gospodarskog identiteta prenesenog preduzeća, dijela preduzeća, gospodarske djelatnosti ili dijela gospodarske djelatnosti²⁶, ovaj aspekt prenosa promjene poslodavca prepušten je tumačenju prilikom primjene samog zakona. Tako npr. Sud EU u skorijem periodu sklon je vezati pojam prenosa ekonomskog identiteta sa prenosom materijalne i nematerijalne imovine²⁷, međutim, u sektoru uslužnih djelatnosti, naglasak je na samoj radnoj snazi, tako da prenos imovine ne igra ključnu ulogu²⁸. Na koji način će se pristupiti tumačenju promjene poslodavca, pored razmatranja pravnog osnova, ostaje da pokaže praksa u budućem periodu.

Personalno područje primjene relevantnih propisa

U postupku promjene poslodavca mogu se izdvojiti četiri strane koje nastoje zaštititi svoje interese: poslodavac prethodnik, poslodavac sljednik, radnici i predstavnici radnika. Svaka od navedenih strana ima svoju ulogu u određenoj fazi postupka, odnosno, u pogledu zaštite prava radnika tokom i nakon provedenog postupka.

Poslodavac prethodnik je svako fizičko ili pravno lice koje prestaje biti poslodavac iz razloga pravnog transfera ili spajanja, bez obzira na to da li se radi o privatnom ili javnom preduzeću, koje obavlja ekonomske aktivnosti, bez obzira da li posluje za dobit ili ne.²⁹ Ova definicija rezultat je višegodišnje prakse Suda EU, te se ne odnosi na tijela javne uprave, odnosno, njihovu reorganizaciju i prenos nadležnosti. Jednake kriterije mora ispuniti i poslodavac sljednik, a označava svako fizičko ili pravno lice koje, zbog transfera, postaje novi poslodavac u preduzeću, dijelu preduzeća, gospodarskoj aktivnosti ili dijelu gospodarske aktivnosti, prema članu 2(1)(b) Direktive.

Jednako se pristupa regulisanju pojma poslodavca prethodnika i u radnom zakonodavstvu FBiH, gdje se poslodavac definiše kao svako fizičko ili

²⁶ Čl. 137 Zakona o radu Republike Hrvatske, „Narodne Novine“ br. 93/14.

²⁷ Pogledati više o ovoj problematici u: Monika Schlachter (ur.), *EU labour law (A Commentary)*, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, str. 430.

²⁸ Opširnije o ovome pogledati u: Gavin Barret, „Light acquired on acquired rights: examining developments in employment rights on transfers of undertakings“, *Common Market Law Review*, Vol. 42, 2005, str. 1064.

²⁹ Roger Blanpain, *European Labour Law* (14th edition), Kluwer Law International, The Netherlands, 2014, str. 844.

pravno lice koje radniku daje posao na osnovu ugovora o radu (čl. 5 ZOR FBiH). Drugačiji pristup zauzet je u zakonodavstvu RS, gdje ZOR RS definiše poslodavca kao „domaće ili strano pravno, odnosno fizičko lica kod kojeg se radnik nalazi u radnom odnosu po jednom od pravnih osnova iz člana 1. stav 2. ovog zakona“ (čl. 5(2) ZOR RS), a kao osnov radnog odnosa navodi se „zaključivanje ugovora o radu, odluka o prijemu, odluka o izboru i imenovanju i drugi pravni osnov uređen posebnim zakonom“ (čl. 1(2) ZOR RS). Da se pojam poslodavca prethodnika ne odnosi samo na privredna društva naglašeno je i članom 159 ZOR RS, kojim se ističe da se odredbe o promjeni poslodavca primjenjuju i za slučaj promjene vlasništva nad kapitalom privrednog društva ili drugog pravnog lica. U ovom kontekstu, druga pravna lica mogu biti javne ustanove, službe, javna preduzeća u vlasništvu ili većinskom vlasništvu RS.³⁰

Najviše zamjerki upućeno je Direktivi o stečenim pravima zbog prepuštanja definisanja pojmova „radnik“ i „predstavnic radnika“ nacionalnim zakonodavstvima, što je posljedica parcijalne harmonizacije koja se nastoji postići Direktivom. U ovom slučaju neće se dakle primjenjivati koncept pojma radnika uspostavljen unijskim pravom, već onaj predviđen nacionalnim zakonodavstvom, odnosno, Direktiva će se primjenjivati na ona lica koja nacionalni propis prepoznaje i štiti kao radnika (čl. 2(1)(c) i čl. 2(1)(d)), bez obzira na to da li je to lice u ugovornom odnosu sa poslodavcem ili ne³¹. Ipak, Direktivom se ističe u članu 2(2) kako se iz njene primjene ne smiju isključiti grupe radnika koji se nalaze u fleksibilnijim formama radnih odnosa (sa nepunim radnim vremenom, na određeno vrijeme, ili su privremenog karaktera). Ono što je relevantno je da su prepoznati kao radnici u nacionalnom zakonodavstvu u trenutku vršenja transfera, odnosno, promjene poslodavca, i da prihvataju prelazak radnog odnosa kod novog poslodavca. Trenutak kada odgovornost za provođenje poslovnih aktivnosti sa poslodavca prethodnika prelazi na poslodavca sljednika uzima se kao određujući trenutak prelaska odgovornosti za radne odnose, pa se ne može odgađati niti pomjerati na bilo koji način.³² Trenutak prelaska odgovornosti na novog poslodavca je značajan i zbog činjenice da radnici do tada treba da se odluče da li odbijaju prelazak kod novog poslodavca. To je jedno od transfernih prava radnika, koje mu se ne može uskratiti. Direktiva ne predviđa izričito ovo pravo, ali je Sud EU u

³⁰ Rajko Kličković, Borislav Radić, *Komentar Zakona o radu Republike Srpske*, Centar za demokratizaciju društva, Banja Luka, 2016, str. 217.

³¹ Monika Schlachter (ur.), op. cit., str. 434.

³² Catherine Barnard, op. cit., str. 604.

slučaju *Katsikas*³³ potvrdio pravo radnika da odbiju prenos svog radnog odnosa, istovremeno ne garantujući pravo radnika da ostaje u radnom odnosu sa poslodavcem prethodnikom.³⁴

Entitetska radna zakonodavstva predviđaju primjenu odredaba o zaštiti stečenih prava jednako na sve radnike u radnom odnosu, bez utvrđivanja dodatnih kriterija u pogledu dužine trajanja njihovog radnog odnosa, radnog vremena i sl., što je u skladu i sa zahtjevima Direktive. Da bi došlo do prenosa ugovora o radu, poslodavac prethodnik, kako je predviđeno u oba entitetska zakona o radu, mora ispuniti svoje transferne obaveze prema radnicima – obavijestiti ih o budućoj promjeni i dati im mogućnost izjašnjenja o prenosu njihovog radnog odnosa na novog poslodavca. Dakle, sam prenos ugovora o radu na novog poslodavca se ne vrši po sili zakona.³⁵ Međutim, zakoni ne navode koliko vremena prije promjene poslodavca radnici moraju biti obaviješteni o istom, te se prepušta poslodavcu prethodniku da odredi odgovarajući trenutak, kao i rok u kojem se radnici moraju izjasniti o prenosu ugovora.³⁶ Šutnja radnika u tom pogledu smatra se odbijanjem prenosa na novog poslodavca, ali, kao i u slučaju Direktive, tako i entitetski zakoni ne predviđaju zaštitu od otkaza za radnike koji su odbili prenos ugovora.

Značajnu ulogu u zaštiti interesa radnika u postupku promjene poslodavca, te nakon provođenja iste, imaju predstavnici zaposlenika. Direktiva jasno ističe da je i ovo pitanje, jednako kao i u slučaju određenja pojma radnika, prepušteno nacionalnom zakonodavstvu i praksi. Međutim, Sud EU je u slučaju *Commission v. UK* istakao da „odredba čl. 2(c) nije jednostavni renvoi koji samo upućuje na nacionalno zakonodavstvo u pogledu imenovanja predstavnika radnika. Ono ostavlja u zadatak državama članicama da postignu sporazume u okviru kojih će se imenovati predstavnici zaposlenika koji će biti informisani i konsultovani u skladu sa Direktivom“. Predstavnici radnika ne samo da imaju značajnu ulogu u postupku promjene poslodavca, nego im se prema čl. 6 Direktive garantuje i kontinuirano vršenje funkcije predstavljanja i kod novog poslodavca, pod jednakim uslovima koji su važili kod poslodavca prethodnika. U ovom pogledu ZOR RS detaljnije pristupa regulisanju položaja predstavnika radnika u postupku promjene poslodavca, ovlašćujući reprezentativni sindikat da provede postupak informisanja i konsultovanja

³³ Cases C-132, 138 and 139/91 *Katsikas, Skreb and Schroll* [1992] ECR I-6577.

³⁴ Amandine Garde, „Partial Harmonisation and European Social Polity: A Case Study on the Acquired Rights

Directive“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 5 (2002–2003), str. 180.

³⁵ Jasminka Gradašević-Sijerčić, op. cit., str. 285.

³⁶ Rajko Kličković, Borislav Radić, op. cit., str. 214.

(čl. 158). S druge strane, ZOR FBiH ne predviđa učešće predstavnika zaposlenika u postupku promjene poslodavca, ali Zakonom o vijeću zaposlenika predviđeno je obavezno konsultovanje sa vijećem zaposlenika ili, u slučaju njihovog nepostojanja, reprezentativog sindikata.

Pravo na informisanje i konsultovanje u postupku promjene poslodavca

Jedno od transfernih prava radnika (pored prava da odbiju prelazak kod novog poslodavca) jeste i učešće u postupku promjene poslodavca, uobičajeno putem svojih predstavnika. Odluka o promjeni, odnosno prenosu preduzeća ili njegovog dijela nesporno je odluka poslodavca na koju predstavnici radnika ne mogu utjecati u smislu onemogućavanja samog transfera, ali, u komparativnom radnom pravu susreće se omogućavanje određenog stepena učešća predstavnika zaposlenika u postupku promjene a u cilju ublažavanja negativnih posljedica po radnike. Učešće se uobičajeno svodi na informisanje i konsultovanje predstavnika zaposlenika, međutim, opseg ovih prava varira između nacionalnih zakonodavstava, kao i način njihovog provođenja.

Postupak promjene poslodavca jedan je od prvih ad hoc slučajeva u okviru kojeg je garantovano pravo na informisanje i konsultovanje u pravu Evropske unije³⁷. Direktiva predviđa obavezu blagovremenog informisanja o predstojećem transferu predstavnika zaposlenika a u iznimnim situacijama i zaposlenika direktno³⁸, a informacije se odnose na sljedeće:

- a) datum ili predloženi datum prijenosa,
- b) razlozi za prijenos,
- c) pravne, ekonomske i socijalne implikacije prijenosa za zaposlenike,
- d) sve predviđene mjere u pogledu radnika.

Pojam blagovremenosti informisanja tumači se na način da poslodavac mora pružiti informacije dovoljno rano da bi predstavnici zaposlenika mogli efikasno provesti konsultovanje³⁹. Ovo je u skladu i sa obavezom da se kon-

³⁷ Pored usvojene Direktive br. 77/187/EEC o stečenim pravima, usvojena je i Direktiva br. 75/129/EEC 75/129/EEZ od 17. 2. 1975. o usklađivanju zakonodavstava država članica u odnosu na kolektivno otkazivanje, a kojom se također predviđa pravo na informisanje i konsultovanje.

³⁸ Pravo na informisanje u kontekstu ove direktive imaju zaposlenici direktno, u slučaju da iz opravdanih razloga nisu imenovani predstavnici zaposlenika, te se ovo javlja kao izuzetak od pravila da se postupak informisanja provodi prema predstavnicima zaposlenika (ovaj izuzetak ne obuhvata i pravo na konsultovanje) (pogledati više u: Karl Riesenhuber, *European employment law – a systematic exposition*, Intersentia ltd, UK, 2012, str. 602).

³⁹ Tako je npr. reformom francuskog Zakona o radu – CT-a od 2013. godine, uspostavljen vremenski

sultovanje mora provoditi u cilju postizanja sporazuma (iako isti nije predviđen i kao obaveza).⁴⁰ Predviđanje arbitražnog postupka u cilju postizanja kompromisnog rješenja po pitanju socijalnih mjera rijetko se susreće u propisima država članica, jer iste Direktiva navodi kao mogućnost a ne obavezu implementiranja (ovu mogućnost predviđa njemačko pravo).⁴¹

Poslodavac neće moći izbjeći postupak informisanja i konsultovanja i u slučaju da odluku donosi preduzeće koje ga kontrolira, te se postupak provodi pod istim uvjetima (čl. 7(4) Direktive), u skladu sa relevantnim tumačenjem u presudama Suda EU usvojenim prilikom tumačenja Direktive o kolektivnim otkazima.

Pravo na informisanje i konsultovanje predviđeno je i entitetskim radnim zakonodavstvom. Pored toga što predviđa pravo na informisanje reprezentativnog sindikata o istim pitanjima kao i Direktiva, ZOR RS u članu 158(2) predviđa i obavezu saradnje sa sindikatom o preduzimanju mjera u cilju ublažavanja socijalno-ekonomskih posljedica na položaj radnika. Socijalne posljedice nisu ništa drugo nego mogući višak radne snage, način i mjere njegovog zbrinjavanja, dok ekonomske posljedice podrazumijevaju pitanje plate i njene visine, način ostvarenja, naknade i druga prava materijalnog karaktera.⁴² Ova obaveza se mora provesti najmanje 15 dana prije planirane promjene poslodavca. Ne tako detaljan pristup uređenju ovog pitanja zauzet je u radnom zakonodavstvu FBiH, gdje ZOR FBiH ne predviđa odredbe o informisanju i konsultovanju radnika, ali Zakon o vijeću zaposlenika navodi pravo na konsultovanje u slučaju značajnih promjena u radnoj sredini, tako da se opća pravila o provođenju prava na konsultovanje primjenjuju i na slučaj promjene poslodavca. ZOR FBiH u ovom pogledu izričito predviđa jedino pravo na informisanje radnika pisanim putem o budućim promjenama.

okvir vršenja postupka konsultovanja, koji treba početi najkasnije tri dana nakon objavljivanja odluke o planiranoj transakciji od strane francuskog organa uprave ili Evropske komisije, što implicira obavezu obezbjeđenja informacija i u ranijem vremenskom periodu, a u cilju pripreme za postupak konsultovanja vijeća zaposlenika (David Jonin, Francis Kessler, "Concentration and merger transactions: information and consultation to the works council in French law", IUSLabor, 3/2014, str. 4.).

⁴⁰ A. C. L. Davies, *EU labour law*, Elgar European law, Cheltenham, UK, 2012, str. 241.

⁴¹ Branko Lubarda, op. cit., str. 556.

⁴² Rajko Kličković, Borislav Radić, op. cit., str. 216.

Zaštita stečenih individualnih radnih prava radnika

Prilikom promjene poslodavca dolazi do potpunog preuzimanja prava i obaveza prema radnicima od strane poslodavca sljednika. Ugovori o radu nastavljaju proizvoditi pravna dejstva ali sada prema novom poslodavcu⁴³, onemogućavajući na taj način pogoršanje položaja radnika usljed promjene ugovorne strane. Neka evropska zakonodavstva predviđaju i mogućnost zajedničke odgovornosti poslodavca prethodnika i sljednika za ostvarenje prava radnika kroz određeni vremenski period (šest mjeseci u Portugalu, tri godine u Španiji), ali, ova mogućnost postoji u malom broju država.⁴⁴ Na ovaj način jača se položaj radnika, s obzirom na to da bi radnici imali mogućnost npr. upućivanja tužbenog zahtjeva i protiv poslodavca prethodnika i sljednika, te bi na taj način bili sigurni da će ostvariti svoja prava u slučaju kada nisu sigurni ko je odgovoran za njihovo ostvarenje.⁴⁵

Prenos *svih prava i obaveza* poslodavca prethodnika prema radnicima na poslodavca sljednika širok je koncept i kao takvome je i Sud EU pristupao u svom tumačenju. Da bi ispoštovao sve preuzete obaveze prema radnicima iz radnog odnosa, poslodavac sljednik mora poštovati i opće pravne akte poslodavca prethodnika a kojima se utvrđuju prava i uslovi njihovog provođenja prema radnicima. Ovo je istaknuto u slučaju *Rask*⁴⁶, kada je poslodavac sljednik promijenio datum isplate i strukturu plate (poslodavac je prestao isplaćivati naknadu za odjeću i cipele radnicima), iako je visina plate ostala ista. Sud EU zauzeo je stav da je poslodavac sljednik na taj način promijenio uslove ostvarenja prava radnika, što je suprotno cilju člana 3(1) Direktive.⁴⁷ Sličan stav zauzeo je i u slučaju *Collino i Chiaperro*⁴⁸, određujući da poslodavac sljednik mora poštovati beneficije radnika utvrđene kolektivnim ugovorom putem kojih se obračunavaju prava radnika finansijske prirode, poput dužine radnog staža, ali, istovremeno, Direktiva ne zabranjuje poslodavcu sljedniku da promijeni uslove radnog odnosa u skladu sa radnim zakonodavstvom te države.⁴⁹

⁴³ Branko Lubarda, op. cit., str. 556.

⁴⁴ Catherine Barnard, op. cit., str. 606.

⁴⁵ Amandine Garde, op. cit., str. 546.

⁴⁶ C-209/91, *Watson Rask and K. Christensen v. ISS Kantineservice A/S* [1993] ECR I-05755.

⁴⁷ Catherine Barnard, op. cit., str. 605.

⁴⁸ C-343/98, *Renato Collino and Luisella Chiaperro v. Telecom Italia SpA* [2000] ECR I-6659.

⁴⁹ Roger Blanpain, op. cit., str. 872.

Specifičan slučaj u kontekstu određenja prava predstavlja slučaj *Boor*⁵⁰. Gđa Boor radila je u privatnom pravnom licu koje obezbjeđuje usluge obrazovanja i prekvalifikovanja nezaposlenih lica, te je prelaskom ovih funkcija u nadležnost države Luksemburga, također i njen radni odnos prešao u javnu službu, čime je i ona promijenila status u status javnog službenika. Ipak, došlo je do drastičnog smanjenja plate, s obzirom na to da novi poslodavac nije uzeo u obzir dužinu njenog radnog staža kod prethodnog poslodavca. Sud EU ocijenio je da promjena poslodavca koja podrazumijeva prelazak radnog odnosa iz privatnog pravnog lica u javno pravno lice (administrativnu službu) nije izuzeto iz područja primjene Direktive, s obzirom da se ne radi o prelasku administrativnih nadležnosti između organa javne vlasti⁵¹, te na to da je neprihvatanje prethodnog radnog staža suprotno duhu Direktive, pod uslovom da se dužina radnog staža državnih službenika također uzima u obzir prilikom obračuna plate.

Stoga, poslodavcu sljedniku se zabranjuje mijenjanje uslova radnog odnosa preuzetim radnicima, osim ukoliko promjena nije u skladu sa propisima, i pod uslovom da promjena nije u uzročno-posljedičnoj vezi sa samim transferom/preuzimanjem⁵². Poslodavac sljednik može mijenjati uslove radnog odnosa ukoliko su ispunjena navedena dva uslova, ali postavlja se pitanje kada promjena uslova nije u uzročno-posljedičnoj vezi sa samim transferom, tj. da li treba proći određeni vremenski period od promjene poslodavca, ili se uzimaju u obzir drugi kriteriji prilikom određivanja bliskosti između promjena uslova radnih odnosa i samog transfera? Sud EU pokušao je dalje obrazložiti svoj stav, dijelom ublažen (u korist poslodavca sljednika), da su promjene koje idu na štetu radnika a u vezi su sa transferom, dopuštene ukoliko nisu znatne (slučaj *Delahaye*⁵³), odnosno, ukoliko gledajući cjelokupna pravila i uslove (u slučaju kolektivnih ugovora) ista nisu manje povoljna u odnosu na situaciju kod poslodavca prethodnika (slučaj *Scatollon*⁵⁴).

Prenos i poštovanje individualnih radnih prava radnika i entitetsko radno zakonodavstvo također predviđa kao osnovnu obavezu poslodavca sljednika. Kako se navodi u čl. 117 ZOR FBiH, „svi ugovori o radu koji važe na dan promjene poslodavca, uz pisanu saglasnost radnika, prenose se na novog

⁵⁰ C-425/02, *Johanna Maria Boor v. Ministre de la Fonction publique et de la Reforme administrative* [2004] ECR I-10838

⁵¹ Roger Blanpain, op. cit., str. 873.

⁵² Tako Sud EU zaključuje u slučajevima *Martin* (C-4/01 [2003] ECR I-12859) i *Daddy's Dance Hall* (C-324/86 [1988] ECR 739), pogledati više u: Catherine Barnard, op. cit., str. 607.

⁵³ C-425/02, *Delahaye* [2004] ECR I-10823.

⁵⁴ C-108/10, *Scatollon* [2011] ECR I-0000.

poslodavca (poslodavac pravni sljednik)⁵⁵. Drugačija formulacija primjenjuje se prilikom određenja obaveza poslodavca sljednika, gdje se u članu 154 navodi da „poslodavac sljedbenik preuzima od poslodavca prethodnika opšte akte i sve ugovore o radu koji važe na dan promjene poslodavca“. Ovakva formulacija je znatno šira u odnosu na onu koju predviđa ZOR FBiH, gdje se ne navodi izričito prenos svih opštih akata poslodavca, a kojima se detaljnije uređuju individualna prava radnika navedena u ugovorima o radu. Ipak, ukoliko se primijeni ciljno tumačenje ove odredbe, čija je svrha očuvanje stečenih prava radnika, a na što upućuje i odredba člana 117(2) ZOR, da „radnik čiji se ugovor o radu prenese na način iz stava 1 ovog člana, zadržava sva prava iz radnog odnosa koja je stekao do dana prenosa ugovora o radu“, tada novi poslodavac mora primijeniti odredbe općih pravnih akata poslodavca prethodnika, a u cilju potpunog izvršenja obaveze postovanja stečenih prava radnika. Ovo se odnosi i na način ostvarenja tih prava, njihovu strukturu, način obračuna prava finansijskog karaktera i sl.

Prihvatljivije rješenje predvidio je ZOR RS, koji navodi preuzimanje i općih pravnih akata, dakle, ne samo pravilnika o radu i kolektivnog ugovora, nego i pravilnika o unutrašnjoj organizaciji, odluka o rasporedu ili preraspodjeli radnog vremena i sl.⁵⁶ U ovom pogledu, dio odgovornosti snosi i poslodavac prethodnik – on je obavezan poslodavca sljednika istinito i potpuno obavijestiti o pravima i obavezama iz općeg akta i ugovora o radu koji se prenosi (čl. 155 ZOR RS).

Zaštita stečenih kolektivnih radnih prava radnika

U skladu sa načelom stečenih prava radnika, poslodavac sljednik dužan je poštovati kolektivna radna prava radnika koja su uživali u trenutku promjene poslodavca. Naime, pored prenosa ugovora o radu, u novu radnu sredinu prenosi se i kolektivni ugovor primijenjen na radnike do trenutka promjene poslodavca.

Jednako navodi i Direktiva o stečenim pravima u članu 3(3) gdje ograničava njihovu primjenu do dana njihovog ukidanja, isteka, usvajanja novog kolektivnog ugovora, ili na rok koji ne može biti kraći od godinu dana, ukoliko tako utvrde države članice. Vremensko ograničavanje primjene kolektivnog ugovora poslodavca prethodnika je opravdano, s obzirom na to da poslo-

⁵⁵ Prenos kolektivnih ugovora na poslodavca sljednika uređen je članom 148 ZOR FBiH.

⁵⁶ Rajko Kličković, Borislav Radić, op. cit., str. 213.

davac sljednik nije učestvovao u postupku kolektivnog pregovaranja niti je potpisnik ugovora. Istovremeno, ostavlja se dovoljno prostora da predstavnici radnika provedu novi postupak pregovaranja sa poslodavcem sljednikom.

Primjena kolektivnog ugovora od strane poslodavca sljednika izazvala je određene dileme u praksi, na koje je Sud EU nastojao odgovoriti kroz svoju praksu. U slučaju kada poslodavac sljednik nije potpisnik kolektivnog ugovora (npr. sektorski ugovor), a isti se izmijeni nakon postupka promjene poslodavca, da li će se na radnike čiji je radni odnos prenesen kod poslodavca sljednika primjenjivati nove odredbe kolektivnog ugovora? Sud EU zauzeo je statičan stav da se odredbe kolektivnog ugovora izmijenjene nakon postupka transfera neće primjenjivati od strane poslodavca sljednika koji nije njihov potpisnik, što je dodatno obrazložio i u slučaju *Werhof*.⁵⁷

Drugačiji problem predstavlja postojanje više kolektivnih ugovora, odnosno, situacija gdje i poslodavac sljednik već primjenjuje kolektivni ugovor na svoje radnike. Neke države, poput Španije, predviđaju primjenu odredaba kolektivnog ugovora radnika poslodavca sljednika i na radnike poslodavca prethodnika nakon transfera, ukoliko su te odredbe povoljnije za njih u odnosu na njihov kolektivni ugovor kakav su primjenjivali kod poslodavca prethodnika.⁵⁸ Mnogo je problematičnija situacija u kojoj poslodavac sljednik želi primijeniti svoj kolektivni ugovor na premještene radnike poslodavca prethodnika. Sud EU nije bio potpuno suprotstavljen ovom rješenju, što je potvrdio i u slučaju *Scatolon*, gdje navodi da ukoliko je poslodavac sljednik već pokriven drugim kolektivnim ugovorom, na premještene radnike mogu biti primijenjene njegove odredbe sve dok to nema za cilj ili posljedicu „nametanja tim radnicima uslova koji su, cjelokupno gledajući, manje povoljni u odnosu na one primijenjene prije transfera“.⁵⁹

Jednaku obavezu poštovanja kolektivnih radnih prava radnika od strane poslodavca sljednika susrećemo i u entitetskom zakonodavstvu. Ipak, vremensko trajanje poštovanja te obaveze nije jednako uređeno. ZOR FBiH navodi, u članu 148, obavezu poštovanja kolektivnog ugovora koji je važio za radnike kod poslodavca prethodnika do usvajanja novog kolektivnog ugovora kod poslodavca sljednika. Logično je zaključiti i da će jedan od razloga prestanka primjene kolektivnog ugovora poslodavca prethodnika biti i istek vremena na koje je zaključen taj kolektivni ugovor (najduže tri godine prema članu 140(2) ZOR FBiH). ZOR FBiH ne pominje rok obaveznog važenja odredaba kolektivnog ugovora, nakon kojeg se kolektivni ugovor može pre-

⁵⁷ C-499/04, *Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG* [2006] ECR I-2397.

⁵⁸ Catherine Barnard, op. cit., str. 608.

⁵⁹ C-108/10, *Scatolon* [2011] ECR I-0000, para. 78.

stati primjenjivati, što znači da će poslodavac sljednik morati također poštovati zakonski rok od tri godine. Za razliku od rješenja predviđenog u FBiH, ZOR RS članom 157 predviđa rok od najmanje jedne godine obavezne primjene kolektivnog ugovora, nakon koje poslodavac sljednik može prestati primjenjivati odredbe, ali i produžiti njegovu primjenu ukoliko to želi. Također, do prestanka primjene kolektivnog ugovora može doći i istekom vremena njegovog važenja, koji je također tri godine prema čl. 252. ZOR RS, ili usvajanjem novog kolektivnog ugovora. U ovom pogledu povoljnije rješenje za radnike predviđa ZOR FBiH, ali, u praksi je veća vjerovatnoća da će poslodavac sljednik pokrenuti postupak kolektivnog pregovaranja sa sindikatom u cilju usvajanja novog kolektivnog ugovora, nego što će tri godine primjenjivati kolektivni ugovor poslodavca prethodnika i čekati prestanak njegovog važenja *de lege*. Cjelokupno gledajući, oba rješenja entitetskih zakona su u skladu sa minimalnih zahtjevima koje postavlja Direktiva o stečenim pravima radnika.

Zaštita radnika od otkaza

Propisi o prenosu stečenih prava radnika kod poslodavca sljednika ne bi imali svrhe da se ne predviđa i zaštita radnika od otkaza usljed promjene poslodavca. Naime, u uslovima budućih promjena, poslodavac prethodnik može se odlučiti za davanje otkaza radnicima ukoliko poslodavac sljednik već ima radnike u radnom odnosu te nije zainteresovan za njihovo preuzimanje. S druge strane, poslodavac sljednik može otkazati ugovore o radu preuzetim radnicima jer za njega predstavlja preveliko opterećenje poštovanje individualnih i kolektivnih prava radnika prenesenih od poslodavca prethodnika. Ovakvi otkazi, koji su u osnovi uzrokovani prenosom, nezakonitog su karaktera. Takav stav zauzet je u Direktivi o stečenim pravima, gdje, prema članu 4(1) „prenos preduzeća, pogona ili dijela preduzeća ili pogona sam po sebi prenositelju ili preuzimatelju ne daje osnov za otpuštanje s radnoga mjesta“. Da bi se prenos smatrao razlogom za otkaz ugovora o radu, mora koincidirati sa otkazom ili biti vremenski blizak sa istim. U ovom pogledu, smatrat će se da je otkaz uzrokovan prenosom i kao takav nezakonit ukoliko poslodavac prethodnik raskine radni odnos sa radnicima i prije informisanja o skoro planiranom prenosu, i bez namjere da se njihovi radni odnosi prenesu na novog poslodavca. Takav stav potvrdio je Sud EU u slučaju *Jules Dethier Equipement*⁶⁰ smatrajući poslodavca sljednika odgovornim za nezakoniti raskid radnih od-

⁶⁰ Case C-319/94, *Jules Dethier Equipement* [1998] ECR I-1061.

nosa.⁶¹ Jednako smatra i u slučaju angažmana radnika od strane poslodavca sljednika nedugo nakon što su isti otpušteni od strane poslodavca prethodnika i nakon provedenog transfera (slučaj *Bork*⁶²), jer se na ovaj način želi spriječiti kontinuitet u trajanju radnog odnosa i provođenje stečenih prava. Sud EU zaključuje da je otkaz bio nezakonit i da će se smatrati da do njega nije ni došlo te da su radni odnosi preneseni zajedno sa pravima i obavezama.⁶³

Kao preduslov za utvrđivanje odgovornosti poslodavca sljednika za raskid radnog odnosa uzrokovanog prenosom (transferom), ne mora uvijek biti raskid iniciran od strane poslodavca. I u slučaju kada radnik raskida radni odnos, iz razloga uvođenja takvih promjena u uslovima rada koje mu idu na štetu i ne želi ostati u radnom odnosu, takav otkaz će se pripisati transferu, te će se poslodavac sljednik smatrati odgovornim. Promjene moraju biti značajnog karaktera i moraju ići na štetu radnika, a podrazumijevaju nuđenje radniku lošijih uslova rada kao u slučaju snižavanja visine plate ili odbijanje garancije da će se prethodno postojeće beneficije i dalje održati.⁶⁴ Ipak, prepušteno je državama članicama da utvrde kakva će biti sudbina samog ugovora o radu.

Direktiva pravi izuzetak te navodi da se neće smatrati nezakonitim raskid ugovora o radu iz organizacionih, tehničkih i ekonomskih razloga, međutim, prepušta državama članicama da utvrde uslove i način provođenja istog (čl. 4(1) Direktive).

Entitetski zakoni o radu ne predviđaju posebne odredbe kojima se raskid radnog odnosa određuje kao nezakonit ukoliko je jedini njegov razlog promjena poslodavca. U tom pogledu radnici su izloženi mogućim zloupotrebama od strane kako poslodavca prethodnika tako i sljednika⁶⁵. Entitetski zakoni o radu navode na koji način mogu prestati radni odnosi (čl. 94 ZOR FBiH, čl. 175 ZOR RS) te se kakav otkaz smatra zakonitim od strane poslodavca (čl. 96 ZOR FBiH, čl. 179 ZOR RS). Promjena poslodavca se ne smatra razlogom za zakoniti otkaz, te je prepušteno tumačenju suda da, u svakom konkretnom slučaju, razmatranjem relevantnih činjenica i ocijeni da li se raskid radnog odnosa nalazi u bliskoj vezi sa prenosom, tj. da je prenos jedini razlog otkaz radniku, što je u skladu sa težnjama koje postavlja Direktiva o stečenim pravima. U ovom kontekstu, prilikom ocjene dokaza, sud mora uzeti u obzir i specifične okolnosti postupka promjene poslodavca i prenosa radnih odnosa u kontekstu principa zaštite stečenih prava radnika.

⁶¹ Amandine Garde, op. cit., str. 547.

⁶² Case 101/87, *P. Bork International*, [1988] ECR 3057.

⁶³ Gavin Barrett, op. cit., 1093.

⁶⁴ Tako je Sud EU potvrdio u slučaju *Merckx i Neuhuys* (vidjeti više u: Roger Blanpain, op. cit., str. 881).

⁶⁵ Jasminka Gradašević-Sijerčić, op. cit., str. 285.

Zaključak

Kako je istraživanje pokazalo, princip stečenih prava radnika u slučaju promjene poslodavca standard je koji je u evropskim državama prihvaćen kao nužna protuteža sve dinamičnijim promjenama izazvanim stvaranjem zajedničkog tržišta Evropske unije. Da se ne radi o statičnom pravnom institutu govori i činjenica da je Direktiva o stečenim pravima radnika izmijenjena više puta, implementirajući uvijek iznova nova tumačenja Suda EU. Iako je Direktiva u ovom slučaju akt parcijalne harmonizacije, potakla je brojne rasprave o specifičnim pravnim problemima kakvi se susreću u slučaju promjene poslodavca i granicama zaštite interesa radnika.

Preko pedeset presuda Suda EU rezultat je nastojanja da se na odgovarajući način ostvari zaštita stečenih individualnih i kolektivnih prava radnika, idući u korak sa specifičnim vrstama ugovora između poslodavca prethodnika i sljednika, koji imaju za posljedicu destabilizaciju radnopravnog statusa i snižavanje standarda uslova rada. Ekstenzivno i ciljno tumačenje kojem se priklanjao Sud EU doveli su do uspostavljanja definicija pojma pravnog transfere, koja je prihvaćena i u entitetskom radnom zakonodavstvu BiH. Sud EU dalje je razjasnio i ulogu predstavnika za zaposlenike, pa, iako prepušta definisanje istih nacionalnim zakonodavstvima, utvrđuje smjernice za njihovo djelovanje tokom provođenja postupka transfere. Značajan doprinos Sud EU je ostvario ekstenzivnim tumačenjem koncepta prenosa „svih prava i obaveza“, ograničavajući princip stečenih prava jedino propisima država članica i uzročno-posljedičnom vezom sa prenosom, uvodeći kriterije ograničenja u primjeni prenesenih kolektivnih ugovora, te proširenjem koncepta nezakonitog otkaza za koji je odgovoran poslodavac.

Ovakav pristup Suda EU pitanju zaštite zaposlenika usljed promjene poslodavca nije ostao bez posljedica i u entitetskom zakonodavstvu BiH. Ovaj institut tek je 2016. godine uveden u Zakon o radu FBiH, a proširen u Zakonu o radu RS, nastojeći implementirati minimalne standarde predviđene Direktivom o stečenim pravima. Ipak, postojeća pravna rješenja nisu bez nedostataka, poput nepostojanja opće definicije koncepta prenosa/transfere, detaljnijeg navođenja informacija koje poslodavac prethodnik mora obezbijediti radnicima i njihovim predstavnicima u radnom zakonodavstvu FBiH, ali, vodeći se načelom stečenih prava i ciljnim tumačenjem propisa, ista se mogu prevazići prilikom primjene od strane samih poslodavaca, te, u konačnici, od strane nadležnih sudova.

Ivana Grubešić, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law of the University in Zenica

PROTECTION OF WORKER'S RIGHTS IN THE CASE OF CHANGE OF EMPLOYER

Summary

The aim of the research is to determine the basic workers' rights in the case of the change of employer (transfer of undertaking) in accordance with the principle of retaining the acquired rights. This principle is at the core of the adoption of the Acquired Rights Directive. The Directive's application has resulted in the adoption of numerous decisions by the Court of the EU which served as the instigator of this institute's evolutionary adjustment to the constant changes in the market. Instituting the basic rights, which include the right to retain acquired individual and collective workers' rights, the right to information and consultation during the transfer and protection from dismissal, has raised the issues of the concept of legal transfer, responsibility for dismissal, the scopes of the employment contract, collective agreement and other general legal acts, upon whose resolution a balance should be attained between the principle of preserving the workers' acquired rights and the employer's corporate interests. In this respect the research shall also endeavor to determine the degree of protection of workers' acquired rights in the entities' respective labor laws, bearing in mind that there have been significant changes brought about by the passing of the Labor Law of FBiH and its counterpart in the RS in 2016.

Key words: *transfer of undertaking, acquired rights, Acquired Rights Directive, employment contract, collective agreement, information and consultation, unlawful dismissal*

ЗАШТИТА МОРАЛНОГ ИНТЕГРИТЕТА РАДНИКА СА ОСВРТОМ НА РАДНОПРАВНИ ТРЕТМАН МОБИНГА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

Доц. др Радислав Лале*

Апстракт: У овом раду се систематично разматра питање заштите моралног интегритета запослених, с тим да је акценат стављен на радноправном оквиру злостављања на раду у радном законодавству Републике Српске. С обзиром на то да позитивна радноправна регулатива Републике Српске у погледу злостављања на раду не обезбјеђује адекватну заштиту жртвама злостављања, аутор сматра да је питање злостављања на раду у домаћем праву неопходно уредити посебним прописом, по узору на Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије. Тај посебан пропис би требало да уређује појам злостављања и извршиоца злостављања (подробније и свеобухватније у односу на дефиницију коју даје Закон о раду), облике злостављања, права, обавезе и одговорности послодаваца и запослених у вези са злостављањем, поступак за заштиту од злостављања код послодавца, судску заштиту, надзор над спровођењем закона и одговарајуће казнене одредбе. Неусвајањем Закона о спречавању злостављања на раду као *lex specialis*, наше радно законодавство остало је и даље на фрагментарном правном регулисању мобинга, што за посљедицу има и изостанак потпуног и квалитетног система превенције и заштите запослених лица од злостављања на раду као негативног социјалног феномена. Имајући у виду штетне посљедице које мобинг има по психичко стање и здравље радника као жртве злостављања, али и економске посљедице које трпи и послодавац, реформа домаћег радног законодавства у правцу темељног и цјеловитог правног регулисања питања мобинга путем посебног прописа, *јесте у интересу и државе и друштва у цјелини.*

* Доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву.

Кључне ријечи: *достојанство на раду, дискриминација, злостављање на раду, хоризонтални мобинг, вертикални мобинг.*

1. Увод

Једно од основних права запослених лица јесте право на достојанство на раду. Оно произлази из гаранције права на рад, која заједно са гаранцијама права на праведне услове рада, правичну зарату и безбједност и здравље на раду, изражава захтјев за поштовањем достојанства личности запослених.¹ Отуда се поштовање достојанства мора разумјети као фундаментална вриједност, темељ, полазиште и циљ свих радноправних института, што је потврђено у Филадельфијској декларацији као начело да “сви људи, без обзира на расу, увјерење или пол, имају право да остваре (...) материјално благостање (...) у условима слободе и достојанства”.² Наиме, за разлику од понашања која представљају опасност за физички интегритет и здравље радника, која су традиционално правно санкционисана, законодавци су дуго “затварали очи” пред понашањима која повређују психичко здравље и достојанство запослених, пристајући на њих као на “сурову реалност” и неизбјежни дио радног окружења. Међутим, промјене које су се десиле у свијету рада посљедњих деценија, утицале су на стварање нових ризика за психичко здравље радника. Стога, заштита психичког здравља постаје предмет интересовања радног права, нарочито када је у питању забрана психичког злостављања на раду.³ У том смислу, професор П. Јовановић истиче да се моралном интегритету запослених не посвећује довољна пажња нити у радном законодавству, нити у радном праву као научној дисциплини, мада завређује пажњу у истој мјери као и физички интегритет запослених. У радном односу није само радна снага човјека, као његова психофизичка компонента, већ и његова укупна личност са свим моралним, етичким и другим својствима. То чини легитимном потребу заштите моралног интегритета запослених. Међутим, тек однедавно, заштита личних података и забрана злостављања на раду предмет су радноправне заштите запослених. Дакле, у радном праву, традиционално и

¹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 464.

² Декларација о циљевима и задацима Међународне организације рада, дио II, тачка а). Цит. према: Љ. Ковачевић, 464.

³ *Ibid.*, 465.

фрагментално, физички и морални интегритет запослених обезбјеђује се, прије свега, у поступку спровођења заштите на раду, као интегралног дијела те заштите.⁴

Са друштвеног гледишта, проблем злостављања на раду се, као негативан социјални феномен, с обзиром на његове друштвене ефекте и друштвене мјере којима се рјешава, може проучавати са различитих становишта: као економски проблем, као проблем социјалне политике, као социјални психолошко-педагошки проблем, итд. У овом раду, међутим, проблем злостављања на раду проучаваћемо са становишта његовог правног регулисања. Дефинишући на овај начин свој задатак, аутор се неће ограничити само на изучавање правних прописа којима су регулисане мјере у правцу сузбијања злостављања на раду. Напротив, комплексност овог проблема намеће да се у раду осврнемо и на остале његове аспекте, наравно, само у мјери и обиму који су нужни да посматрани аспект буде свеобухватније сагледан. У те оквире размишљања улази и наше право.

2. Појам злостављања на раду – мобинга

За злостављање на раду у земљама енглеског говорног подручја у САД и Великој Британији користи се и термин *workplace bullying* – злостављање на радном мјесту, наилазимо и на појам *employee abuse* – злоупотреба рада, *workplace terrorism* – терорисање на раду, *victimization at work* – виктимизација на раду, итд. У пракси се за злостављање на раду користи термин мобинг. Термин мобинг се у многим земљама прихвата без превођења (нпр. у шведској, њемачкој и италијанској стручној литератури), а на нашем језику не постоји још увијек општеприхваћен израз. Мобинг би се могао превести на српски језик као: злостављање на раду, морално злостављање, психолошко малтретирање, шиканирање.⁵ Термин мобинг потиче из енглеског језика, од ријечи *mob* – олош, свјетина, руља, односно *mobbish* – простачки, вулгаран, груб. Из ове двије ријечи произашла је ријеч *mobbing* – застрашити методом олоша, психички дотући, друштвено деградирати, уништити лично достојанство и

⁴ Више о томе види: П. Јовановић, “Морални интегритет запослених и његов радноправни оквир“, Социјална права и европске интеграције, *Радно и социјално право*, Београд 2011, 87.

⁵ С. Перић, *Пристојан рад*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Београд 2013, 216.

искључити из социјалне средине.⁶ Сама енглеска ријеч *mobbing* има своје далеке коријене у латинском језику: *mobile vulgus* – свјетина (олош) у покрету. Забиљежено је да су у политичким обрачунима старог Рима опоненти каткад користили подмитљиву градску свјетину да се усмјери против опонената и да узвикују увредљиве паролe или на други начин психички злоставља.⁷ За ову појаву се на енглеском говорном подручју користи и ријеч *bullying* од ријечи *bully*, што значи насилник, силеџија, свађалица и сл. То би булинг, као изведеница, представљао шиканирање, малтретирање, кињење, злостављање. Појава овог социјалног феномена се углавном везује са злостављањем ученика у школама.⁸ Наиме, понекад се прави разлика између злостављања на раду – мобинг и злостављања у школи – булинг. Други термини за мобинг су “психички терор” или “психо-агресија”, “емоционално насиље”, “трауме на радном мјесту”, “непријатељско окружење”. На тај начин, прави се разлика између мобинга као психичког насиља на радним мјестима, док појам булинг (у школи) укључује и психичко насиље (кињење), али и физички вид насиља који група ученика врши над другим учеником школе.⁹

Наиме, утврђивање појма злостављања на раду представља изузетно деликатан задатак, првенствено из разлога што је спектар понашања којима се успоставља узнемиравање врло широк, а перцепција допуштености тих понашања различита од једне до друге радне средине. Дакле, у научној и стручној литератури не постоји општеприхваћена дефиниција овог појма.¹⁰ Прву дефиницију мобинга дао је шведски психолог др Хајнц Лејман (Heinz Leymann) 1984. године,¹¹ употребивши овај термин за непријатељско понашање на радном мјесту.¹² У својој “Енциклопедији мобинга” Лејман даје следећу дефиницију мобинга: „Мобинг или психички терор у радном окружењу укључује непријатељску или неетичку комуникацију, која је на систематичан начин усмјерена од стране једне или више особа, претежно према једном лицу, које је усљед тога

⁶ К. Westhues, *Workplace Mobbing in Academe*, Department of Sociology, University of Waterloo, 2007, 1; Види више: Б. Лубарда, “Мобинг/булинг на раду“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, Београд 2008, бр. 2, и С. Јашаревић, “Заштита једнакости запослених у документима ЕУ и Србије“, *Радно и социјално право*, 1-6/2006, Београд, 171–191.

⁷ Б. Лубарда, *Радно право*, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 393.

⁸ С. Перић, 216.

⁹ Б. Лубарда (2013), 393.

¹⁰ Љ. Ковачевић, 473.

¹¹ Први који је почео да истражује мобинг и научно се бавио питањем мобинга био је Хајнц Лејман, шведски научник њемачког поријекла. Аутор је већег броја радова о овој проблематици.

¹² С. Перић, 218.

доведено у позицију беспомоћности или немогућности да се одбрани и које се у том положају задржава континуираним активностима мобинга. Ови поступци врше се често (најмање једном седмично), и током дужег временског периода (најмање током шест мјесеци). Усљед такве учесталости и дугог трајања непријатељског понашања долази до значајних менталних, психосоматских и социјалних патњи¹³.

Овако одређен појам психичког узнемиравања не укључује привремене сукобе који могу настати у радној околини, већ се односи само на случајеве у којима се непријатељско и неетичко општење остварује учестало и у дужем временском периоду. Посматране појединачно, активности које предузима носилац узнемиравања, по правилу, немају негативан карактер, већ њихов садржај и значење мијења њихова учесталост и дуготрајност, због којих мобинг може да проузрокује “значајне менталне, психосоматске и социјалне патње”.¹⁴ Нешто комплекснију дефиницију “моралног узнемиравања на раду” дала је француски психијатар Иригоајан (Marie-France Hirigoyen) 1998. године, чиме је дала значајан допринос афирмацији борбе против мобинга. Према њеној дефиницији: морално узнемиравање представља “свако увредљиво понашање, било да су у питању ријечи, погледи, гестови или писани текст, који систематично, односно кроз понављање, повређује личност, достојанство и физички или психички интегритет особе, као и понашање које угрожава запослење једног лица или деградира атмосферу на радном мјесту”.¹⁵ Ова дефиниција уграђена је у француски Закон о раду 2002. године.¹⁶ Међутим, ни једна од предложених ванправних дефиниција није у потпуности задовољавајућа. Слична ситуација је и у правној литератури,

¹³ Н. Leymann, *Mobbing and Psychological Terror at Work Places, Violence and Victims*, 5, 1990, 119–126; <http://www.Leymann.se/English/frame.html>, 11. 10. 2016.

¹⁴ Љ. Ковачевић, 473.

¹⁵ М.-F. Hirigoyen, *Le Harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*, Syros, Paris 1998, 55; Цит. према: Љ. Ковачевић, 474.

¹⁶ О томе види више: С. Перић, 218; Према мишљењу Ајнерсена, мобинг је систематско прогањање од стране колеге, надређеног или подређеног, које, уколико се настави, може узроковати озбиљне друштвене психолошке и психосоматске проблеме код жртве; S. Einarsen, *The nature and causes of bullying at work*, *International Journal of Manpower*, vol. 20, no. ½, 1999, 17; Андреја Костелић-Мартић истиче да је најпрецизнија дефиниција мобинга дата у француском Закону о социјалној модернизацији из 2002. године, која гласи: „Мобинг је психичко малтретирање што се понавља путем акција којима је циљ или последица деградација радникових радних увјета, које могу узроковати напад и нанијети штету људским правима и људском достојанству, наштетити физичком или менталном здрављу или компромитирати жртвину професионалну будућност.“ А. Костелић-Мартић, *Мобинг: психичко малтретирање на рандом мјесту (како препознати мобинг, како се обранити и како га спријечити)*, Школска књига, Загреб 2005, 11.

у којој доминира уздржавање од одређивања правног појма психичког узнемиравања на раду или упућивање на психолошке или социолошке дефиниције психичког узнемиравања, док се већи број аутора одређује за репродукцију законских дефиниција овог појма.¹⁷

Тако, професор Б. Лубарда одређује злостављање као “начин понашања на местима рада којим једно лице (ређе) или више (група) лица (по правилу, више од четири лица) – других запослених, надређених (ређе подређених) систематски психички злоставља или застрашује друго лице, у релативно дужем периоду (готово свакодневно или периодично више месеци), с намером да се запосленом оспоре професионални углед и морални интегритет – професионално и људско достојанство (својеврсна стигматизација, агресивна манипулација), у (релативно) дужем периоду, са циљем стварања неподношљивих услова рада (непријатељског и неетичног окружења, комуникације), при чему се жртва мобинга налази у готово беспомоћном положају, како би сам запослени отказао радни однос, чиме се избегава исплата накнаде због отпуштања од стране послодавца (из економских разлога), као и могућност вођења радног спора”.¹⁸

Наиме, тешкоћу дефинисања психичког узнемиравања на раду “осећају на својој кожи” и законодавци. Из тог разлога неки од њих уопште не дефинишу предметни појам, док се већина оних који то чине одређује за широке дефиниције, остављајући надлежним судовима могућност за флексибилно тумачење.¹⁹ Законске дефиниције психичког узнемиравања новијег датума срећемо у француском, белгијском и српском законодавству. Француски Закон о социјалној модернизацији из 2002. године (који је постао дио Законика о раду) предвиђа да “ниједан запослени не би смио да трпи понављане поступке којима се успоставља психичко узнемиравање, који имају за циљ или последицу деградацију услова рада која може да повриједи његова права и достојанство, да наруши његово физичко и ментално здравље или да угрози његову професионалну будућност”.²⁰ Централна улога понављања, тј. учесталости одређеног понашања у успостављању узнемиравања истакнута је и у белгијском Закону о заштити од насиља и психичког или сексуалног узнемиравања на раду, којим је утврђено да психичко

¹⁷ Љ. Ковачевић, 474.

¹⁸ Б. Лубарда, (2013), 392; О појму злостављања на раду види: П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2015, 253–254;

¹⁹ Љ. Ковачевић, 474.

²⁰ *Ibid.*, 475.

узнемиравање успостављају “противправна и понављања владања ма ког поријекла, изван или унутар предузећа или установе, која се нарочито изражавају понашањем, ријечима, застрашивањем, радњама, гестовима и једностраним списима, а која имају за циљ или за посљедицу напад на личност, достојанство или физички или психички интегритет радника или другог лица на које се примјењује ово поглавље (Закон), угрожавање његовог радног односа или стварање застрашујућег, непријатељског, деградирајућег, понижавајућег или увредљивог окружења”.²¹ Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије²² дефинише злостављање на раду као “свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се понавља, а које за циљ има или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета, здравља, положаја запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу раскине радни однос или откаже уговор о раду или други уговор. Злостављање, у смислу овог закона, јесте и подстицање или навођење других на такво понашање (чл. 6, ст. 1 и 2).

Међународна организација рада дефинише мобинг као “увредљиво понашање које се манифестује као осветољубиви, сурови, злонамјерни или понижавајући покушај да се саботира један или група запослених”.²³ Такође, према Европском рјечнику индустријских односа, мобинг на раду карактерише систематско психолошко злостављање или понижавање особе од стране другог појединца или групе, са циљем да се наруши његова или њена репутација, углед, људско достојанство, интегритет, са коначним циљем да се жртва наведе да напусти посао.²⁴ Савјетодавни одбор Европске комисије за сигурност, хигијену и здравствену заштиту на раду мобинг дефинише као: „негативан облик понашања између колега или између хијерархијски надређених и подређених, којима се појединац излаже поновљеном понижавању и нападу директно или индиректно од стране једне или више особа, са сврхом и циљем његовог отуђивања.”²⁵

²¹ *Ibid.*, 475–476.

²² Службени гласник Републике Србије, бр. 36/10.

²³ С. Перић, 218.

²⁴ *Ibid.*, 219; С. Јашаревић, “Мобинг у пракси и документима ЕУ и Србије“, Зборник радова Правног факултета vol. 42, 1–2, Нови Сад 2008, 543–558.

²⁵ Види у: Мишљење о насиљу на радном мјесту, преузето из: *Нацрт приједлога Закона о*

С обзиром на приказане дефиниције, под злостављањем на раду или мобингом подразумевају се сви акти којима су особе злостављане, малтретиране или нападане у околностима везаним за њихов посао, а који обухватају видљиво и невидљиво угрожавање њихове безбједности, живота и здравља.²⁶ Наиме, ако се узме у обзир све оно што су о овом социјалном феномену запазили психолози, правници, социолози, медицински стручњаци и други, могло би се закључити да су основна, битна обиљежја злостављања на раду: 1) намјера злостављања – циљно узнемиравање; 2) агресивност; 3) непостојање реалног основа; 4) учестало понављање радње²⁷ и 5) дужи период вршења (систематичност).²⁸ Са друге стране, поједини теоретичари сматрају да анализа законских дефиниција психичког узнемиравања на раду показује да се као најважнији елементи понашања којим се оно успоставља могу уочити: а) понављање, односно учесталост одређеног понашања; б) (негативан) утицај одређеног понашања на личност (достојанство, интегритет, здравље) и рад запосленог, односно на радно окружење.²⁹

спречавању злостављања на раду, Удруга за помоћ и едукацију жртава мобинга, Загреб 2007; Цит. према: С. Перић, 219.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ У правој теорији и законодавству општеприхваћен став је да се психичко узнемиравање на раду успоставља понављањем одређеног понашања. Овај битни елемент узнемиравања треба разумјети као учестало, у неким случајевима и систематично, предузимање узнемиравајућих и понижавајућих активности. О томе види више: Љ. Ковачевић, 478. У вези са овим битним елементом злостављања на раду, међутим, можемо оправдано поставити питање колико треба да траје мобинг, односно колика треба да буде дужина временског периода у којем се предузимају радње мобинга да би се сматрало да постоји злостављање на раду. Лејман је примјеном статистичког метода закључио да је за успостављање психичког узнемиравања на раду неопходно да се непријатељске активности предузимају барем једном недељно и током периода од најмање шест мјесеци. Другачијег схватања је Иригуајанова, која сматра да одговарајуће понашање може произвести озбиљне последице по психичко здравље и добробит адресата ако траје и краће од шест мјесеци, док други аутори сматрају да је за постојање психичког узнемиравања на раду неопходно да се одговарајуће активности предузимају најкраће годину дана. Види: А. Цветко, “Mobbing – posebna vrsta šikane v delovnih razmerjih“, *Podjetje in delo*, br. 5/2003, 898. Дакле, теоретичари се слажу да је ријеч о дужем временском периоду, док релевантне законске одредбе не прецизирају, чак ни оквирно, трајање недопуштеног понашања, с обзиром на то да законска дефиниција психичког узнемиравања мора бити довољно флексибилна да обухвати најразличитије облике узнемиравања. Види више: Љ. Ковачевић, 478. Законодавци се из тог разлога задржавају на констатацији да је узнемиравање понашање које се понавља, препуштајући пракси да у сваком конкретном случају процијени да ли је испуњен критеријум квалификације (временски услов) који се тиче понављања предметног понашања. У том смислу, веома је занимљива француска судска пракса у којој је, супротно од схватања да је за узнемиравање потребно вријеме, први пут афирмисан став да чињенице које успостављају психичко узнемиравање могу да се догађају и у једном врло кратком периоду. *Ibid.*, 478–479.

²⁸ С. Јашаревић, (2008), 543–558.

²⁹ Љ. Ковачевић, 478; Другачијег је мишљења професор Б. Лубарда који у појам злостављања

Субјекти злостављања на раду су по правилу запослени и послодавци (претпостављени, група радника која злоставља колегу), али то могу да буду и друга лица ангажована на раду код послодавца (лица која раде на основу уговора о дјелу и сл).³⁰ Према томе, злостављање на раду се одвија у сљедећим фазама: 1) критични инциденти (иницијална ситуација којом мобинг почиње – конфликт); 2) мобинг и “пецкање” – понашање као радња мобинга не мора увијек да буде конфликтно, агресивно; 3) мијешање надлежног менаџмента – који најчешће рјешава проблем тако што мобовану особу одстрани; 4) дијагноза – нетачне дијагнозе о жртви (параноја, манична депресија, поремећај личности), које често дају психијатри, јер се такве особе обраћају за стручну помоћ; 5) избацивање – завршна фаза мобинга је отказ радног односа, односно избацивање са радног мјеста.³¹

3. Врсте злостављања на раду

Хетерогеност поступања и различити аспекти манифестације злостављања на раду утичу на појаву ширег спектра облика мобинга.³² Злостављање на раду се јавља у два основна облика – хоризонтално и вертикално злостављање са мноштвом варијетета. Хоризонтално злостављање долази од стране запосленог/запослених усмјерено против другог запосленог на истом или сличним радним мјестима, при чему између злостављача и жртве злостављања нема субординације.³³

укључује три битна елемента: а) злостављање или застрашивање од стране једног или (чешће) више лица на систематски начин; б) злостављање се одвија у дужем временском периоду на учестали начин (по неким ауторима најмање шест мјесеци, једном недељно); в) циљ злостављања је да се запослени нађе у ситуацији продуженог стреса услед страха, понижавајућег, увредљивог, непријатељског – неподношљивог радног окружења, како би сам отказао радни однос. Б. Лубарда, (2013), 392. Професор П. Јовановић уочава сљедеће битне елементе мобинга: а) субјективни однос лица које врши мобинг (мобера) у односу на радњу мобинга; б) циљ таквог понашања; в) трајање и г) сукцесивност таквог понашања. Само истовремено присуство наведених карактеристичних обиљежја, чини једно понашање мобингом. П. Јовановић, (2015), 254–255.

³⁰ С. Перић, 219.

³¹ *Ibid.*, 219–220.

³² *Ibid.*, 223.

³³ Б. Лубарда, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 156–157. Хоризонтално злостављање се испољава у блажим видовима – сталне шале, подсмјех на рачун говора, држања, хода, одијевања, приватног живота итд., или тежим облицима – ширење клевета у погледу професионалног и приватног живота (нпр. измишљање сексуалних сплетки), стално прекидање у говору, искључење из друштвеног живота, односно избегавање дружења у паузама рада и сл. испољавања “професионалног остракизма”. *Ibid.* О томе види: П. Јовановић, (2015), 254–255.

Неријетко се јавља као посљедица непоштене социјалне (професионалне) конкуренције,³⁴ коју прати завист, љубомора и сличне људске слабости. Истраживања су показала да су жене чешће жртве злостављања од стране других жена запослених, као и да запослени мушкарци чешће прибијегавају злостављању према другим запосленим мушкарцима него према запосленим женама.³⁵

Вертикално злостављање иницира послодавац, односно долази од стране претпостављеног (нижег или вишег менаџмента, рјеђе од самог извршног директора или главног извршног директора – генералног директора), при чему се у спровођењу злостављања јавља више запослених којима се ставља од стране менаџмента у изглед одређена погодност (напредовање на раду и сл.). Стога, вертикално злостављање може да се јави као прикривено вертикално злостављање, када се иза, на први поглед, хоризонталног крије вертикално злостављање.³⁶ Вертикално злостављање се испољава на мноштво начина.³⁷ Посебно озбиљни ви-

³⁴ Б. Лубарда, “Социјална права и достојанство на раду“, *Радно и социјално право* 1/2008, Београд, 20.

³⁵ Б. Лубарда, (2014), 157.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ На примјер, у виду “празног стола“ – када се раднику ускраћује обављање послова радног мјеста, или се додјељују тривијални послови испод стручног нивоа радника као би се повриједило његово/њено професионално достојанство, или у виду “пуног стола“ – кад се запосленим лицу даје превише посла, који не може успјешно да заврши у току радног времена (тако да остаје да ради прековремено, а да се не плаћа за прековремени рад), што води претјераном замору на раду. Види више: Б. Лубарда, (2013), 396. Претјерани замор на раду је повећани ризик по здравље запослених, што може имати и фаталне посљедице – смрт на раду усљед инфаркта или možданог удара. У јапанским индустријским односима је ова појава добила свој особен назив, који је ушао у међународни рјечник појмова – кароши (*karoshi*). *Ibid.* Вертикално злостављање се јавља у виду појачане контроле присуства запосленог на раду (а не и других запослених), појачане контроле у извршавању радних задатака, излагању сталној критичности претпостављених због наводних пропуста, уз омаловажавање професионалних способности, до честог распоређивања на друге послове, у прекидању у говору или при покушају да се дају објашњења или оспоре упућене критике, до професионалног “остракизма“, избјегавања, односно изоловања запосленог. *Ibid.*, 396–397. Злостављање се јавља и у виду провокација реакције жртве злостављања, како би сама жртва злостављања повриједила обавезу понашања према другим запосленима или послодавцу, односно како би се против запосленог покренуо дисциплински поступак због увреде, или пак испровоцирала свађа, евентуални изгреди или прибијегавање насиљу на раду. Према томе, злостављање се јавља и у низу других варијетета, при чему су технике злостављања по правилу мање суптилне према запосленима са нижим квалификацијама, а знају бити суптилније (теже докучиве – “терор је суптилнији што је посао бољи“) према запосленим са високим/експертским квалификацијама. Види више: *Ibid.*, 397–398. Наводимо и примјер из судске праксе у вези са тзв. “мобингом празног стола“: “Забрањено је туженом К.Р. као одговорном лицу у установи З.Р. вршење понашања које представља злостављање, даље вршење злостављања односно понављања злостављања. Наложено је одговорном лицу у установи да ради уклањања последица злостављања изврши следеће радње: додели тужиоцу основна средства рада неопходна за обављање послова радног места, телефон, компјутер, интернет везу, скенер, штампач и да изврши

дови вертикалног мобинга су усмјерени према запосленом (службенику) који је непожељан потенцијални свједок злоупотреба или незаконитог рада послодавца, или других запослених, посебно када је у питању корупција (*right to whistleblow*).³⁸ Наиме, посебан облик злостављања на раду је тзв. обрнуто злостављање (*upwords mobing*), који се знатно рјеђе јавља у пракси, када се као жртва злостављања јавља сам претпостављени/старјешина, а не запослени, што може бити посљедица некомпетентности менаџера или незадовољства запослених одлуком претпостављеног (руководиоца, старјешине државног органа одлуком о оцјени рада државних службеника).³⁹

Према Лејману, као радња мобинга уочено је 45 различитих конкретних активности којима се врши злостављање на раду. У новијим истраживањима помиње се и преко 70 различитих облика понашања.⁴⁰ Лејман је ове радње сврстао у сљедеће групе: 1) напад на могућност комуникације; 2) напад на социјалне односе; 3) напад на личну репутацију; 4) напад на професионални живот и 5) напад на физичко здравље.⁴¹

3.1. Разлике између злостављања на раду и других сличних повреда права радника

Због разлога сложености радње мобинга, он се често мијеша са сличним облицима понашања и другим повредама права радника. Психичко злостављање на послу као ужи појам од насиља на раду, подразумијева нападачко понашање кроз осветољубиве, злонамјерне или понижавајуће поступке који су усмјерени на подривање професионалног или личног угледа појединца или групе радника. Овакво понашање је непредвидљиво, неправедно и ирационално, а може се сматрати рационалним само ако му је претходио конфликт.⁴² Злостављање

записничку примопредају ликовне збирке којом је задужен Ј.Д.“ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 2332/12 од 23. 8. 2012. године; Преузето из: М. Поповић, *Дискриминација и мобинг у судској пракси*, 57; Доступно на: http://pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet.jsessionid...?p_id_doc=30179, 24. 10. 2016.

³⁸ Б. Лубарда, (2008), 20–21. Заштиту запослених који указују на незаконитост – корупцију код послодавца, укључујући и заштиту од мобинга, предвиђа и Грађанскоправна конвенција о корупцији Савјета Европе из 1999. године, која предвиђа накнаду штете жртви злостављања, као и заштиту запослених који извијесте о корупцији. *Ibid*.

³⁹ Б. Лубарда, (2013), 398.

⁴⁰ С. Перић, 223.

⁴¹ С. Јашаревић, (2008), 543–558.

⁴² С. Перић, 221–222.

на раду пореде са дискриминацијом и узнемиравањем повезаним са дискриминацијом. Као његова специфичност истиче се да је то неспецифичан вид узнемиравања, који се за разлику од дискриминације, обично не заснива на неком од дискриминационих основа, врши се на другачији начин (подразумијева агресивнији вид понашања), са другачијим циљевима (дискредитовање или добровољни отказ). Међутим, није ријеткост да је мобинг подстакнут неким од основа дискриминације.⁴³

Надаље, мобинг треба разликовати и од конфликта. Разлика између конфликта и мобинга није у томе шта се и како чини, већ у фреквентности, трајању и намјери. Конфликт најчешће постоји између запослених са симетричним односом у хијерархији и у већини случајева је краткотрајан. Мобинг се врши систематично и смишљено, а вршилац обично покушава да успостави или има психолошку доминацију над жртвом.⁴⁴ Такође, разликује се и од шиканирања, које је слично мобингу, али нема све његове елементе. Злостављање на раду треба разликовати и од злоупотребе овлашћења од стране претпостављених лица, или тиранског понашања руководиоца, када је притисак и терор усмјерен према свим потчињенима.⁴⁵

⁴³ *Ibid.*, 222.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Постоји дилема и да ли мобинг представља искључиво психолошко злостављање или га чине и акти физичког злостављања (штипање, гурање, увртање руке и сл.). Иако је мобинг заиста примарно вид психолошког злостављања (зато захтјева понављање и дуже дјеловање), постоје мишљења да би у циљу ефикасне заштите, законском дефиницијом мобинга требало обухватити и облике физичког злостављања, који су нпр. чест начин вршења мобинга код нас. С. Јашаревић, (2008), 543–558.

Понашања која могу да указују на злостављање и од којих се треба уздржавати, као и она која се не сматрају злостављањем, дефинисана су чланом 12 и 13 Правилника о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду Републике Србије, Службени гласник Републике Србије, бр. 62/10.

Наиме, понашања којих се треба уздржавати и која указују на злостављање су: “неоправдано и намерно онемогућавање запосленог да изнесе своје мишљење и неоправдано прекидање запосленог у говору; обраћање уз вику, претњу и вређање; узнемиравање запосленог путем телефонских позива и других средстава за комуникацију, ако то није у вези са радним процесом и послом који запослени обавља; намерно и неоправдано изоловање запосленог од других запослених тако што се избегава и прекида комуникација са њим; неоправдано одузимање запосленом средстава потребних за обављање посла; вербално нападање, исмејавање, оговарање, измишљање прича, ширење неистина о запосленом уопште и у вези са његовим приватним животом; негативно коментарисање личних карактеристика запосленог; одређивање непримерених рокова за извршење радних задатака...” Понашања која се не сматрају злостављањем су: “појединачни акт послодавца (решење, понуда анекса уговора о раду, упозорење и др.), којим је решавано о правима, обавезама и одговорностима из радног односа, против кога запослени има право на заштиту у поступку прописаном посебним законом; ускраћивање и онемогућавање права утврђених законом, општим актом и уговором о раду, чија се заштита остварује у поступку код послодавца и пред надлежним судом (неисплаћивање

4. Посљедице злостављања на раду

Наиме, злостављање на раду је у суштини патолошка комуникација која се одвија у радној средини.⁴⁶ Његов крајњи циљ јесте одстрањивање мобираниог лица из колектива, тј. самоиницијативни отказ од стране жртве. Ако пођемо од става да је човјек друштвено биће, комуникациона јединка која има потребу, изражену природну потребу, за сталном комуникацијом (патолошка симптоматика код суицидних особа је престанак и непостојање комуникације са околином), онда је мобинг умишљајно убијање човјека игнорисањем, пуштањем да се затвори у сопствено биће, због чега остаје сам са собом. На тај начин се искључује из колектива, као заједнице, што је најтежа људска казна, и свјесно гура у отуђеност, извлачећи му чврст егзистенцијални ослонац.⁴⁷ Са аспекта посљедица мобинга, може се рећи да је мобинг најкомплекснија болест савременог радног човјека, са вишедимензионалним реперкусијама. Његове штетне посљедице су и заинтригирале свјетске стручњаке, у свим научним областима, у мјери у којој то није учинила до сада ниједна свјетска појава, “изузев глобалног загријавања”.⁴⁸

Злостављање на раду има нарочито штетне посљедице на психичко стање и здравље жртве злостављања, изазива економско-социјалне, породичне и правне посљедице.⁴⁹ Посебно штетне посљедице мобинга су на психичко стање и здравље жртве мобинга. Код жртве мобинга настају многе здравствене сметње (од мањих психолошких и физиолошких сметњи, па до смрти), нарушавају се породични и други односи, а нису ријетка ни самоубиства. У Великој Британији је израчунато да 75,6% жртава мобинга има здравствене посљедице, пати од депресије и има пад самопоштовања. У Италији и Шведској се 15% самоубиства приписује мобингу.⁵⁰ Истраживања показују да су, у појединим земљама, узрок боловања у око 10-15% случајева посљедице злостављања на раду.

зараде и других примања, одређивање прековременог рада супротно закону, ускраћивање права на дневни, недељни или годишњи одмор, и др.); повремене разлике у мишљењима, проблеми и конфликти у вези с обављањем послова и радних задатака, осим ако исти немају за циљ да повреде или намерно увреде запосленог и др...”

⁴⁶ В. Балтезаровић, “Организациона комуникација и мобинг”, *Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду* 2/2009, 14.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ С. Перић, 224.

⁴⁹ Б. Лубарда, (2013), 398–402; О посљедицама злостављања на раду види више: П. Јовановић, (2015), 255–256; Р. Букумирић-Катић, 83–84.

⁵⁰ С. Перић, 224.

Одсуствовањем са рада, жртва мобинга сноси и економске посљедице у виду смањења зараде усљед боловања.⁵¹ Економске посљедице злостављања испољавају се и у имовинској штети коју трпи послодавац усљед трошкова исплате накнаде зараде за вријеме привремене спријечености за рад – боловања (по правилу у почетном периоду боловања – првих 30 дана, накнаду зараде исплаћује послодавац, а потом пада на терет фонда здравственог осигурања – домаће право). Посредно, послодавац трпи штету и због смањене продуктивности рада запосленог усљед злостављања, смањења мотивације на раду, губитка иноваторске мотивације или других иницијатива жртве злостављања.⁵² Посљедице у случају дуготрајнијег злостављања огледају се у све већим трошковима фондова здравственог осигурања за лијечење и рехабилитацију, као и за исплату накнада зарада за вријеме боловања. Такође, одређени проценат случајева пријевременог пензионисања изазван је злостављањем, што води одређеним трошковима фондова пензијског и инвалидског осигурања (истраживања спроведена у скандинавским државама).⁵³

⁵¹ *Ibid.*, 225.

⁵² Б. Лубарда, (2013), 400; Процењује се да привреда у Енглеској губи двије милијарде фунти усљед мобинга; САД сваке године трпе губитке од 200 милијарди долара због стреса у предузећима; у Њемачкој један радник који је психички малтретиран кошта предузеће између 25.000 и 75.000 евра годишње. Према новијим подацима, у Финској је чак 17% запослених било жртва мобинга. У Италији, према подацима за 2006. годину, мобинг трпи око 1,5 милиона радника. У Француској су процјене да је чак 30-37% запослених изложено мобингу. С. Перић, 225; У Босни и Херцеговини је 2005. године спроведено истраживање које је имало за циљ да понуди податке о учесталости пријављеног мобинга и повезаности мобинга, фактора радне средине, стреса, посљедица на здравље и типова личности на узорку доктора медицине у БиХ. Истраживање је спроведено на узорку од 511 доктора у БиХ из Тузланског кантона, Брчко дистрикта и града Бања Луке. Од 511 испитаних, 353 или 69% испитаних су биле жене, а 158 испитаних или 31% су били мушкарци. Просјечне године испитаника су биле 44. Резултати су показали да је 387 или 76% испитаних пријавило мобинг, док је 136 или 26% испитаних изложено дуготрајном мобиншком поступању. Више од половине испитаних било је изложено пријетњама по властити професионални статус, а скоро једнак број испитаних се због таквог третмана већ осјећао изолованим у радној средини; 320 од 387 испитаника или 83% је навело шефове одјељења или надређене као мобере, а за 55 испитаника или 14% су то били генерални менаџери; 251 испитаник или 65% испитаних је пријавило да су шефови одјељења и колеге сличног статуса они који врше мобинг. Најчешћи типови мобинга којима су испитани били изложени јесу већ споменуте пријетње професионалном статусу и изолација, затим постављање неразумних рокова, деструктивни и саркастични коментари, као и одузимање нечијих обавеза и одговорности без претходног консултовања. Такође је утврђено да је изложеност мобингу један од основних узрока одсуства запослених са радног мјеста због болести, те да се мобиншка понашања могу довести у директну везу са сметњама психичком здрављу и губитком самопоуздања и самопоштовања код жртава таквих понашања. Види: Н. Прањић, Ј. Малеш-Билић, А. Беганлић, Ј. Мустајбеговић, *Mobbing, Stress, and Work Ability Index among Physicians in Bosnia and Herzegovina: Survey Study*, Croatian medical journal, 47 (5), 2006.

⁵³ Б. Лубарда, (2013), 400.

Наиме, злостављање на раду је иначе тијесно повезано са једном такође штетном појавом, а то је стрес. Стрес је синоним савременог, урбаног живота. Свјетска здравствена организација издала је прије десетак година упозорење у којем је стрес на раду проглашен епидемијом свјетских размјера. У индустријализованим земљама око 40% запослених сматра да им је посао изузетно стресан, а у земљама у транзицији то је много више.⁵⁴ Посљедице трајног стреса су бројни поремећаји у физиолошком и психолошком функционисању организма (прво се јавља замор), а пролонгирани стрес јаког интензитета може да изазове болест, па и смрт. Данас, стрес изазивају претјерани захтјеви које средина или друге особе постављају пред појединца. Када се у све то умијеша и зла намјера према раднику – настаје мобинг. Многи стручњаци сматрају да је мобинг опаснији и са тежим психолошким посљедицама од стреса – који је често изазван околностима код којих нема намјере злостављања.⁵⁵ Стручњаци Међународне организације рада су израчунали да злостављање на раду предузеће од 1.000 запослених годишње кошта око 150.000 евра. Поред тога, процјењује се да узнемиравани запослени смањује радни учинак за 60%, те да се трошкови компаније повећавају до 180%. У САД се трошкови произашли из мобинга процјењују на четири милијарде долара.⁵⁶ Правне посљедице злостављања на раду подразумевају повреду више социјалних права, као и повреду права приватности и уопште достојанства на раду.⁵⁷

5. Правни третман мобинга

У правној теорији, наиме, нису још увијек до краја утврђене основне карактеристике злостављања на раду, што је веома битно за његово спречавање и санкционисање, јер се правна анализа надовезује на већ утемељена сазнања у другим областима, препуштајући мобинг посредном регулисању.⁵⁸ Дакле, можемо рећи да правно уређење тог питања

⁵⁴ Види више: С. Јашаревић, (2008), 543–558.

⁵⁵ С. Перић, 225.

⁵⁶ А. Костелић-Мартић, 76.

⁵⁷ Б. Лубарда, (2014), 158.

⁵⁸ С. Перић, 227; Исти аутор наводи, а с чим се и ми у основи слажемо, да правни аспект мобинга мора синтетисати све резултате, знања и особине мобинга (психолошка, социолошка, економска и медицинска гледишта), ради подробне анализе стања у циљу ефикасне правне заштите од злостављања на раду. Спречавање мобинга мора бити најприје резултат превентивне, а потом институционалне политике, затим адекватне казнене и ефикасне процесне политике.

није на задовољавајућем нивоу нити на међународном нити на регионалном плану.⁵⁹ Правни третман злостављања на раду у међународном и европском праву (европском некомунитарном и европском комуни-тарном праву) изведен је посредним путем, тј. у свјетлу регулисања људских права и дискриминације у вези са тим правима.⁶⁰ Због огра-ниченог простора за писање овог рада, нисмо у могућности да вршимо анализу међународних и регионалних извора права којима су уређена многа питања у вези са заштитом радника и забраном дискриминације, а која се посредно могу довести у везу са злостављањем на раду.

У европским земљама мали број законодавстава предвиђа законску заштиту радника од мобинга (било посебним законом о мобингу, било одговарајућим одредбама у оквиру закона којима се регулишу радни од-носи). То су законодавства следећих земаља: Норвешка (1993), Швед-ска (1993), Холандија (1994), Швајцарска (1995), Белгија (2002), Данска (2002), Финска (2002), Француска (2002).⁶¹

5.1. Мобинг у радном законодавству Републике Српске

У радном законодавству Републике Српске (као и законодавству ФБиХ и БД БиХ) не постоји *lex specialis* који директно и свеобухватно регулише питање злостављања на раду.⁶² У правном смислу, међутим, злостављање на раду можемо посматрати са аспекта уставноправних, грађанскоправних, кривичноправних и радноправних норми нашег по-зитивног права. Таква фрагментарност у правном регулисању мобинга је недовољна и непотпуна за исказивање противправности и димензија овог социјалног феномена⁶³ и не обезбјеђује адекватну заштиту жртвама злостављања на раду.

Уставноправни оквир третирања питања у вези са мобингом одно-си се на основна људска права и слободе.⁶⁴ Злостављање на раду, наи-

⁵⁹ П. Јовановић, (2015), 256.

⁶⁰ П. Јовановић, (2011), 100.

⁶¹ П. Јовановић, (2015), 259.

⁶² Прва судска одлука у БиХ за мобинг донесена је пред Основним судом у Приједору по захтјеву Институције омбудсмана БиХ за покретање прекршајног поступка. У овом случају шеф ватрогасне станице је узнемиравао запосленог ватрогасца понављањем радњи које имају понижавајући ефекат за жртву, а чија је сврха или посљедица деградација радних услова или професионалног статуса запосленог. Види: [http://www.glassrpske.com/drustvo/.../Prva presuda... ViH...mobing.../85464.ht...](http://www.glassrpske.com/drustvo/.../Prva_presuda...ViH...mobing.../85464.ht...) 13. 10. 2016.

⁶³ У том смислу види: С. Перић, 236.

⁶⁴ Види: П. Јовановић, (2015), 259.

ме, угрожава основна људска права и слободе која гарантује Устав Републике Српске⁶⁵: 1) *забрана дискриминације и равноправност положаја*: “Грађани Републике 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” (чл. 10); 2) *слобода и лична безбједност*: “Слобода и лична безбједност човјека су неповредиви” (чл. 12, ст. 1); 3) *достојанство и неповредивост физичког и психичког интегритета*: “Људско достојанство, тјелесни и духовни интегритет, човјекова приватност, лични и породични живот су неповредиви. Нико не смије бити подвргнут мучењу, свирепом, нехуманом или понижавајућем поступању или кажњавању...” (чл. 13 и 14); 4) *заштита приватности*: “Зајамчена је заштита тајности података о личности. Прикупљање, обрада и сврха коришћења личних података, уређују се законом. Забрањено је коришћење података о личности које је супротно утврђеној сврси њиховог прикупљања...” (чл. 23); 5) *слобода савјести и увјерења*: “Зајамчена је слобода мисли и опредјелења, савјести и увјерења, као и јавног изражавања мишљења” (чл. 25); 6) *заштита здравља*: “Свако има право на заштиту здравља. Зајамчено је право на здравствену заштиту, у складу са законом...” (чл. 37); 7) *право на рад*: “Свако има право на рад и слободу рада. Принудни рад је забрањен. Свако је слободан у избору занимања и запослења и под једнаким условима му је доступно радно мјесто и функција. Запосленима може престати радни однос противно њиховој вољи на начин и под условима који су утврђени законом и колективним уговором. Свако по основу рада има право на зараду, у складу са законом и колективним уговором” (чл. 39); 8) *право на поштовање достојанства на раду*: “Запослени имају право на ограничено радно вријеме, дневни и седмични одмор, те плаћени годишњи одмор и одсуства, у складу са законом и колективним уговором. Запослени имају право на заштиту на раду, у складу са законом. Омладина, жене и инвалиди имају посебну заштиту” (чл. 40); 9) Такође, када је у питању област социјалног осигурања, односно осигурања за случај незапослености, Устав у чл. 43 прописује да се “право запосле-

Законска регулатива у овој области треба да се руководи креирањем ефикасног система заштите од злостављања на раду у свој његовој цјеловитости – од превенције, преко пружања заштите запосленом као примарна дужност послодавца (стварање сигурне и здраве радне средине), до гаранција запосленом да оствари правну заштиту у ефикасном судском поступку. *Ibid.*

⁶⁵ Службени гласник РС, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 и 117/05.

них и чланова њихових породица на социјалну сигурност и социјално осигурање уређује законом и колективним уговором. Јамчи се, под условима утврђеним законом, право на материјално обезбјеђење за вријеме привремене незапослености. Грађанима који су дјелимично способни за рад обезбјеђују се оспособљавање за одговарајући посао и услови за њихово запошљавање, у складу са законом. Република обезбјеђује помоћ и социјалну сигурност грађанима који су неспособни за рад и немају средства за издржавање”.

Грађанскоправни оквир третирања питања повезаних са мобингом садржан је у Закону о облигационим односима⁶⁶, посебно у вези са сљедећим одредбама: 1) појам и врсте штете: умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног увећања (измакла корист), као и nanoшење другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета) (чл. 155); 2) захтјев да се уклони узнемиравање или опасност штете (чл. 156); 3) захтјев да се престане са повредом права личности (чл. 157); 4) накнада штете у случају тјелесне повреде или нарушеног здравља (чл. 195); 5) накнада штете у облику новчане ренте у случају смрти, тјелесне повреде или оштећења здравља – доживотно или за одређено вријеме (чл. 188); 6) новчана накнада нематеријалне штете, за претрпљене душевне болове, наруженост, повреду угледа, части, слободе или права личности, ... као и за страх (чл. 200); 7) сатисфакција у посебним случајевима (чл. 202), итд.

Кривичноправни оквир стања и односа повезаних са мобингом садржан је у Кривичном закону Републике Српске.⁶⁷ Постоје три групе кривичних дјела која се могу довести у везу са односима и стањима узрокованим мобингом,⁶⁸ а то су: а) Кривична дјела против слобода и права грађана (Глава XVII); б) Кривична дјела против полног интегритета (Глава XIX); в) Кривична дјела против права из радних односа и социјалног осигурања (Глава XXII). Овакав начин правног приступа злостављању на раду је фрагментаран, јер сваки аспект захвата само парцијалне сегменте мобинга, што је у погледу ефикасности превенције и заштите жртве мобинга недовољно.⁶⁹ Наиме, веома је битно напоменути да је, у вријеме писања овог рада, пред Народном скупштином Републике

⁶⁶ Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89 и Службени гласник РС, бр. 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04; О томе види: П. Јовановић, (2015), 260.

⁶⁷ Службени гласник РС, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13.

⁶⁸ Види више: П. Јовановић, (2008), 58.

⁶⁹ Види: С. Перић, 240.

Српске у процедури Приједлог Кривичног законика Републике Српске,⁷⁰ чији је предлагач Министарство правде Републике Српске. Новина коју доноси Приједлог Кривичног законика јесте инкриминација мобинга, односно злостављања на раду. Приједлог Законика у чл. 210 нормира: “Ко на раду или у вези с радом другог вријеђа, понижава, злоставља или на други начин узнемирава и тиме наруши његово здравље, казниће се новчаном казном или казном затвора до двије године. Гоњење за кривично дјело из става 1 овог члана, предузима се по приједлогу”. Наиме, постоје теоретичари који се залажу за инкриминацију мобинга.⁷¹ Сматрамо да овакво законско рјешење сигурно употпуњује кривичноправни третман злостављања на раду у смислу заштите жртве злостављања. Какви ће бити ефекти те заштите у пракси (под условом да горе цитирано законско рјешење буде усвојено и да ступи на правну снагу), остаје нам да видимо.

Радноправни оквир третирања питања у вези са мобингом садржан је у Закону о раду⁷² и Закону о заштити на раду Републике Српске.⁷³ Према чл. 12, ст. 1, тач. 2), 3), 4) Закона о раду, радник има право на безбједност и заштиту живота и здравља на раду, здравствену заштиту и заштиту личног интегритета. Са друге стране, послодавац је дужан да раднику обезбиједи услове рада и организује рад ради безбједности и заштите живота и здравља на раду, у складу са законом и другим прописима (чл. 16, тач. 4)).

⁷⁰ Види: http://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/zakoni/cir/zakoni_u_proceduri/Pr%20Krivicni%20zakonik%20RS.zip, 12. 7. 2017.

⁷¹ Види: И. Розих, Ј. Бешлагих, “Позитивноправни приступ проблематици мобинга у БиХ“, *Радно и социјално право* 1/2012, Београд, 212. Према њиховом мишљењу, трећи правац потенцијалног дјеловања законодаваца у БиХ односио би се на кривично законодавство, односно његове измјене и допуне. По узору на Француску или Словенију, у одговарајућу групу кривичних дјела требало би инкорпорирати и кривично дјело мобинга на радном мјесту, те прописати одговарајућу санкцију за учиниоца тог кривичног дјела. Инкриминација мобинга, поред репресивног карактера такве правне норме, представљала би и неку врсту превентивног дјеловања, јер би на такав начин био стављен акценат на друштвени значај спречавања таквих понашања, што би могло имати одређеног утицаја и на умишљај потенцијалног учиниоца тога дјела. *Ibid.*

⁷² Службени гласник РС, бр. 1/16.

⁷³ Службени гласник РС, бр. 1/08 и 13/10; У том смислу види: П. Јовановић, (2015), 260–265. Према чл. 10, ст. 1 и 2 Закона о заштити на раду, “послодавац је дужан да обезбиједи раднику рад на радном мјесту и у радној средини у којима су спроведене мјере заштите и здравља на раду и одговоран је за непримјењивање тих мјера. Послодавац је дужан да обезбиједи да радни процес буде прилагођен тјелесним и психичким могућностима радника, а радна средина, средства за рад и средства и опрема за личну заштиту на раду буду уређени, односно произведени и обезбијеђени да не угрожавају заштиту и здравље радника и других лица“.

Нови Закон о раду садржи одредбе о забрани дискриминације. Дакле, Законом о раду Републике Српске (чл. 19–25) предвиђен је принцип забране дискриминације на коме се темељи читав систем права, обавеза и одговорности субјеката у индивидуалном радном праву.⁷⁴ Законом о раду дефинисани су појмови: непосредна, посредна дискриминација, узнемиравање и сексуално узнемиравање, насиље по основу пола и мобинг. Према чл. 20, ст. 2. Закона, “*непосредна дискриминација*, у смислу овог закона, јесте свако поступање узроковано неким од основа из чл. 19 овог закона којим се лице које тражи запослење, као и радник ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији. *Посредна дискриминација*, у смислу овог закона, постоји када одређена наизглед неутрална одредба, правило или пракса ставља или би ставила у неповољнији положај у односу на друга лица – лице које тражи запослење, као и радника, због одређене особине, статуса, опредјељења или убјеђења из чл. 19 овог закона”. У том смислу, забрана дискриминације односи се на: 1) услове за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла; 2) услове рада и сва права из радног односа; 3) образовање, оспособљавање и усавршавање; 4) напредовање у послу и 5) отказ уговора о раду. Одредбе општег акта и уговора о раду којима се утврђује дискриминација по неким од основа из чл. 19. овог закона су незаконите и ништаве (чл. 22). У циљу заштите достојанства на раду, Закон о раду забрањује узнемиравање и сексуално узнемиравање, насиље по основу пола и мобинг. Ови облици заштите достојанства смјештени су у одредбама о дискриминацији и сматрају се важним сегментом обезбјеђења једнакости. Наиме, под узнемиравањем се подразумијева свако нежељено понашање узроковано неким од дискриминишућих основа, које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и радника, а које изазива страх или ствара понижавајуће или увредљиво окружење (чл. 24, ст. 2). Сексуално узнемиравање се дефинише као свако вербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и радника у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара понижавајуће или увредљиво окружење (чл. 24, ст. 3). Насиље на основу пола представља било које дјело које наноси физичку, психичку, сексуалну или економску штету или патњу, као и пријетње таквим дјелима које озбиљно спутавају лица да уживају у својим правима и слободама на принципу равноправности полова, у раду и/или у вези са радом (чл. 24, ст. 4).

⁷⁴ У том смислу види: П. Јовановић, (2015), 155.

Наиме, Закон о раду дефинише мобинг као “специфичан облик понашања на радном мјесту, којим једно или више лица систематски, у дужем периоду, психички злоставља или понижава друго лице с циљем угрожавања његовог угледа, части, људског достојанства и интегритета” (чл. 24, ст. 5). Елементи дефиниције мобинга према Закону о раду су сљедећи: 1) мобинг се дефинише као специфичан облик понашања на радном мјесту, што га разликује од других облика угрожавања достојанства запослених; 2) радња мобинга је одређена као психичко злостављање или понижавање; 3) психичко злостављање и понижавање се врши систематски и у дужем временском периоду, чиме се испуњава захтјев учесталости и систематичности радње мобинга; 4) циљ мобинга је угрожавање угледа, части, људског достојанства и интегритета жртве.⁷⁵

Тумачењем горе цитираних законских одредаба које регулишу питање мобинга, можемо закључити да Закон о раду Републике Српске непрецизно дефинише појам извршиоца злостављања, односно мобинга. Ово је посебно значајно нагласити управо због бројних недоумица које прате ово питање, јер многи појам мобинга и извршиоца мобинга везују искључиво за директора, што уопште није исправно. Наиме, директор је само један од могућих извршилаца у низу, те се у улози извршиоца злостављања може наћи: 1) послодавац са својством физичког лица (предузетник); 2) одговорно лице код послодавца са својством правног лица; 3) запослени или група запослених код послодавца, који врши злостављање.⁷⁶

⁷⁵ Види: И. Розић, Ј. Бешлагих, 204. Закон о забрани дискриминације БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 59/09 и 66/16, у чл. 4, ст. 3 дефинише мобинг као “облик нефизичког узнемиравања на радном мјесту који подразумијева понављање радњи које имају понижавајући ефекат на жртву чија је сврха или посљедица деградација радних услова или професионалног статуса запосленог”.

⁷⁶ Види: Чл. 6, ст. 3. Закона о спречавању злостављања на раду Републике Србије, Службени гласник Републике Србије, бр. 36/10. Апелациони суд у Београду је у рјешењу Гж1 1270/2013 од 27. марта 2013. год. изнио сљедећи став, којим је прецизно и јасно образложено ко се све може подразумијевати под појмом „одговорно лице у правном лицу“: „У смислу Закона о спречавању злостављања на раду извршилац злостављања сматра се послодавац са својством физичког лица или одговорно лице код послодавца са својством правног лица, запослени или група запослених код послодавца који врши злостављање (члан 6 став 3). Појам одговорно лице не дефинише Закон о спречавању злостављања на раду. У смислу Закона о одговорности правних лица за кривична дела одговорно лице је физичко лице коме је правно и фактички поверен одређени круг послова у правном лицу као и лице које је овлашћено односно за које се може сматрати да је овлашћено да поступа у име правног лица (члан 5 тачка 2). Ради тога, имајући у виду да се у наведеној одредби као извршилац злостављања означава одговорно лице у правном лицу, може се закључити да се под тим појмом подразумева не само директор, старешина органа – лице које је на врху хијерархијске лествице код послодавца већ и свако друго лице које заузима неко место на тој лествици, које због тога има својство надређеног према одређеном запосленом и

Такође, битно је нагласити да Закон о раду (чл. 24, ст. 6) нормира да је послодавац дужан да предузме правовремене и ефикасне мјере с циљем спречавања насиља на основу пола, дискриминације, узнемиравања, сексуалног узнемиравања у раду и/или у вези са радом и мобинга, те не смије предузимати никакве мјере према раднику због чињенице да се жалио на насиље, дискриминацију, узнемиравање, сексуално узнемиравање и мобинг. Међутим, *de lege ferenda*, потребно је кроз законску регулативу прецизније дефинисати које су то “правовремене и ефикасне мјере” за сузбијање дискриминације и злостављања на раду које је послодавац обавезан предузети.

5.1.1. Пасивна и активна процесна легитимација у радном спору ради спречавања злостављања на раду

Наиме, у складу са чл. 25, ст. 1 Закона о раду Републике Српске, у случајевима дискриминације лице које тражи запослење, као и радник, може да покрене пред надлежним судом поступак за остваривање права и накнаду штете од послодавца у складу са законом. Опсег штете обухвата: 1) повреду права радника; 2) нарушавање здравља радника; 3) материјалну штету – изгубљена примања; 4) нематеријалну штету – страх, бол, поремећај психичке и емоционалне равнотеже, посебно ако је посљедица злостављања (мобинга).⁷⁷

У циљу олакшавања доказивања дискриминације, односно њеног сузбијања, у упоредном законодавству (нпр. у америчком), у европском комунитарном радном праву, као и у домаћем, предвиђају се осо-

одлучује о његовим правима, обавезама и одговорности. Ради тога и са становишта ових норми било је нужно разјаснити да ли је у назначеном периоду тужилац био подређен овим лицима и да ли су она била овлашћена да одлучују о његовим правима, обавезама и одговорностима. О томе првостепени суд није дао разлоге због чега је решење садржано у ставу два изреке морало бити укинута“. Преузето из: И. Дрча, *Мобинг из угла судске праксе*, 3; Доступно на: <http://www.pravniportal.com/mobing-iz-ugla-sudske-prakse/>, 27. 4. 2017.

⁷⁷ П. Јовановић, (2015), 156; Наводимо и примјер из судске праксе: “Запосленом који је трпео злостављање на раду, јер је његов непосредни руководилац увредљиво поступао према њему, псовао га, лицемерно и агресивно се односио према њему, давао му увредљиве надимке, безразложно га оптуживао, слао му и упућивао претеће и увредљиве поруке, карактеришући га неспособним за обављање послова на којима је ангажован, припада право на накнаду нематеријалне штете... С обзиром на наведено, наложено је туженом да спречи злостављање које трпи тужилац, обавезан је тужени да му на име нематеријалне штете исплати 50.000 динара, и наложено је објављивање пресуде у дневном гласилу ‘Народне новине’ Ниш о трошку туженог“. Пресуда Апелационог суда у Нишу, 24Гж1 3379/14 од 22. 10. 2014. године; Преузето из: *Избор судске праксе* 3/2015, Глосаријум, Београд, 53.

бена правила о терету доказивања у (судским) споровима у вези са дискриминацијом, при чему терет доказивања пада на туженог – на послодавцу да је основ прављења разлике оправдан, односно послодавац треба да докаже да постоји неопходност за таквим основом прављења разлика (ако је у току поступка тужилац – запослени учинио вјероватним да је извршен акт дискриминације). Другим ријечима, у случајевима посредне дискриминације на послодавцу је терет доказивања оправданости различитог поступања.⁷⁸

Дакле, у случају спора, на послодавцу је терет доказивања да није било дискриминације, односно да је поступљено у складу са законом, уколико лице које тражи запослење, односно лице које је запослено изнесе чињенице које оправдавају сумњу да је послодавац поступио противно закону (чл. 25, ст. 2 ЗОР). Анализом одредаба Закона о раду које нормирају питање титулара права на подношење тужбе, као и питање против кога се иста подноси, можемо закључити да је, у радном спору који за предмет има злостављање на раду, пасивно легитимисан искључиво послодавац и да само он може бити тужени без обзира на то ко је извршилац мобинга (непосредни мобер), док активну процесну легитимацију има запослени који сматра да је изложен злостављању.⁷⁹ Дакле, када је у питању мобинг, у складу са одредбама Закона о раду, заштиту својих права радник може тражити једино судским путем. Веома је битно нагласити да овим законом нису предвиђене новчане казне за такав вид кршења права радника, те инспекција рада по том основу нема могућности за предузимање мјера. У случајевима гдје се радници обраћају инспекцији рада са тврдњом да су изложени мобингу од стране послодавца, инспектори врше контролу како би утврдили да ли послодавац поштује основна права радника која су му гарантована уговором о раду, колективним уговором и правилником о раду.

Из реченог произилази, према нашем мишљењу, да је највећа слабост домаћих одредаба о заштити од дискриминације и злостављања на раду одсуство брзе и ефикасне процедуре заштите жртве како у интeрним поступцима, тако и у судској процедури. Наиме, тренутна нормативна рјешења у радном законодавству Републике Српске у погледу злостављања на раду су фрагментарна, недовољна и непотпуна и не обезбјеђују адекватну заштиту жртвама злостављања на раду.⁸⁰

⁷⁸ Б. Лубарда, (2013), 126.

⁷⁹ Види: чл. 29 Закона о спречавању злостављања на раду Републике Србије, Службени гласник Републике Србије, бр. 36/10.

⁸⁰ У том смислу види: И. Розић, Ј. Бешлагић, 201.

Злостављање на раду присутно је у земљама Европске уније, земљама у окружењу, и код нас, с тим што је у БиХ, у условима транзиције и евидентних вишкова запослених, ова појава још више присутна код појединих послодаваца, који на разне начине покушавају да изврше притисак на неке запослене да сами раскину радноправни однос.⁸¹ Посљедица транзиције, осим отпуштања већег броја радника, јесте и појава „злостављања на раду” од стране послодаваца, који у циљу да се ријеше вишкова запослених без исплате припадајуће отпремнине, непрестаним притиском (додјелјивањем неадекватних послова, честим премјештајем на друге послове и у друго мјесто рада, сталним атаком на професионални и лични углед запослених и др.), доводе до тога да се запослени изолује и да на своју иницијативу раскине радни однос. Такође, у условима стално присутног страха од отказа и поједини запослени прибјегавају понашању којим покушавају да дискредитују своје колеге, да их прикажу као нераднике, некомпетентне и др., у жељи да се на један нелојалан начин ријеше могуће конкуренције.⁸² С друге стране, поједини запослени због страха од губитка посла и у борби за материјалну егзистенцију трпе злостављање на раду. С обзиром на наведено, у теорији постоје мишљења,⁸³ а с чим се и ми у потпуности слажемо, да оваква ситуација сама по себи намеће потребу да питање злостављања на раду треба да буде предмет регулисања посебног закона којим би се уредиле обавезе послодаваца и запослених у погледу предузимања превентивних мјера за стварање здраве радне околине и спречавање појаве злостављања на раду и у вези са радом и уредио поступак заштите лица које је изложено злостављању, као и санкције за такво понашање.⁸⁴ Ово је нарочито потребно имајући у виду да злостављање на раду проузрокује штетне посљедице по психичко стање и здравље жртве злостављања, изазива економско-социјалне, породичне и правне посљедице.⁸⁵

Према томе, с обзиром на то да позитивна радноправна регулатива Републике Српске у погледу злостављања на раду не обезбјеђује адекватну заштиту жртвама злостављања, сматрамо да је питање злостављања на раду у домаћем праву неопходно уредити посебним прописом, по

⁸¹ Види више: Р. Букумирић-Катић, 84.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Види: И. Розиф, Ј. Бешлагић, 212. Исти аутори предлажу да, када је у питању законодавство у БиХ и регулација питања мобинга, будућа законска рјешења, тј. измјене постојећих би се могле кретати у три правца – у правцу измјена и допуна радног законодавства, доношења *lex specialis*, те у правцу измјена и допуна кривичног законодавства. *Ibid.*, 211.

⁸⁴ Види: Р. Букумирић-Катић, 85.

⁸⁵ У том смислу види: Б. Лубарда, (2013), 398–402;

узору на Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије.⁸⁶ Тај посебан пропис би требало да уређује појам злостављања и извршиоца злостављања⁸⁷ (прецизније, подробније и свеобухватније у односу на дефиницију коју даје Закон о раду), облике злостављања, права, обавезе и одговорности послодавца и запослених у вези са злостављањем, поступак за заштиту од злостављања код послодавца (поступак посредовања), судску заштиту, надзор над спровођењем закона и одговарајуће казнене одредбе.

Наиме, веома је битно напоменути да је у Републици Српској, још 2012. године, израђен Нацрт Закона о спречавању злостављања на раду уз учешће социјалних партнера, који је усвојила Народна скупштина Републике Српске на сједници одржаној 7. 11. 2012. године.⁸⁸ Нацртом Закона о спречавању злостављања на раду (који садржи седам поглавља) предвиђено је да се уреди начин и поступак спречавања злостављања на раду код свих послодавца без обзира на карактер власништва и облик организовања, у органима републичке управе и локалне самоуправе и код послодавца када ангажују лица ван радног односа. Министарство рада и борачко-инвалидске заштите је организовало и спровело јавну расправу о Нацрту Закона о спречавању злостављања на раду, након чега је утврђен и Приједлог Закона.⁸⁹ Међутим, доношење посебног прописа о злостављању на раду је пропало из разлога што су, на расправама пред одборима Народне скупштине о Приједлогу Закона о спречавању злостављања на раду, представници Уније удружења послодавца излобировали чланове Одбора за привреду да предложи да Влада повуче Приједлог са сједнице Народне скупштине (Приједлог закона

⁸⁶ Службени гласник Републике Србије, бр. 36/10. Поред овог закона, постоји и Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, Службени гласник Републике Србије, бр. 62/10.

⁸⁷ Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије (чл. 6, ст. 1 и 2) дефинише злостављање на раду као “свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се понавља, а које за циљ има или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета, здравља, положаја запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу раскине радни однос или откаже уговор о раду или други уговор. Злостављање, у смислу овог закона, јесте и подстицање или навођење других на такво понашање. Извршиоцем злостављања сматра се послодавац са својством физичког лица или одговорно лице код послодавца са својством правног лица, запослени или група запослених код послодавца, који врши злостављање из ст. 1 и 2 овог члана (чл. 6, ст. 3).

⁸⁸ О томе види више: Р. Кличковић, “Заштита од злостављања на раду у Републици Српској – тренутно стање и перспективе“, *Радно и социјално право* 2/2015, Београд, 105.

⁸⁹ *Ibid.*, 105–106.

није добио подршку Одбора за привреду, те, самим тим, није разматран на сједници Народне скупштине Републике Српске која је одржана дана 19. 3. 2013. године), јер је потребно у већој мјери узети у обзир интересе послодаваца и овај закон ставити у процедуру заједно са новим Законом о раду.⁹⁰ Неусвајањем Закона о спречавању злостављања на раду као *lex specialis*, позитивно радно законодавство остало је и даље на фрагментарном правном регулисању мобинга, што за последицу има и изостанак потпуног и квалитетног система превенције и ефикасне заштите запослених лица од злостављања на раду као негативног социјалног феномена.

6. Закључак

У радном законодавству Републике Српске (као и законодавству ФБиХ и БД БиХ) не постоји *lex specialis* који директно и свеобухватно регулише питање злостављања на раду. У правном смислу, међутим, злостављање на раду можемо посматрати са аспекта уставноправних, грађанскоправних, кривичноправних и радноправних норми нашег позитивног права. Таква фрагментарност у правном регулисању мобинга је недовољна и непотпуна за исказивање противправности и димензија овог социјалног феномена и не обезбјеђује адекватну заштиту жртвама злостављања на раду. Радноправни оквир третирања питања у вези са мобингом садржан је у Закону о раду и Закону о заштити на раду Републике Српске. Наиме, Закон о раду дефинише мобинг као “специфичан облик понашања на радном мјесту, којим једно или више лица систематски, у дужем периоду, психички злоставља или понижава друго лице с циљем угрожавања његовог угледа, части, људског достојанства и интегритета” (чл. 24, ст. 5). Такође, битно је нагласити да Закон о раду (чл. 24, ст. 6) нормира да је послодавац дужан да предузме правовремене и ефикасне мјере с циљем спречавања насиља на основу пола, дискриминације, узнемиравања, сексуалног узнемиравања у раду и/или у вези са радом и мобинга, те не смије предузимати никакве мјере према раднику због чињенице да се жалио на насиље, дискриминацију, узнемиравање, сексуално узнемиравање и мобинг. Међутим, *de lege ferenda*, потребно је кроз законску регулативу прецизније дефинисати које су то “правовремене и ефикасне мјере” за сузбијање дискриминације и злостављања на раду које је послодавац обавезан предузети. У складу са чл. 25, ст. 1 За-

⁹⁰ *Ibid.*, 107.

кона о раду Републике Српске, у случајевима дискриминације лице које тражи запослење, као и радник, може да покрене пред надлежним судом поступак за остваривање права и накнаду штете од послодавца у складу са законом. Такође, у случају спора, на послодавцу је терет доказивања да није било дискриминације, односно да је поступљено у складу са законом, уколико лице које тражи запослење, односно лице које је запослено, изнесе чињенице које оправдавају сумњу да је послодавац поступио противно закону (чл. 25, ст. 2 ЗОР). Из реченог произлази, према нашем мишљењу, да је највећа слабост домаћих одредаба о заштити од дискриминације и злостављања на раду одсуство брзе и ефикасне процедуре заштите жртве како у интерним поступцима, тако и у судској процедури. С обзиром на то да позитивна радноправна регулатива Републике Српске у погледу злостављања на раду не обезбјеђује адекватну заштиту жртвама злостављања, сматрамо да је питање злостављања на раду у домаћем праву неопходно уредити посебним прописом, по узору на Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије, а све у циљу стварања услова потребних за успостављање здраве и безбједне радне средине. Тај посебан пропис би требало систематично да уређује појам злостављања (подробније и свеобухватније у односу на дефиницију коју даје Закон о раду), облике злостављања, права, обавезе и одговорности послодавца и запослених у вези са злостављањем, поступак за заштиту од злостављања код послодавца (поступак подршке и поступак посредовања), судску заштиту, надзор над спровођењем закона и одговарајуће казнене одредбе. Неусвајањем закона о спречавању злостављања на раду као *lex specialis*, позитивно радно законодавство остало је и даље на фрагментарном правном регулисању мобинга, што за посљедицу има и изостанак потпуног и квалитетног система превенције и заштите запослених лица од злостављања на раду као негативног социјалног феномена. Имајући у виду штетне посљедице које злостављање на раду има по психичко стање и здравље радника као жртве злостављања, али и економске посљедице које трпи и послодавац, реформа домаћег радног законодавства у правцу темељног и цјеловитог правног регулисања питања мобинга путем посебног прописа, јесте у интересу и државе и друштва у цјелини.

Литература и извори

- Балтезаровић, Весна, “Организациона комуникација и мобинг”, *Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду* 2/2009;
- Букумирић-Катић, Радмила, “Примена Закона о спречавању злостављања на раду”, *Радно и социјално право* 1/2010, Београд;
- Einarsen, Stale, *The nature and causes of bullying at work*, International Journal of Manpower, vol. 20, no. ½, 1999;
- Јовановић, Предраг, “Нормативни оквири мобинга”, *Радно и социјално право* 1/2008, Београд;
- Јовановић, Предраг, “Морални интегритет запослених и његов радноправни оквир”, Социјална права и европске интеграције, *Радно и социјално право*, Београд 2011;
- Јовановић, Предраг, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2015;
- Јашаревић, Сенад, “Заштита једнакости запослених у документима ЕУ и Србије”, *Радно и социјално право* 1-6/2006, Београд;
- Јашаревић, Сенад, “Мобинг у пракси и документима ЕУ и Србије”, Зборник радова Правног факултета vol. 42, 1-2, Нови Сад 2008;
- Ковачевић, Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013;
- Кличковић, Рајко, “Заштита од злостављања на раду у Републици Српској – тренутно стање и перспективе”, *Радно и социјално право* 2/2015, Београд;
- Костелић-Мартић, Андреја, *Мобинг: психичко малтретирање на радном мјесту (како препознати мобинг, како се обранити и како га спријечити)*, Школска књига, Загреб 2005;
- Лубарда, Бранко, “Мобинг/булинг на раду”, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, Београд 2008, бр. 2;
- Лубарда, Бранко, „Социјална права и достојанство на раду”, *Радно и социјално право* 1/2008, Београд;
- Лубарда, Бранко, *Радно право*, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013;
- Лубарда, Бранко, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014;

- Leymann, Heinz, *Mobbing and Psychological Terror at Work Places, Violence and Victims*, 5, 1990;
- Петровић, Александар, *Међународни стандарди рада*, Ниш 2009;
- Перић, Слободанка, *Пристојан рад*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Београд 2013;
- Праћић, Нурка, Малеш-Билић, Љиљана, Беганлић, Азијада, Мустајбеговић, Јадранка, *Mobbing, Stress, and Work Ability Index among Physicians in Bosnia and Herzegovina: Survey Study*, Croatian medical journal, 47 (5), 2006;
- Розић, Иво, Бешлагвић, Јасмина, “Позитивноправни приступ проблематици мобинга у БиХ”, *Радно и социјално право* 1/2012, Београд;
- Hirigoyen, Marie-France, *Le Harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*, Syros, Paris 1998;
- Цветко, Алексеј, “Mobbing – posebna vrsta šikane v delovnih razmerjih”, *Podjetje in delo*, br. 5/2003;
- Westhues, Kenneth, *Workplace Mobbing in Academe*, Department of Sociology, University of Waterloo, 2007;
- Избор судске праксе 3/2015, Глосаријум, Београд;

Извори права

- Повеља Уједињених нација (26. јул 1945), Службени лист ФНРЈ, бр. 4/1945;
- Универзална декларација УН о правима човјека, усвојена 10. 12. 1948. године;
- Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима и слободама човјека из 1966. године, Службени лист СФРЈ, бр. 7/1971;
- Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, Службени лист СФРЈ, бр. 7/1971;
- Европска конвенција о заштити људских права (из 1950. године);
- Европска социјална повеља (ревидирана у Стразбуру 3. маја 1996. године), Службени гласник БиХ, Међународни уговори, бр. 6/08;

- Директива бр. 76/207/ЕЕЗ из 1976. године о примјени начела равноправности мушкараца и жена с обзиром на могућност запошљавања, стручног оспособљавања и напредовања те и на радне услове, Official Journal, L 39/40, 14/02/76;
- Директива бр. 2002/73/ЕЗ од 2002. године, Official Journal, L 269/15, 15/10/02;
- Директива бр. 95/46/ЕЕЗ из 1995. године, у погледу прикупљања и саопштавања личних података, Official Journal, L 281, 02/11/1995;
- Оквирна директива бр. 89/391/ЕЕЗ из 1989. године о увођењу мјера за подстицање побољшања безбједности и здравља радника на раду, Official Journal, L 183, 29/06/1989;
- Директива бр. 2000/78/ЕЗ из 2000. године о установљавању општих оквира за једнак третман у запослењу и занимању, Official Journal, L 303, 02/12/2000;
- Директива бр. 97/80/ЕЗ из 1997. године о обавези доказивања, Official Journal, L 014, 20/01/1998;
- Устав Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, и 117/05;
- Закон о раду, Службени гласник РС, бр. 1/16;
- Закон о заштити на раду, Службени гласник РС, бр. 1/08 и 13/10;
- Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89 и Службени гласник РС, бр. 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04;
- Кривични закон, Службени гласник РС, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13;
- Закон о забрани дискриминације, Службени гласник БиХ, бр. 59/09 и 66/16;
- Закон о спречавању злостављања на раду Републике Србије, Службени гласник Републике Србије, бр. 36/10;
- Правилник о правилима понашања послодаваца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, Службени гласник Републике Србије, бр. 62/10.

Интернет извори

<http://www.Leymann.se/English/frame.html>, 11. 10. 2016;

<http://www.glassrpske.com/drustvo/.../Prvapresuda...BiH...mobing.../85464.ht...> 13. 10. 2016;

Дрча, Ирена, *Мобинг из угла судске праксе*, <http://www.pravniportal.com/mobing-iz-ugla-sudske-prakse/>, 27. 4. 2017;

Поповић, Мирјана, *Дискриминација и мобинг у судској пракси*, http://pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet.jsessionid...?p_id_doc=30179, 24.10.2016;

http://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/zakoni/cir/zakoni_u_proceduri/Pr%20Krivicni%20zakonik%20RS.zip, 12. 7. 2017.

Radislav Lale, Ph. D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

PROTECTION OF MORAL INTEGRITY OF EMPLOYEES WITH REGARD TO LEGAL TREATMENT OF MOBBING IN DOMESTIC LAW

Summary

*The paper deals with the issue of systematic abuse at work in the labour legislation of the Republic of Srpska. Given that positive legislation of the Republic of Srpska does not provide adequate protection to victims of abuse, the author believes that the issue of abuse at work in domestic law should be regulated by a special legislation. This special legislation should regulate the concept of mobbing, forms of mobbing, rights, obligations and responsibilities of employers and employees in connection with the mobbing, the procedure for protection from harassment by the employer, judicial protection, supervision of law enforcement and appropriate penalty clauses. The failure to adopt this special legislation as a *lex specialis*, our labour legislation remained still on fragmentary legal regulation of mobbing, which results in the absence of complete, high-quality system of prevention and protection of employees from harassment at work as a negative social phenomenon. Bearing in mind the adverse consequences that mobbing having on mental state and health of workers as victims of abuse, and also economic consequences suffered by the employer, the reform of domestic labour legislation in the direction of the*

basic and comprehensive legal regulation of mobbing questions via a special regulation, is in the interest of the state and society.

Key words: *Dignity at Work, Discrimination, Harassment at work, Horizontal mobbing, Vertical mobbing.*

РАЗЛИЧИТИ МЕТОДОЛОШКИ И ПРАВНИ ПРИСТУПИ У ОДРЕЂИВАЊУ ПОЈМОВА ИНВАЛИД И ИНВАЛИДНОСТ

Др Весна Стојановић*
Наташа Завођа**

***Апстракт:** Положај особа са инвалидитетом од првобитних људских друштава до савременог друштва прошао је дуг еволутивни пут. Од потпуног непрепознавања њиховог постојања до доношења међународних конвенција на глобалном нивоу којима се дефинише њихова потпуна заштита. Из потребе да се помогне особама са инвалидитетом, развили су се у области научних истраживања различити методолошки приступи и дефиниције појмова инвалид и инвалидност. Нека објашњења и истраживања нису издржала пробу времена и нису постала доминантна док су нека схватања и научна истраживања постала доминантна и свеопште прихваћена. У овом раду биће приказани неки методолошки приступи у истраживањима које су за резултат имала детаљније одређивање појмова инвалид и инвалидност (на пример: медицински модел инвалидности, Нађијев модел инвалидности, Квебешка класификација, социјални модел инвалидности и други модели). У том смислу интересантно је навести неке правне прописе на међународном и на националном нивоу, који су битно утицали на промену схватања положаја особа са инвалидитетом и потреби да се они заштите на најквалитетнији начин и укључе у пуном капацитету у све сфере друштвеног и јавног живота.*

***Кључне речи:** инвалид, инвалидност, социјални модел инвалидности, Нађијев модел инвалидности, медицински модел инвалидности, међународни и национални прописи о особама са инвалидитетом.*

* Сарадник Високе школе струковних студија за економију и управу у Београду, запослена у Фонду за пензијско и инвалидско осигурање Републике Србије

** Докторанд Правног факултета Универзитета у Нишу, запослена у Министарству финансија Владе Републике Србије

I. Увод

Различит приступ појму инвалидност нису дали сами инвалиди, већ друштво које често није знало како да се односи према њима. То се запажа и у области терминологије, што на посебан начин сведочи о положају самих инвалида, али и о свести инвалидске популације о свом статусу.¹ Различите су дефиниције појма инвалид и инвалидности, у зависности од модела – приступа који се примењују.

Реч „инвалид“ потиче од латинске речи *invalidus*, која је означавала стање физичке и психичке немоћи; за особу која је слаба, нејака или неспособна за рад.

Општеприхваћени термин у нашем језику је „особе са инвалидитетом“, у мањем обиму користе се термини особе са хендикепом, инвалидна лица (инвалиди рада, инвалиди рата итд.). Чињеница је да се инвалидност везује за болест, немоћ и сиромаштво. Промена свести о улози друштва у дефинисању положаја овог дела становништва у енглеском и латинском језику и ширење социјалног приступа инвалидности довела је до примене термина хендикепиране особе или хендикепирани, чиме се сугерише на ограничену могућност функционисања и термина особе са посебним потребама.

У енглеском језику употребљавају се конструкције: *handicapped person, disabled person, person with special needs*, па према њима *people with handicap* и *people with disabilities*.

У тексту Стандардних правила УН за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом употребљава се термин особа са инвалидитетом (*person with disabilities*) са циљем да се покаже да је инвалидитет (*disability*) једна од карактеристика и да се не односи на целу особу.²

¹ Петровић, Љ., „Дискриминација инвалида у југославенском друштву 1918–1941. године“ (чланак написан као део истраживања на тему „Државна репресија у Краљевини СХС 1918–1929“, у оквиру пројекта Института за савремену историју „Историја српских (југословенских) државних институција и знаменитих личности у 20. веку“, који се финансира из средстава Министарства за науку, технологију и развој Републике Србије (пројекат бр. 1194).

² Ружичић, М., „О језику и терминологији инвалидности“, *Херетикус*, часопис за преиспитивање прошлости, vol. 2, 2004, бр. 3, стр. 45 (аутор је творац речника инвалидности).

II. Различити методолошки приступи у дефинисању појмова инвалид и инвалидност

1. Медицински модел дефинисања појмова

Медицински модел инвалидности посматра инвалидитет као индивидуални проблем, непосредно проузрокован болешћу, повредом или неким другим оштећењем здравља, захтевајући медицинску помоћ и негу од стране стручних лица.³ Основни приступ за решавање инвалидности, са медицинског аспекта, јесте лечење, рехабилитација и адаптација на постојеће стање. После лечења и рехабилитације, када инвалидност постане трајно стање, особа са инвалидитетом упућује се у специјалне школе или на посебне курсеве за преквалификацију или преоспособљавање за неко друго или слично занимање.

Особа са инвалидитетом постаје пасиван субјект зависан од социјалне политике и материјалних давања по основу спровођења мера социјалне политике.⁴

У центар медицинског модела инвалидности поставља се особа која има оштећење (физичко, ментално или сензорно) на основу којег се даје одређена дијагноза. Медицински модел инвалидности сагледава инвалидност као индивидуални проблем, директно проузрокован болешћу, повредом или неким другим оштећењем и због тога захтева стручну медицинску помоћ и негу. У овај поступак укључени су лекари, медицинске сестре, дефектолози, психолози, социјални и хуманитарни радници, који се брину о особама са инвалидитетом.⁵

³ Цуцић, В. и сар., „Особе са инвалидитетом и окружење“, Београд, 2001, стр. 12–15.

⁴ Чворо, В., *Радноправни положај и заштита лица са инвалидитетом*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, стр. 3.

⁵ UNDP-особе са инвалидитетом, у: „Равноправни тренинг за подизање свести о питањима инвалидности“, видети: www.treningosi.org/Cir/Courseview.asp?ID=3. На овом сајту су информације и анализе недостатака медицинског модела одређивања појма инвалидности. „Уколико је немогуће рехабилитацијом ових особа приближити их ‘редовном стању’ тако да се уклопе у оно што друштво сматра ‘нормалним’, онда се за ове особе организују специјалне установе, где ће се о њима бринути стручњаци, по принципу милосрдног приступа. Инвалидност се, дакле, схвата као лични, а не као друштвени проблем. Другим речима, према оваквом схватању, основни проблем је у индивидуи, а не у окружењу...“ Овако схваћена, инвалидност указује на беспомоћност, болест, зависност од других и на постојање тзв. специјалних потреба особа са инвалидитетом. Код нас је овај модел већ дужи низ година у процесу транзиције ка социјалном и све је мање доминантно присутан.

Социјална теорија 20. века пратила је медицинско мишљење у препознавању особа са инвалидитетом као особа са физичким, сензорним и когнитивним оштећењима, као непотпуним особама које због тога нису способне да испуне своје друштвене обавезе. Све ово значи да је инвалидност виђена као лична трагедија. Овакво виђење представља један индивидуални и шири медицински приступ. Прво, инвалидност се види као проблем на индивидуалном нивоу, друго, изједначава се са индивидуалним функционалним ограничењима и, треће, медицинско знање и пракса одређују могућности лечења и неге.⁶ Ниво предрасуда у односу на особе са инвалидитетом доводи до тога да оне постају друштвено одбачене.

Однос између медицинског и социјалног модела најчешће се сагледава као однос између две супротност. Медицински модел сагледава инвалидност као лични проблем, на супрот томе, социјални модел не сагледава инвалидност као битну карактеристику личности, већ као продукт социјалног контекста и околине у којој се особа налази. Социјална конструкција, веровања и предрасуде неумитно воде ка дискриминацији особа са инвалидитетом. Врло сличан социјалном моделу је тзв. модел социјалне помоћи⁷ који сагледава медицинска оштећења као аутоматску сметњу, недостатак који се може на неки начин исправити и побољшати финансијским олакшицама и другим мерама социјалне заштите. Због тога се често претпоставља да је традиционална социјална политика инкорпорирана у поменути модел и да је због тога базирана на медицинској интерпретацији природе инвалидности.

1.2. Светска здравствена организација у дефинисању појма инвалидност

Светска здравствена организација је дефиницију појма инвалидности заснивала на медицинском приступу, не обухватајући социјални и културни аспекти овог појма. Такво једнострано посматрање имало је за последицу дискриминацију тих лица у погледу запошљавања и у другим областима друштвеног живота и активности (нпр. лице са тешким опекутинама и са трајним последицама по физички изглед, иако то лице у медицинском смислу није било онеспособљено односно није особа са инвалидитетом). Светска здравствена организација је наставила да усавр-

⁶ Видети: Пешић, В., Friedrich Ebert Stiftung и Народна канцеларија председника Републике: „Европска унија и особе са инвалидитетом“, Београд, 2006, стр. 13–25.

⁷ Исто.

шава дефиницију инвалидности додајући јој нове садржаје социјалних и културних компонената, да би 1980. године објавила интернационалну класификацију којом се инвалидност дефинише као „стање организма једне особе која услед болести, повреде или урођене мане има трајно, делимично или потпуно смањење способности организма за нормално функционисање, односно када настане смањење способности човека за нормалан социјални живот, рад и привређивање“.⁸

Светска здравствена организација је 2000. године усвојила нову дефиницију појма инвалидности и оштећења, а појам хендикепа је укинут. Појмови инвалидности и оштећења дефинишу се на следећи начин: „Оштећење је сваки губитак или абнормалност психолошке, физиолошке или анатомске структуре или функције. Инвалидност је губитак или ограничење активности која онемогућава да се учествује у друштву на истом нивоу са другима и то због социјалних баријера и баријера у животном окружењу.“⁹

Међународна организација рада (МОП) прихватила је дефиницију појма инвалидности коју је дала Светска здравствене организације.

2. Дефектолошки приступ објашњењу појма инвалидности

У научним радовима из области дефектологије, када се говори о особама са психофизичким оштећењима или поремећајима, најчешће се користе термини: дефектне особе, лица са психофизичким инвалидитетом, особе са оштећењем, особе за тешкоћама у развоју, особе ометене у развоју, хендикепиране особе, инвалиди и др.¹⁰ Дефектолози често користе термин хендикепиране особе за лица која имају психофизичка оштећења и поремећаје, али и тај назив трпи критике.¹¹ Сама реч хендикеп има порекло од енглеске речи *handicap* – отежавање, сметња, лишавање вредности.

⁸ Исто.

⁹ Светска здравствена организација – WHO, Женева, 2000. Квалитативна промена у дефинисању појма инвалидности уведена је од 2000. године када је Светска здравствена организација изменила дотадашњу дефиницију појма инвалидности, која је гласила: „Оштећење је сваки губитак или абнормалност психолошке, физиолошке или анатомске структуре или функције; инвалидност је ограничење или недостатак способности (изазваних оштећењем) за обављање активности на начин или до нивоа који се сматра нормалним за људска бића; хендикеп је тешкоћа или недостатак могућности (услед оштећења или инвалидности) које појединац има у обављању животних активности које су нормалне за његову доб, политичку, социјалну и културну средину.“

¹⁰ Керамитчијевски, С., *Опита логопедија*, Научна књига, Београд, 1999, стр. 20–25.

¹¹ Бенсон, М., *Енглеско-српско-хрватски речник*, Просвета, Београд, 1990, стр. 300.

Поменута појмовна одређења немају само језичке недоумице и недостатке, па је циљ ове анализе и то да се на најпотпунији начин пронађу појмови и изрази који ће свеобухватно одредити ову популацију и појединце и који неће изазвати негативну асоцијацију код представника ове популације¹².

3. Социјални модел (приступ) инвалидности

Социјални модел настао је и развио се седамдесетих година прошлог века. Основа тог модела јесте став да се болест или одређено оштећење као стање мора разликовати од инвалидности, онеспособљености. Мада болест сама по себи или неки други узрок, као што је повреда, глад, сиромаштво, ратови итд., може довести до инвалидности, постоји читав низ других фактора који нису повезани са оштећењем а директно воде у дискриминацију и неједнаке могућности. Ти фактори долазе директно из окружења.¹³ Овим тумачењем истиче се да особе са инвалидитетом морају имати утицаја на политику, развој и пружање услуга које се тичу њихових потреба, дакле, морају имати адекватне сервисе, као што су: службе персоналних асистената; становање уз подршку; дневни боравци; помоћ у кући и разни други облици помоћи; приступачне институције и инфраструктура (без ознаке „специјални“, односе се на свачије потребе); утицај на доношење одлука; право на избор; пуно поштовање основних људских права (право на интегрисано школовање, запошљавање, самостално кретање, самосталан живот, економску сигурност итд.). Ови сервиси заступљени су у земљама у којима је овај модел доминантан, на пример у САД. На тај начин инвалидност престаје да буде само део социјалне заштите, већ постаје питање основних људских права.¹⁴

Присталице социјалног модела инвалидности сматрају да одговорност друштва лежи управо у обавези модификације средине у којој живе особе са инвалидитетом како би се омогућила њихова што потпунија интеграција у све области живота.

¹² Стојановић, В., Наведена докторска дисертација у фусноти бр. 8, стр. 21.

¹³ Социолошки модел инвалидности објашњен је на истом сајту: www.treningosi.org/CiUr?Courseview.asp?ID=3, UNDP-особе са инвалидитетом. По овом моделу, супротно од медицинског приступа, на првом месту је личност, док је на другом инвалидност. Другим речима, инвалидност се схвата као друштвени, а не као лични проблем, будући да друштво не пружа инвалидима, као и осталим маргинализованим групама, подједнаке шансе за нормалан живот без препрека, већ ствара зависност, предрасуде, незнање, недостатак једнаких могућности, изоловане породице, сиромаштво, одузима контролу над личним животом, не пружа адекватне сервисе, доводи до презаштићености или до потпуне изолованости појединаца са одређеним типом инвалидитета.

¹⁴ Исто.

Овај модел се сматра универзалним моделом прикупљања релевантних сазнања о економским, правним, друштвеним и политичким аспектима положаја особа са инвалидитетом.

Неки теоретичари се залажу да се овај модел назове социјално-медицински модел. Присталица тог става је и Вербугер (Verbugger)¹⁵ који сматра да „инвалидност није лична карактеристика већ празан простор између индивидуалних капацитета и захтева околине“.

4. Нађијев модел тумачења инвалидности

Средином шездесетих година, теоретичар Нађи је, изучавајући проблеме који прате особе са инвалидитетом, први ставио „физички недостатак у социјални контекст“. Зато овај модел односно објашњење инвалидности, ужива подршку бројних теоретичара¹⁶ и послужио је и као основ за приступ материји инвалидности већег броја значајних међународних (Светска здравствена организација WHO) и националних установа (Институт за медицину Америчке академије наука). И домаћи аутори (В. Цуцић, Јовановић, И. Митровић, В. Радоман)¹⁷ интензивно се баве Нађијевим моделом и позитивно се изражавају о њему. Он постаје применљив како за теоретичаре, тако и за све који су се у пракси бавили питањима инвалидности. Послужио је и као основ за прву ICIDH класификацију Светске здравствене организације WHO¹⁸ и као својеврсна претеча биопсихосоцијалног модела приступа инвалидности и модела процеса стварања инвалидности и Квебешке класификације.

Нађијев модел чине четири фазе: 1) активна патологија, која се карактерише прекидом или поремећајем у нормалним процесима, као и напорима организма да поново успостави нормално стање; 2) оштећење се карактерише анатомском, физиолошком, менталном или емоционалном абнормалношћу или губитком; 3) функционално ограничење је ограничење особе да „физички“ извршава одређене активности; 4) ин-

¹⁵ Verbugger, M., *The Disablement Process*, Soc. Sci. Med 18(1).14. 1994.

¹⁶ Татић, Д., *Заштита људских права особа са инвалидитетом*, докторска дисертација, Факултет политичких наука Београд, 2007. стр. 14–15.

¹⁷ Цуцић, В. (ур.), *Особе са инвалидитетом и окружење*, Београд (2001), стр. 13–15, Митровић, И., *Мogućност социјалне интеграције телесно инвалидних лица*, магистарски рад, Београд, 2005, стр. 7–16, „Права особа са инвалидитетом“ (ур. Тркуља, Ј.) (2003), Радоман, В., *Специфичности положаја особа са инвалидитетом*, стр. 25.

¹⁸ Исто.

валидност представља ограничење особе у извршењу социјално дефинисаних улога и задатака унутар социокултурне и физичке околине.

Од деведесетих година Нађијев модел није даље развијан¹⁹.

5. Биопсихосоцијални модел инвалидности

Модел инвалидности који је створио научник Нађи, а који је ставио „физички недостатак у социјални контекст“ отворио је пут биопсихосоцијалном моделу који настоји да узме у обзир све различите аспекте инвалидности као друштвеног феномена. Овај модел одражава негативан аспект интеракције индивидуе, њеног здравственог стања и контекстуалних фактора. Услед ове интеракције „нарушено здравствено стање (као резултат акутне или хроничне болести, повреде или трауме) оставља последице у виду оштећења, доводи до промене у активностима (односно у природи и интензитету индивидуалног укључивања у животне ситуације)“. На степен и карактер сваке од ових последица оштећеног здравственог стања делују разни контекстуални фактори, и то лични и околишки.²⁰

У личне факторе по ставовима које утврђује биопсихосоцијални модел инвалидности, спадају пол, године старости, начин савладавања стреса, социјално порекло, едукација, професија, прошло и актуелно искуство, укупан образац понашања, карактер и низ других фактора, док у околишке факторе спадају социјални ставови, цивилно друштво, правна и социјална структура, службе за подршку, архитектонске баријере, клима, терен и др.²¹ Сложена интеракција поменутих фактора доводи до инвалидности, социјалне искључености и маргинализације особа са инвалидитетом. Биопсихосоцијални модел послужио је као основа за новију класификацију Светске здравствене организације WHO ICIDH-2²².

Овај модел је послужио у изради Нацрта стратегије за унапређење положаја особа са инвалидитетом Републике Србије, 2006. године.²³

¹⁹ Стојановић, В., докторска дисертација, фуснота 8, стр. 25–26.

²⁰ Видети сајт: www.Treningosi.org/Cir/Courseview.asp?ID=3.

²¹ Цуцић, В., *Особе са инвалидитетом и окружење*, Београд (2001), стр. 13–15, Митровић, И., *Могућност социјалне интеграције телесно инвалидних лица*, магистарски рад, Београд, 2005, стр. 7–16, Петровић, Љ., *Поглед на инвалидност кроз историју*, стр. 49–54, „Права особа са инвалидитетом“ (ур. Трукуља, Ј.) (2003), Београд; Радоман, В., *Специфичност положаја особа са инвалидитетом*, стр. 24.

²² Исто.

²³ Татић, Д., *Заштита људских права особа са инвалидитетом*, докторска теза, Факултет политичких наука Београд, 2007. стр. 16.

6. Квебешка класификација

Квебешка класификација представља даљу разраду и надградњу²⁴ Нађијевог и биопсихосоцијалног модела приступа инвалидности. После усвајања ICIDH класификације Светске здравствене организације, Квебешки комитет за ICIDH развија модел процеса настанка инвалидности, који нагласак ставља на анализу сложених интеракција личних и околинских фактора. Инвалидност посматра као временски варијабилну категорију која зависи како од личних, тако и од околинских фактора који могу бити подстичући или ограничавајући. Из идеје о интеракцији личних и околинских фактора Норо, Фужеролас и Венсан развијају инструмент за процену животних навика LIFE-H,²⁵ који користе за процену квалитета социјалне партиципације појединаца. Особе посматра као интеракцију њених личних особина везаних за органске системе и способности (унутрашњи фактори) и разних околинских утицаја у окружењу (спољашњих фактора). Иако поменути тим стручњака Квебешког института за рехабилитацију модел процеса настанка инвалидности користи пре свега у процени потреба клијената за асистивним технологијама, овај модел се свакако може ставити и у функцију процене степена социјалне искључености, дискриминације и маргинализације. Као такав представља добродошло теоретско оруђе за утврђивање друштвених процеса који су довели до доношења правних норми за уређење статуса особа са инвалидитетом.²⁶

Развијене земље света прихватају и промовишу социјални модел тумачења инвалидности који у центар пажње не ставља особу, већ друштво које тим особама није омогућило да самостално и несметано функционишу. Предуслов за остваривање људских права и постизање пуне равноправности особа са инвалидитетом јесте постојање антидискриминацијског законодавства, којим се на прецизан начин уређују механизми заштите у случајевима дискриминације на основу инвалидности.²⁷

²⁴ Исто.

²⁵ „Technology and Disability“ 14 (3), 2002: Noreau, L. Fougereyrolas, P., Vincent, C., *The LIFE-H: Assessment of the quality of social participation*, pp. 113–118.

²⁶ Татић, Д., *Заштита људских права особа са инвалидитетом*, докторска дисертација, Факултет политичких наука Београд, стр. 18. Видети сајт: www.disabilitymonitor-see.org/documents/.../Kvebeska%klasifikacija. Порекло Квебешке класификације „Настајање ситуације хендикеп“, уско је повезано са класификацијом Квебешког одбора за Међународну класификацију оштећења, инвалидности и хендикеп (SZO, 1980) основаног 1986. године.

²⁷ Тркуља, Ј., *Различити, али равноправни – од објекта заштите до носиоца права*, „Забрана дискриминације особа са инвалидитетом“, зборник радова, Министарство културе Републике Србије, Београд, 2012. стр. 23.

III. Различити правни приступи у одређивању појмова инвалид и инвалидност

1. Дефинисање инвалидности у неким међународним документима

Међународна организација рада је, као специјализована организација УН, усвојила низ докумената посвећених особама са инвалидитетом. У нашој земљи су ратификоване неке од тих конвенција, и то: Конвенција број 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом,²⁸ Стандардна правила о изједначавању могућности,²⁹ Конвенција број 142 о професионалној оријентацији и стручном оспособљавању.³⁰ На нивоу докумената које је донео Савет Европе у овој области, свакако у ред најзначајнијих спада Европска социјална повеља³¹ (која је више пута мењана и допуњавана), а особе са инвалидитетом се дефинишу као особе чија је перспектива у стицању, задржавању и напредовању у одговарајућој професији значајно смањена као последица прописно признатог физичког или интелектуалног оштећења. Социјални фактори се посматрају у контексту запошљавања особа са инвалидитетом.

2. Примери дефиниције инвалидности у неким европским законима

Сва истраживања показују да се дефиниције инвалидности разликују од земље до земље, али и унутар закона једне земље дефиниције се разликују од закона до закона. Разлике постоје између појма инвалидности у закону о социјалним давањима или у законима који регулишу накнаде инвалидима или мере запошљавања, асистенције и слично. У правној дефиницији различитих категорија инвалидности тежина проблема дефиниције лежи и у чињеници порекла инвалидности, односно врсти инвалидности, да ли је она психичког или телесног порекла. Тежина дефинисања је и у чињеници прецизног одређивања границе између инвалидности и неинвалидности, што је понекад условљено и напретком и новим открићима у медицинској науци.

²⁸ „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 3/87.

²⁹ СРЈ је приступила Стандардним правилима 1995. године.

³⁰ „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 14/82.

³¹ „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/09.

Дефиниција инвалидности је некада условљена намерама законодавца. На пример, закон који регулише социјалну заштиту утврђује право на туђу помоћ и негу имајући у виду различиту циљну групу од закона који регулише дискриминацију особа са инвалидитетом. У законима се питање инвалидности може разликовати и у односу на питање шта је изазвало инвалидност: медицински фактори, фактори средине, социјално порекло, индивидуална или друштвена понашања, различити ставови и слично.

У дефинисању појма инвалидности антидискриминациони закони у неким европским земљама имају за циљ да спрече неједнак третман који је укореењен у стереотипима.³² У области запошљавања стереотипи о особама са инвалидитетом иду од немогућности за рад до немогућности да се равномерно такмиче за радна места на тржишту рада, па до мишљења да особе са инвалидитетом ометају нормалан процес рада и да њихово здравствено стање и заштита на раду представљају ризик за потенцијалног послодавца.

Када се говори о дефиницији инвалидности у контексту антидискриминационих закона у Европској унији, четири земље имају ове законе који у себи садрже дефиницију инвалидности, и то: Ирска, Шведска, Велика Британија и Немачка (Brunel University, 2002, ЕС).³³

Ирски правни систем покрива дискриминацију по питању инвалидности са два законска решења, а кључни је закон о једнаким могућностима при запошљавању по којем инвалидност представља: тотални или делимични недостатак физичких или психичких функција укључујући и недостатак дела тела неке особе; присуство хроничних обољења или болести; нефункционисање, малформацију или физички недостатак дела тела неке особе; стање или сметња која резултира другачији начин учења у односу на особу која нема сметње; стање, болест, обољење које утиче на процес мишљења особе, перцепцију реалности емоција или расуђивања или које изазивају поремећено понашање.

У шведском закону о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, инвалидност представља свако трајно физичко, ментално или интелектуално ограничење функционалног капацитета особе, које је последица повреде или болести настале на рођењу, или се може очекивати да ће се појавити.

³² Перишић, В., *Европска унија и особе са инвалидитетом*, Народна канцеларија председника Републике, Београд, 2006, стр. 19–32.

³³ Исто.

3. Упоредноправни приказ дефиниција инвалидности у законима Републике Србије и законима Републике Хрватске

3. 1. Према законима у Републици Србији

У Закону о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом Републике Србије³⁴ дефинисано је да је особа са инвалидитетом лице са трајним последицама телесног, сензорног, менталног или душевног оштећења, или болести које се не могу отклонити лечењем или медицинском рехабилитацијом, које се суочава са социјалним и другим ограничењима од утицаја на радну способност и могућност запослења или одржавања запослења и које нема могућности или има смањене могућности да се под равноправним условима укључи на тржиште рада и да конкурише за запослење са другим лицима (члан 3).

У Закону о пензијском и инвалидском осигурању,³⁵ који је више пута мењан и допуњаван, знатно је измењена, односно поједностављена дефиниција инвалидности која је постојала у ранијим савезним и републичким законима. Према члану 21 тог закона, инвалидност постоји кад код осигураника настане потпуни губитак радне способности, односно кад код професионалног војног лица настане потпуни губитак способности за професионалну војну службу, због промена његовог здравственог стања проузрокованог повредом на раду, професионалном болешћу, повредом ван рада или болешћу, које се не могу отклонити лечењем или медицинском рехабилитацијом. Оваква дефиниција појма инвалидности је у нескладу са чланом 12 ст. 1 и 4 Закона о раду³⁶ према коме „запослени има право на одговарајућу зараду, безбедност и здравље на раду, здравствену заштиту, заштиту личног интегритета, достојанство личности и

³⁴ „Службени гласник РС“, бр. 36/09 и 32/13.

³⁵ „Службени гласник РС“, бр: 34/03,64/04,84/04, 85/05, 63/06-УС, 5/09, 107/09, и др. закон, 101/10, 93/12, 62/13, 108/13, 75/14).

³⁶ „Службени гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09 и 32/13, 75/14.

Дневни лист „Политика“ од 31. јула 2012, аутор Марија Гапић, чланак под називом „Признаје се губитак, а не смањење радне способности“. Значи, кад је реч о смањењу радне способности, чак и када је проузроковано повредом на раду или професионалном болешћу, осигураници не могу да остваре ниједно од права по том основу, иако им Закон о раду гарантује одговарајућа права за случај смањења радне способности. Запосленог код кога је дошло до смањења радне способности Закон о раду сматра инвалидом рада и за њега прописује посебну заштиту. С тим у вези и чланом 101 овог закона прописана је дужност послодавца да запосленом инвалиду рада обезбеди обављање послова према преосталој радној способности. И Општи колективни уговор такође предвиђа одговарајућу заштиту инвалида рада.

друга права у случају болести, смањења или губитка радне способности, материјално обезбеђење за време привремене незапослености, као и право на друге облике заштите, у складу са законом и општим актом, односно уговором о раду и друга права у случају болести, или губитка радне способности и старости... став 4 Запослени млађи од 18 година живота и запослена особа са инвалидитетом имају право на посебну заштиту, у складу са законом“. Појмом „инвалидност“ Закон о пензијском и инвалидском осигурању очигледно није обухватио смањење радне способности већ само губитак радне способности, што отвара много питања везана за особе са инвалидитетом и њиховом преосталом радном капацитету

3. 2. Према законима у Републици Хрватској

У Закону о Хрватском регистру особа са инвалидитетом,³⁷ инвалидитет је дефинисан као „трајно ограничење, смањење или губитак (које произлази из оштећења здравља), способности извршења неке физичке активности или психичке функције примерене животном добу особе и односи се на способности у облику сложених активности и понашања, које су уопштено прихваћене као битни састојци свакодневног живота“, а „тежина инвалидитета је степен ограничења учинка активности особе са инвалидитетом“ (члан 2). Према овом закону, обележја инвалидитета била би: трајност инвалидитета; ограничење, смањење или губитак способности обављања физичке активности или психичке функције; узрок: оштећење здравља; примереност животном добу; оцењује се према способностима у облику сложених активности и понашања општеприхваћених као битних састојака свакодневног живота.

Дефиниција појма инвалидности у хрватском Закону о мировинском осигурању (као и у Хрватском регистру особа са инвалидитетом), може се рећи да је слична дефиницији тог појма у Закону о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом Републике Србије.

Према Закону о мировинском осигурању,³⁸ инвалидност се дефинише на следећи начин: „Инвалидност постоји када је код осигураника, због промена у здравственом стању које се не могу отклонити лечењем, радна способност трајно смањена за више од половине према телесно и психички здравом осигураннику истог или сличног образовања и спо-

³⁷ Закон о Хрватском регистру особа са инвалидитетом („Народне новине“, бр. 64/01).

³⁸ Закон о мировинском осигурању Републике Хрватске („Народне новине“, бр. 102/98, 127/00, 58/01, 109/01, 147/02 и 117/03).

способности (професионална неспособност за рад). Послови према којима се оцењује способност за рад осигураника обухватају све послове који одговарају његовим телесним и психичким способностима, а сматрају се одговарајућим његовим досадашњим пословима, и/или инвалидност постоји када код осигураника због промене у здравственом стању које се не могу отклонити лечењем, настане трајни губитак способности за рад (општа неспособност за рад)³⁹ (члан 34).

Обележја ове дефиниције показују велику сличност са дефиницијом из бившег савезног Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања СФРЈ.³⁹

Обележја ове дефиниције су: трајност стања неспособности за рад; промена здравственог стања; немогућност отклањања лечењем; смањење радне способности у односу на здраву особу за више од половине (блажи ступањ) или губитак радне способности (тежи ступањ); оцењује се према свим пословима који одговарају телесним и психичким способностима осигураника.

Према Закону о професионалној рехабилитацији и запошљавању особе са инвалидитетом Републике Хрватске⁴⁰ инвалидитет се дефинише као „телесно, осећајно, или ментално оштећење које за последицу има трајну или најмање 12 месеци смањену могућност задовољавања личних потреба у свакодневном животу“ или „као лично стање у односу на способности особе без инвалидитета, једнаке или сличне животне доби, једнаког или сличног образовања, у једнаким или сличним условима рада, на једнаким или сличним пословима, има за последицу трајно или на најмање 12 месеци смањену могућност да се радно оспособи, запосли и ради на тржишту рада под општим условима“, а изузетно и инвалидитет особе „чији је радни учинак у границама очекиваног, али ће се на темељу стварних и процењених општих способности такве особе

³⁹ Ова дефиниција садржи модификована слична решења, односно веома сличну дефиницију инвалидности коју је одређивао савезни закон СФРЈ („Службени лист СФРЈ“, бр. 23/82 и 77/82), који у члану 33 утврђује да инвалидност постоји када код осигураника, због трајних промена у здравственом стању проузрокованих повредом на раду, професионалном болешћу, повредом ван рада или болешћу, које се не могу отклонити лечењем или мерама медицинске рехабилитације, настане смањење или губитак радне способности за обављање послова, односно радних задатака на које је био распоређен и које је обављао пре настанка инвалидности, као и за обављање послова, односно радних задатака у основној организацији који одговарају његовој стручној спреми, односно радној способности стеченој радом. У смислу одредаба наведеног закона постојала су и нека друга права изведена из статуса инвалидности односно из опасности од настанка инвалидности, смањене радне способности, односно преостале радне способности.

⁴⁰ Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особе са инвалидитетом Републике Хрватске („Народне новине“, бр. 143/02).

оценити да је то у интересу очувања њених телесних, сензорних и менталних способности“.

Може се закључити да се овај закон заснива на три дефиниције инвалидитета, и то: прва, која инвалидитетом сматра оштећење (телесно, ментално или сензорно); друга, која инвалидност посматра као смањену радну способност у односу на другу здраву упоредиву особу у погледу оспособљавања, запошљавања и рада на тржишту рада под општим условима и трећа, која инвалидитетом сматра и стање у којем се постиже очекивани радни учинак, али се то стање проглашава инвалидитетом ради очувања телесних, сензорних и менталних способности.

Прве две дефиниције познају трајни и привремени инвалидитет (у трајању од најмање 12 месеци), док би се за трећу дефиницију могло рећи да садржи елемент превенције погоршања постојећег инвалидитета. Осим тога, Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особе са инвалидитетом изричито одређује да се самим уписом у Хрватски регистар особа са инвалидитетом не стичу права, нити настају обавезе према особи са инвалидитетом (члан 4 став 5).

У упоредноправном приказу дефиниције појма инвалидности може се са сигурношћу тврдити да су елементи дефиниције веома слични и да се понављају у скоро свим законима са изузетком малих разлика и специфичности.

IV. Закључак

Поред свих напред наведених модела инвалидности, још увек не постоји међународна, универзална, потпуно прихватљива дефиниција инвалидности од стране свих земаља света упркос великом доприносу Светске здравствене организације која је дала своју дефиницију инвалидности.

Дефиниције инвалидности разликују се од земље до земље или од закона до закона зависно од области коју закон уређује.

У нашем правном систему постоји више дефиниција инвалидности које су урађене према потребама закона који регулише одређене друштвене односе, на пример, да ли се ради о закону који регулише социјалну заштиту, образовање, запошљавање, инвалидско осигурање, дискриминацију, проблеме из области дефектологије и друго. Дефиниција

инвалидности одређена је и чињеницом да ли је инвалидност психичког или телесног порекла, што је све више условљено напретком и новим достигнућима у области медицинских наука.

Проблем дефинисања појма инвалидности и појма особа са инвалидитетом уочен је на свим нивоима разматрања овог питања, на међународном и на националним нивоима држава које покушавају да правно дефинишу постојање ове категорије становништва и да је на адекватан начин заштите.

Vesna Stojanović, PhD

Associate at the Faculty of the Applied Studies for Economy and Administration in Belgrade,

employed at the Pension and Disability Insurance Fund of the Republic of Serbia

Nataša Zavoda

Doctoral candidate at the Faculty of Law of the University in Nis, employed with the Ministry of Finance of the Republic of Serbia

Government

VARIOUS METHODOLOGICAL AND LEGAL APPROACHES TO DEFINING CONCEPTS OF AN INVALID AND DISABILITY

Conclusion

Along with all disabilities models mentioned, there is still no international, universal, and completely acceptable definition of disabilities from all nations of the world, despite the effort of the World Health Organization, which has brought forth their own definition of disabilities.

Definitions of disabilities vary from nation to nation or from law to law, depending on the scope that the law covers.

Within our legal system there are many definitions to disabilities that are made in accordance to the requirements of laws which regulate certain social affairs, for example, laws that deal with social protection, education, employment, disability insurance, discrimination, problems arising from

pre-existing conditions, and others. The definition of disabilities is also determined by a factor of whether the disability is of a psychological or physical nature, which is all the more frequently determined by advances and new developments in the field of medicine.

The problem in defining the term disabilities and the term persons with disabilities is apparent on all levels when analyzing this matter, on an international and national levels of nations which are attempting to legally define the existence of this category of population and to adequately protect them.

Key words: *invalid, disability, social model of disability, Nadi's model of disability, medical model of disability, international and national regulations on invalid persons*

ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Доц. др Александра Вуковић*

Апстракт: Заснивање радног односа представља механизам реализације уставом и законом прокламованог права на рад. Као правне претпоставке за заснивање радног односа и материјалноправни и формалноправни услови за заснивање радног односа темеље се на начелу слободe рада и начелу једнакости у запошљавању и на раду. Међутим, формулација одредаба којим је уобличен начин заснивања радног односа државних службеника, поред одређених недоречености, утиче и на чињеницу да њихова практична примјена дерогира право на рад као једнако право под једнаким условима.

У односу на реализацију начина заснивања радног односа упитно је да ли је начело једнакости у запошљавању и на раду, као начело у коме су апстраховани начело једнаких шанси и поступања, доживјело пуну афирмацију, и да ли су, с тим у вези, сви формалноправни услови за заснивање радног односа у функцији социјалне конкуренције и реализације транспарентности поступка стварне процјене способности кандидата у циљу да најбољи кандидати буду изабрани за заснивање радног односа.

С обзиром на то да поступак заснивања радног односа обухвата разраду низа питања која чине механизам заснивања радног односа, у овом раду биће указано на одређене недоречености позитивног радног законодавства у односу на поједина питања везана за начин заснивања радног односа, односно поједине радње у поступку заснивања радног односа, одређене Законом о државним службеницима Републике Српске, вршећи при том компаративну анализу са осталим службеничким правом у Босни и Херцеговини.

* Доцент на Универзитету за пословни инжењеринг и менаџмент Бања Лука, Студијски центар Требиње.

Кључне ријечи: заснивање радног односа, начело јавног оглашавања, начело слободе избора кандидата, начин заснивања радног односа, посебан режим радних односа.

1. Увод

Правно уређење радноправног положаја државних службеника није нормирано на јединствен начин у свим земљама, што представља рефлексију разграничења права државних (јавних) службеника и радног права. У компаративној анализи радног права видљиво је да се развојем модерне државе мијењао положај и број државних службеника, њихово мјесто и значај у оквиру појавних облика радних односа, што је на одређени начин *specifica differentia* у односу на општи режим радних односа, уређен општим прописима о раду.

С обзиром на то да је службеничко право различито уређено у различитим националним системима, занимљиво је истаћи чињеницу да у Босни и Херцеговини службенички систем није јединствено уређен, што ће дијелом, кроз институт заснивања радног односа државних службеника, бити предочено у овом раду.

Имајући у виду да материјални основ друштва није толико развијен да би се обезбједило запослење сваком поједином грађанину који жели да ради и који испуњава услове за заснивање радног односа, неопходно је утврдити правила и критеријуме који ће се примјењивати приликом реализације заснивања радног односа. Позитивноправно регулисање механизма заснивања радног односа уставом, законом, колективним уговорима и другим општим актима, подразумијева да све радње у поступку заснивања радног односа морају бити предузете у складу са позитивноправно утврђеним режимом заснивања радног односа. Међутим, посебно питање је да ли је позитивном легислативом, којом се нормира поступак заснивања радног односа државних службеника, успостављена само правна, формална једнакост (једнакост *de iure*), која је толико флексибилна да под одређеним околностима постаје „порозна“, при чему „резултат те једнакости не мора бити и једнакост *de facto* (стварна, фактичка једнакост)“, што се најчешће и дешава у стварности.¹ Таквом стању доприноси и чињеница да поступку јавне конкуренције ради заснивања радног односа државних службеника

¹ М. Пауновић, Б. Пауновић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Београд, 2010, стр. 62.

недостају објективни и транспарентни критеријуми на основу којих би се, од стране надлежног тијела, вршило вредновање и рангирање пријављених кандидата, што неминовно захтијева што скорије измјене и допуне позитивног законодавства у наведеном дијелу.

Уважавајући претходну констатацију, у овом раду настојаће се доћи до одговора на питање да ли је позитивно законодавство у погледу заснивања радног односа државних службеника уређено на начин којим се обезбјеђује транспарентност поступка запошљавања и критеријума одабира, да би се, поштујући начело једнакости, радни однос засновао са кандидатом који објективно има најбоље квалификације или, насупротив томе, важеће законодавство у пракси показује одређене слабости, чија примјена често доводи до изигравања закона и нарушавања начела једнакости. У наведеном контексту неопходно је направити хронолошки приступ у односу на начине заснивања радног односа државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине, на нивоу ентитета, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, као и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине.

2. Службенички систем у институцијама Босне и Херцеговине

Правни статус државних службеника у министарствима, самосталним управним организацијама и управним организацијама у саставу министарстава, као и другим институцијама Босне и Херцеговине, уређен је Законом о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине.²

Заснивање радног односа у институцијама Босне и Херцеговине има одређене специфичности које се, између осталог, односе на претходно питање могућности интерног попуњавања упражњеног радног мјеста. С тим у вези, ако у институцији постоји упражњено радно мјесто које се не може попунити интерним премјештајем државног службеника запосленог у институцији на сличном радном мјесту, институција прво може интерно огласити то мјесто. Уколико такав интерни премјештај није могућ, Агенција за државну службу настојаће да упражњено радно мјесто попуни екстерним премјештајем државног службеника који је распоређен на сличном положају у другој институцији. У случају да ни

² Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број: 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).

такав екстерни премјештај није могућ, упражњено мјесто се оглашава путем јавног конкурса, који се проводи у складу са законом.³

Запошљавање и унапређење професионалне каријере државног службеника темеље се на јавном конкурс у и професионалној способности. За разлику од рјешења садржаних у законодавству Републике Српске, Агенција за државну службу може објављени оглас поништити само на образложени захтјев институције и то најкасније до достављања резултата изборног процеса, односно листе успјешних кандидата, с тим да се таква радна мјеста не могу поново оглашавати у периоду од једне године од дана објављивања огласа.

Приликом организовања јавног конкурса, Агенција за државну службу има обавезу да обезбиједи да се приликом избора државног службеника не врши дискриминација. У циљу провођења јавног конкурса Агенција именује посебне комисије за избор и утврђује карактер и садржај јавног конкурса, који се састоји из јавног и стручног испита.

Активности Комисије за избор подразумијевају провјеру и одабир кандидата на основу професионалних способности процијењених путем јавног конкурса на темељу подзаконских аката којима се одређује систем додјеле бодова за сваког кандидата.⁴ Након спроведеног избора кандидата Агенција за државну службу објављује резултате јавног конкурса, писмено обавјештава све кандидате о постигнутим резултатима и поставља државног службеника у складу са резултатом који је као кандидат постигао у изборном процесу.

Руководеће државне службенике именује надлежна институција са листе успјешних кандидата који су прошли јавни конкурс, уз претходно прибављено мишљење Агенције. Уколико се од стране надлежне институције именовање не изврши у року од тридесет дана од дана

³ Упражњено радно мјесто оглашава Агенција, а интерни оглас се објављује најмање осам дана прије крајњег рока за пријаве у институцији у којој се упражњено мјесто појавило. Када је у питању оглашавање путем јавног конкурса, јавни оглас оглашава Агенција, а објављује се у три домаћа средства јавног информирања која су доступна на цијелој територији Босне и Херцеговине, као и на службеној интернет страници Агенције. Законом је одређено да рок за пријаве не може бити краћи од двадесет једног дана од дана упућивања текста огласа институцији. Осим наведеног, и институција у којој се оглашава упражњено радно мјесто обавезна је објавити оглас у дневним листовима у року не дужем од седам дана од дана пријема текста огласа од Агенције.

⁴ Види: Правилник о поступцима оглашавања, избора кандидата, премјештаја и постављења државних службеника у случају преноса или преузимања надлежности од стране институција Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број: 27/08, 56/09, 54/10 и 70/12), Одлука о начину полагања јавног и стручног испита („Службени гласник БиХ“, број: 96/07, 43/10 и 103/12), Правилник о условима и начину обављања интерних конкурса, интерних и екстерних премјештаја државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број: 62/10 и 30/14).

пријема мишљења Агенције и листе успјешних кандидата, Агенција за државну службу ће по службеној дужности именовати најуспјешнијег кандидата. Постављење државног службеника врши се управним актом објављеним у Службеном гласнику Босне и Херцеговине. У случају да постављени државни службеник неоправдано не преузме дужност, орган који је извршио постављење императивно мора поништити рјешење о постављењу у року од петнаест дана од дана предвиђеног за преузимање дужности. Државни службеник прије преузимања дужности прима писмени опис свог радног мјеста и опис услова службе.

Упражњено радно мјесто државног службеника институција може попунити и запошљавањем лица на одређено вријеме, уколико је такво радно мјесто у складу са потребама рада неопходно хитно попунити, а интерна попуна радног мјеста није могућа. Радни однос на одређено вријеме може трајати најдуже девет мјесеци, осим у случају боловања или породилског одсуства државног службеника, али не дуже од двије године. Заснивање радног односа на одређено вријеме врши се у складу са Законом о раду у институцијама Босне и Херцеговине, а институција у којој се врши попуњавање упражњеног радног мјеста обавезна је затражити од Агенције за државну службу сагласност за попуну радног мјеста. Наведене одредбе не односе се на руководеће државне службенике. У погледу заснивања радног односа на одређено вријеме, важно је напоменути да се јавни оглас не расписује за пријем у радни однос запосленог на одређено вријеме до три мјесеца када, због хитности обављања посла, изненадног повећања обима посла и изненадног одсуства запосленог, није могуће правовремено провести јавни оглас.⁵

Након преузимања дужности, државни службеник пролази период пробног рада, који укупно траје дванаест мјесеци, осим ако законом није друкчије утврђено. У случају да након протеча периода пробног рада оцјена рада државног службеника буде незадовољавајућа, институција разрјешава дужности државног службеника, односно престаје му радни однос без права на отпремнину. У вези са наведеним, руководилац институције може на образложени захтјев државног службеника продужити пробни рад за још шест мјесеци. У случају да државни службеник буде разрјешен дужности из наведеног или из било ког другог законског разлога, сљедећи успјешни кандидат са резервне листе поставља се на упражњено радно мјесто државног службеника.⁶

⁵ Члан 9 став 1 тачка ц Закона о раду у институцијама БиХ („Службени гласник БиХ“, број: 26/04, 7/05, 48/05, 60/10 и 32/13).

⁶ Члан 29 Закона о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број: 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).

3. Службенички систем у Републици Српској

Законом о државним службеницима Републике Српске⁷ уређен је посебан режим радних односа којим се нормира радноправни статус државних службеника у републичким органима управе. С тим у вези, „чињеница је да су радно-службенички односи по многим својим обилежјима специфични, особени односи, и да се правне норме које их уређују својом садржином издвајају од општих радноправних норми, градећи посебан режим тзв. службеничког права”.⁸ На права и дужности државних службеника која нису посебно уређена Законом о државним службеницима примјењују се општи прописи на раду.⁹ У случају сукоба правних норми у области радног права, када општи и посебни прописи регулишу исто питање, важи правило да посебан пропис искључује (дерогира) општи (*lex specialis derogat legi generali*). С обзиром на то да ће се у овом раду разматрати само заснивање радног односа државних службеника у републичким органима управе, значајно је подсјетити да је, за разлику од Федерације Босне и Херцеговине, у Републици Српској радноправни статус државних службеника у републичким органима управе уређен Законом о државним службеницима, док је радноправни статус службеника и намјештеника у органима јединице локалне самоуправе, уређен Законом о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе.¹⁰

4. Заснивање радног односа државних службеника у Републици Српској

У Републици Српској државни службеници, у правилу, заснивају радни однос на неодређено вријеме. У републичком органу управе на радном мјесту државног службеника може бити запослено лице које испуњава опште и посебне услове, одређене законом и ак-

⁷ Закон о државним службеницима („Службени гласник Републике Српске“, број: 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16).

⁸ М. Рађеновић, „Мјесто службеничког права у систему права Републике Српске“, *Модерна управа – Часопис за управноправну теорију и праксу*, број 1, Графомарк, Лакташи, 2008, стр. 21.

⁹ Члан 9 Закона о државним службеницима („Службени гласник Републике Српске“, број: 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16).

¹⁰ Закон о о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе („Службени гласник Републике Српске“ број: 97/16).

том о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста.¹¹ За запошљавање и попуњавање упражњених радних мјеста државних службеника потребно је да је радно мјесто систематизовано Правилником о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста у републичком органу управе и да одговара кадровском плану републичког органа управе за текућу годину.¹²

Заснивање радног односа државних службеника у републичким органима управе врши се путем јавног конкурса који се од стране Агенције за државну управу, на захтјев и у име републичког органа управе, расписује и објављује у средствима јавног информисања. Поступак за пријем државног службеника обухвата провјеру испуњености услова јавног конкурса и улазни интервју са кандидатом. Поред наведеног, Законом о државним службеницима и Правилником о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника¹³ одређени су поступак спровођења јавног конкурса и интерног огласа, избор кандидата за запошљавање и постављење државних службеника, као и друга питања у вези са запошљавањем и постављењем државних службеника.

С тим у вези, Агенција за државну управу именује конкурсну комисију за спровођење поступка избора државног службеника путем јавног конкурса и интерног огласа,¹⁴ која проводи провјеру испуњености услова јавног конкурса и обавља улазни интервју са кандидатом.¹⁵ На-

¹¹ Чланом 29 Закона о државним службеницима („Службени гласник Републике Српске“, број: 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16) одређени су општи и посебни услови за заснивање радног односа државног службеника. Поред наведеног, одређени посебни услови, као што су одговарајућа школска спрема и радно искуство у траженом степену образовања, представљају услове који (би требало да) се прецизирају Актом о организацији и систематизацији радних мјеста у републичком органу управе, посебно за свако радно мјесто.

¹² Члан 30 Закона о државним службеницима („Службени гласник Републике Српске“, број: 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16).

¹³ Правилник о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“, број: 68/09, 31/12 и 24/15).

¹⁴ Чланом 34 став 2 Закона о државним службеницима одређено је да: „Комисију сачињава пет чланова, од којих су три члана државни службеници из републичких органа управе на које се јавна конкуренција односи и који имају најмање исти степен школске спреме која је прописана за радно мјесто које се попуњава. Два члана Комисије именују се са листе коју Агенција утврђује и објављује у ‘Службеном гласнику Републике Српске’ након спроведене процедуре избора чланова Комисије, а на основу критеријума које утврди Влада.“

¹⁵ Чланом 17 Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“, број: 68/09, 31/12 и 24/15) одређено је да улазни интервју подразумијева појединачни разговор са кандидатима на основу којег се утврђује способност кандидата да ради на одређеном радном

кон утврђивања коначних резултата јавне конкуренције по спроведеном поступку, конкурсна комисија за спровођење поступка избора државног службеника путем јавног конкурса и интерног огласа утврђује листу успјешних кандидата, коју са комплетном документацијом доставља Агенцији за државну управу.¹⁶

Међутим, поступак запошљавања и избора државних службеника врши се без унапријед објективно утврђених критеријума за избор најбољих или најуспјешнијих кандидата. Практично, улазни интервју који конкурсна комисија обавља са кандидатом представља једини вриједносни систем за бодовање кандидата. Апсурдно је да се једино на основу резултата улазног интервјуа, који проводи именована комисија, „утврђује способност кандидата да ради на одређеном радном мјесту на које се конкуренција односи, општа преданост кандидата служби у републичким органима управе, његова укупна стручност и способност, као и начин организовања и извршавање послова на том радном мјесту“.¹⁷

Претходну констатацију потврђује и извјештај Главне службе за ревизију јавног сектора Републике Српске о запошљавању у јавној управи у коме се, између осталог, наводи да су „испитивања показала да јавна конкуренција, транспарентност и једнакост шанси, као дефинисани принципи запошљавања у јавној управи, нису уважавани у довољној мјери у поступцима запошљавања”, те да су, с тим у вези, различите и дугорочне посљедице које се „дијелом испољавају у смањеним могућностима да избрани кандидат буде и објективно најбољи и са тим повезано, у могућем паду повјерења јавности у рад институција јавне управе”.¹⁸ У односу на наведено, од стране Главне службе за ревизију јавног сектора Републике Српске дата је препорука у којој се наводи да: „Влада треба усагласити и свим институцијама јавне управе испоставити јасне захтјеве везане за поступке јавне конкуренције у смислу транспарентних критеријума за избор, објективног вредновања потребних компетенција и уважавања дефинисаних приоритета у запошљавању”,¹⁹ што практич-

мјесту на које се конкуренција односи, општа преданост кандидата служби у републичким органима управе, његова укупна стручност и способност, као и начин организовања и извршавање послова на том радном мјесту.

¹⁶ Види шире: М. Влатковић, *Службеничко право*, Бесједа, БЛЦ, Бања Лука, 2009, стр. 346–348.

¹⁷ Члан 17 Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“, број: 68/09, 31/12 и 24/15).

¹⁸ Главна служба за ревизију јавног сектора Републике Српске, *Извјештај ревизије учинка РУ 003-13 Запошљавање у јавној управи*, Бања Лука, јули 2014, стр. 33. Доступно на: www.gsr-rs.org/static/uploads/.../RU003-13.

¹⁹ *Ibidem*.

но подразумејива предузимање активности у вези са измјенама и допунама законских и подзаконских прописа којима је регулисан поступак заснивања радног односа државних службеника у републичким органима управе.

У наведеном контексту у циљу већег присуства транспарентности приликом избора кандидата и избјегавања могућности да се способности кандидата у потпуности утврђују на основу субјективног вредновања од стране чланова комисије и без унапријед утврђених критеријума, требало би размотрити законска рјешења садржана у Закону о државној служби у органима јавне управе Брчко дистрикта Босне и Херцеговине у дијелу који се односи на бодовање кандидата. Поред наведеног, у циљу смањења трошкова које кандидати имају у вези са припремом документације која се захтијева конкурсом, а посебно уважавајући чињеницу да се одређени број кандидата пријављује на већи број расписаних конкурса, било би пожељно прихватити законско рјешење којим би изабрани кандидат био дужан да у року од пет радних дана комисији за избор кандидата достави доказе којим се потврђује да кандидат испуњава и опште и посебне услове тражене конкурсом.²⁰

У току даљег поступка у вези са заснивањем радног односа, Агенција за државну управу на интернет страници објављује резултате јавне конкуренције поводом јавног конкурса и императивно спроводи поступак избора кандидата у року од 60 дана, након чега Влади, односно руководиоцу републичког органа управе доставља приједлог листе успјешних кандидата у року одређеним законом.²¹ Након достављања приједлога листе успјешних кандидата од стране Агенције за државну управу, Влада доноси акт о постављењу руководиоца државних службеника, односно руководиоца републичког органа управе доноси рјешење о заснивању радног односа државног службеника.

Међутим, одредба Закона о државним службеницима, којом је одређено да јавни конкурс или интерни оглас није успио „уколико Влада не донесе рјешење о постављењу у року од 30 дана од дана пријема

²⁰ Наведено законско рјешење прихваћено је у Брчко дистрикту Босне и Херцеговине. Види: члан 42 став 2 Закона о државној служби у органима јавне управе Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, број: 9/14).

²¹ Чланом 24 Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“ број: 68/09, 31/12 и 24/15) одређено је да се поступак постављења државних службеника мора завршити најкасније у року од 60 дана од дана пријема приједлога Агенције, за државне службенике које поставља Влада, а за остале државне службенике у року од 30 дана од дана пријема приједлога агенције.

приједлога Агенције, односно руководилац органа не донесе рјешење о заснивању радног односа, односно рјешење о распоређивању у року од 15 дана од дана пријема приједлога Агенције“, апсолутно дерогира сврсисходност постојања института јавног конкурса. У одређеним околностима наведена одредба може да представља неједнако поступање и нарушавање уставом загарантованог основног људског права – права на рад. С тим у вези, давање дискреционе моћи Влади или руководиоцу органа, да својом пасивном радњом, односно недоношењем рјешења о заснивању радног односа или рјешења о распоређивању у законом одређеном року, утиче на чињеницу која представља разлог или правну фикцију за неуспјех јавног конкурса што директно онемогућава предложеном кандидату заснивање радног односа, није у складу са основним начелима садржаним у уставним одредбама, а посебно да је свакоме под једнаким условима доступно свако радно мјесто и функција.²² Анализирајући законске одредбе које се односе на формалноправне услове у погледу поступка за заснивање радног односа и надлежности органа за доношење одлуке о избору кандидата, закључује се да је практична примјена наведених одредаба супротна циљу да се омогући остварење уставног начела слободе рада и једнаких шанси у запошљавању. Имајући у виду поменути одредбу значајно је подсјетити да је Уставом Републике Српске одређено да свако има право на рад и слободу рада, да је свако слободан у избору занимања и запослења и да му је под једнаким условима доступно радно мјесто и функција.²³

С обзиром на све наведено, требало би одредбу члана 40 став 1 тачка г Закона о државним службеницима измијенити да гласи: „Послије спроведеног јавног конкурса и утврђивања од стране Агенције да је јавни конкурс спроведен у складу са законом Влада доноси рјешење о постављењу у року од 30 дана од дана пријема приједлога Агенције, односно руководилац органа доноси рјешење о заснивању радног односа, односно рјешење о распоређивању у року од 15 дана од дана пријема приједлога Агенције“. Прихватањем таквог рјешења у додатној мјери би се оснажио инструмент јавног конкурса, као дијела процедуре и формалног услова за заснивање радног односа. Такође,

²² Члан 39 Устава Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број: 21/92) и Амандмани на Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број: 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02 и 30/02).

²³ Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број: 21/92) и Амандмани на Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број: 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02 и 30/02).

била би избјегнута могућност да Влада, односно руководилац органа, недonoшењем рјешења о постављењу у законом одређеном року од дана пријема приједлога Агенције изврши неједнако поступање према предложеном кандидату, доводећи га на тај начин у дискриминаторски положај. Примјена законске одредбе којом се утиче на стварање правне ситуације којом се сматра да јавни конкурс није успио уколико Влада, односно руководилац органа не донесе рјешење о распоређивању, односно рјешење о заснивању радног односа у законом одређеном року, резултира деградирањем јавности конкуренције и незаснивањем радног односа са кандидатом који „би требало“ да има најбоље професионалне и стручне способности.

С тим у вези, оправдано се поставља питање сврсисходности одредбе Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника,²⁴ којом је одређено да правила и процедуре прописане предметним правилником садрже и обезбјеђују праведност и јавност конкуренције и избор кандидата који посједују најбоље професионалне и стручне способности.²⁵

У погледу питања сврсисходности поменуте одредбе Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника доводи се у питање и одредба истог Правилника која упућује на члан 40 Закона о државним службеницима, а прописује да „јавни конкурс није успио уколико комисија утврди да ниједан кандидат не испуњава услове прописане за избор кандидата или ако Влада не донесе рјешење о постављењу у року од 60 дана од дана пријема приједлога Агенције, односно ако руководилац органа не донесе рјешење о заснивању радног односа у року од 30 дана од дана пријема приједлога Агенције“.²⁶ Дакле, претходне одредбе указују на могућност деградирања отворености и транспарентности поступка јавне конкуренције који има за циљ да се на основу процјене способности изврши одабир најбољих кандидата за државну службу. Таква могућност

²⁴ Правилник о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“, број: 68/09, 31/12 и 24/15).

²⁵ Члан 1 став 2 Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“, број: 68/09, 31/12 и 24/15).

²⁶ Члан 29 став 1 Правилника о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника („Службени гласник Републике Српске“, број: 68/09, 31/12 и 24/15).

поништавања јавног конкурса оправдано указује на то да је неопходно поставити питање да ли се таквим актом, односно пасивном радњом, радњом нечињења, од стране Владе или од стране руководиоца органа, штити јавни интерес.

Такође, оправдано је поставити питање да ли у наведеном случају постоји одговорност за штету која је настала због преговора од стране органа или тијела које их је водило, без намјере да закључи уговор, што се углавном односи на кандидата који је остварио највећи број бодова. Иако „јавни оглас не представља понуду уговора, него само позив упућен јавности да они направе понуду уговора под објављеним условима“,²⁷ наведено законско рјешење било би оправдано само у случају ако је у међувремену престала потреба за попуњавањем упражњеног радног мјеста или у случају да је јавни конкурс расписан за упражњено радно мјесто које није систематизовано правилником и које не одговара кадровском плану републичког органа управе за текућу годину.²⁸

При томе, потребно је указати на неуједначеност појединих термина садржаних у Закону о државним службеницима и Правилнику о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника, као што су термин „комисија за избор кандидата“, који је садржан у поменутом закону и термин „конкурсна комисија за спровођење поступка избора државног службеника путем јавног конкурса и интерног огласа“, који је садржан у поменутом правилнику.

Битно је указати и на поједине неодговарајуће термине садржане у Правилнику о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника. С тим у вези, у дијелу правилника који се односи на спровођење јавне конкуренције у члану 7 одређено је да кандидати који се пријављују на јавни конкурс и интерни оглас, морају испуњавати опште услове. Међутим, умјесто термина „кандидати“ био би примјеренији израз „учесници јавног конкурса“, с обзиром на то да су учесници конкурса лица која су благовремено поднијела пријаве на конкурс, независно од тога да ли заиста испуњавају услове одређене конкурсом. У односу на наведено, кандидате би требало да представљају учесници који су благовремено

²⁷ М. Константиновић, *Облигације и уговори, скица за законик о облигацијама и уговорима*, Центар за документацију и публикације Правног факултета у Београду, Београд, 1969.

²⁸ Чланом 30 Закона о државним службеницима одређено је да је за запошљавање и попуњавање упражњених радних мјеста потребно да је радно мјесто систематизовано правилником и да одговара кадровском плану републичког органа управе за текућу годину.

поднијели пријаве на јавни конкурс и који испуњавају услове прописане конкурсом.²⁹ Дакле, једино са таквим кандидатима би било сврсисходно вршити тестирање или улазни интервју, а тек потом, међу кандидатима који су успјешно завршили тестирање, вршити избор, односно утврђивати листу успјешних кандидата. Поменуто указује на то да би законодавац требало да уважава разлике у положају појединих лица пријављених на јавни конкурс и да, сходно томе, утврди одговарајућу законску терминологију која би имала практичну примјену.³⁰ Потребно је указати и на то да је идентична терминологија садржана и у законима и другим прописима којима је регулисана наведена област у Босни и Херцеговини.

Као што је већ наведено, радни однос државних службеника, у правилу, заснива се на неодређено вријеме³¹ управним актом, односно рјешењем Владе или руководиоца органа након спроведеног јавног конкурса, иако у складу са законом, радни однос државни службеник изузетно може засновати и на одређено вријеме.

С тим у вези, одредбе Закона о државним службеницима Републике Српске у дијелу којим се уређује радноправни статус државних службеника у републичким органима управе, односно запошљавање и попуњавање упражњених радних мјеста, у значајној мјери су дисперзивне и некохерентне, са неодговарајућим формулацијама, а „под одређеним околностима“ могу се тумачити и као дискриминаторске.

Поменута дисперзивност и некохерентност, између осталог, огледа се и у чињеници да је чланом 31 Закона о државним службеницима, као првим чланом којим се уређује заснивање радног односа, законодавац формулисао да се заснивање радног односа у републичким органима управе врши путем јавног конкурса, да би тек у дијелу којим се одређује трајање радног односа (члан 50) законодавац одредио да „изузетно, радни однос може се засновати на одређено вријеме“. С тим у вези, формулација члана 31 став 1 Закона о државним службеницима била би боља уколико би она гласила да: „Заснивање радног односа у

²⁹ Види шире: П. Јовановић, *Радно право*, Треће измијењено и допуњено издање, Нови Сад, 2002, стр. 196–197.

³⁰ Рјешењем Суда удруженог рада Републике Србије, број: 11080/84, од дана 10. 12. 1984. године, одређено је да: „Статус учесника огласа имају само она лица која су поднијела уредне и благовремене пријаве. Лице које поднесе неуредну пријаву нема статус учесника огласа, па самим тим ни статус кандидата за заснивање радног односа“.

³¹ Члан 50 Закона о државним службеницима („Службени гласник Републике Српске“, број: 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16).

републичким органима управе врши се на неодређено или на одређено вријеме“, док би одредба става 2 истог члана могла да гласи: „Заснивање радног односа у републичким органима управе на неодређено вријеме врши се путем јавног конкурса, а заснивање радног односа на одређено вријеме врши се у случајевима одређеним овим законом“.

Поред наведеног приједлога за реформулацију члана 31 Закона о државним службеницима, важно је дати осврт на случајеве у којима је могуће засновати радни однос на одређено вријеме. У том контексту, Законом о државним службеницима таксативно је одређено да државни службеник може засновати радни однос на одређено вријеме: а) ради замјене одсутног државног службеника, до његовог повратка, б) због привремено повећаног обима посла, најдуже до шест мјесеци, в) ради обуке приправника, док траје приправнички стаж и г) за рад на пројекту који одобри Влада, чије је трајање унапријед одређено, до завршетка пројекта, а најдуже 60 мјесеци. Иако је чланом 50 став 5 Закона о државним службеницима одређено да „радни однос на одређено вријеме не може да прерасте у радни однос на неодређено вријеме“, несумњиво је да наведена формулација може довести до различитих начина изигравања закона у смислу што „уопштене формулације крију могућност изигравања (*Fraus latet in generalibus*).³²

Зависно од констелације околности, заснивање радног односа на одређено вријеме може довести до изигравања правила о јавном конкурс у и трајања поменутог радног односа извјестан временски период и то по основу кумулације наведених случајева, као и поновног заснивања радног односа на основу привременог повећања обима посла по истеку рока од шест мјесеци, водећи рачуна да по том основу након шест мјесеци дође до престанка, а потом поновног заснивања радног односа. С обзиром на то да Законом о државним службеницима није одређена временска граница до које радни однос на одређено вријеме може да траје, већ је само одређено да радни однос на одређено вријеме не може да прерасте у радни однос на неодређено вријеме, из разлога правичности, а дијелом и правне сигурности, требало би у члану 50 послџе става 5 додати нови став којим би се прецизирало колико радни однос на одређено вријеме може најдуже трајати, укључујући кумулацију законом одређених основа за заснивање радног односа на одређено вријеме. С обзиром на то да се заснивање радног односа на одређено вријеме врши без објављивања јавног конкурса, у циљу спречавања изигравања закона било би

³² Д. Стојковић, А. Ромац, *Dicta et regulae iuris – Латинска правна правила, изреке и дефиниције са преводом и објашњењима*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 176.

прихватљиво увести одређена законска ограничења која би се огледала у постојању обавезе расписивања јавног конкурса у случају заснивања радног односа на одређено вријеме уколико се нпр. радни однос на одређеном радном мјесту заснива на период дужи од три мјесеца.

Имајући у виду да се попуњавање упражњених радних мјеста државних службеника може, између осталог, извршити и актом о постављењу вршиоца дужности из реда запослених, на сличан начин требало би прецизирати одредбу закона којом је одређено да Влада именује вршиоца дужности на период од 90 дана без провођења поступка јавне конкуренције, с тим да се за исто радно мјесто акт о постављењу може донијети два пута узастопно.

Истовремено, у вези са наведеним, оправдано се поставља питање да ли вршиоцу дужности, који је именован рјешењем, престаје радни однос по сили закона истеком рока на који је именован, односно да ли државни службеник (именован из реда запослених на неодређено вријеме), који је рјешењем постављен за вршиоца дужности, по истеку рока који је назначен у рјешењу о постављењу, има право да и даље обавља функцију вршиоца дужности. Ту се, с једне стране, ради о случајевима у којима Влада није благовремено донијела рјешење о разрјешењу, па се поставља питање да ли се истеком рока који је назначен у рјешењу о постављењу, вршилац дужности по сили закона распоређује на радно мјесто на које је био претходно распоређен рјешењем на неодређено вријеме и, с друге стране, да ли су законити акти и радње које предузима вршилац дужности, чије је рјешење о именовању истекло.

5. Службенички систем у Федерацији Босне и Херцеговине

Законом о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине³³ јединствено је уређен радноправни статус не само државних службеника у органима државне управе, већ и радноправни статус државних службеника кантона, града и општине.³⁴

³³ Закон о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације БиХ“, број: 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06 и 4/12). Уставни суд Федерације Босне и Херцеговине донио је пресуду којом је утврђено да Закон о измјенама и допунама Закона о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације БиХ“, број 99/15), није сагласан са Уставом Федерације Босне и Херцеговине. Види „Службене новине Федерације БиХ“, број 9/17.

³⁴ У Републици Српској радноправни статус државних службеника уређен је Законом о државним службеницима, док је радноправни статус општинских, односно градских службеника

У Федерацији Босне и Херцеговине запошљавање државних службеника и унапређење професионалне каријере државног службеника заснивају се на јавном конкурсима и професионалној способности државног службеника, што претпоставља испуњавање услова и критеријума прописаних законом и подзаконским актима у вези са заснивањем радног односа. Поступак заснивања радног односа државног службеника у Федерацији Босне и Херцеговине превасходно подразумијева давање одговора на неколико претходних питања. С тим у вези, у случају да у органу државне службе постоји упражњено радно мјесто државног службеника, руководиоца органа државне службе прво има обавезу да размотри да ли се упражњено радно мјесто може попунити премјештајем државног службеника који се налази на сличном радном мјесту у истом органу државне службе. Поменути премјештај може бити извршен добровољно или уз сагласност државног службеника који се премјешта, а изузетно може бити и наметнут ако постоје објективно утврђене и неодложне потребе службе.

Попуњавање упражњеног радног мјеста орган државне службе може извршити и преузимањем државног службеника са исте или сличне позиције на основу споразума са другим органом државне службе истог нивоа власти, али уз сагласност или писани захтјев државног службеника, док се, када су у питању руководећи државни службеници, може извршити преузимање само руководећих државних службеника који се налазе на позицији радног мјеста која је истовјетна позицији радног мјеста на којем се врши преузимање.

У случају да руководиоца органа државне службе не одлучи да попуни упражњеног радног мјеста државног службеника изврши на један од наведених начина, руководиоца органа подноси Агенцији за државну службу захтјев за попуни упражњеног радног мјеста. У односу на наведено, Агенција за државну службу има законску обавезу да претходно покуша попунити упражњено радно мјесто државним службеницима који се налазе на листи прекобројних државних службеника.

Уколико се упражњено радно мјесто у органу државне службе не буде могло попунити у складу са неким од претходних начина, Агенција за државну службу врши оглашавање јавног конкурса за попуни упражњеног радног мјеста,³⁵ а не попуњавање радног мјеста

³⁵ Јавни конкурс објављује се најмање 15 дана прије крајњег рока за пријаве у „Службеним новинама Федерације БиХ“ и у најмање два дневна листа која се дистрибуирају на цијелој територији Босне и Херцеговине и на службеној интернет страници Агенције за државну службу (чл. 24. Закона о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине).

оглашавањем јавног конкурса, као што то стоји у закону.³⁶ Агенција за државну службу утврђује карактер и садржај јавног конкурса.³⁷ Изборни процес врши комисија за избор која је именована од стране Агенција за државну службу. Наконведеног поступка оцјењивања кандидата, комисија за избор утврђује листу успјешних кандидата. Агенција објављује резултате јавног конкурса на огласној табли и писмено обавјештава све кандидате о постигнутим резултатима. Постављење државног службеника врши се са листе успјешних кандидата који су прошли јавни конкурс, доношењем рјешења од стране руководиоца органа државне службе, уз претходно прибављено мишљење Агенције за државну службу. Законом није одређено да руководиоца органа мора да одабере кандидата који је на листи успјешних кандидата остварио највећи број бодова.³⁸ У односу на наведено законско рјешење, може се закључити да се губи пуни смисао утврђених вриједносних критеријума и самог поступка јавне конкуренције, јер руководиоца органа државне управе има дискреционо право да одабере кандидата са листе успјешних кандидата, независно од оствареног укупног броја бодова, што би у наведеном дијелу из разлога правичности требало регулисати измјенама и допунама Закона о државној служби.

Државни службеник може засновати радни однос на одређено вријеме. Радни однос на одређено вријеме може бити заснован искључиво у случају дуже одсутности државног службеника са посла (због боловања, породилског одсуства и сл.) и, као такав, траје до повратка одсутног државног службеника на посао. Пријем у радни однос на одређено вријеме врши се подношењем захтјева за попуну радног мјеста Агенцији за државну службу од стране органа државне управе. Агенција прво покушава да упражњено радно мјесто попуни државним службеницима који се налазе на листи прекобројних државних служ-

и намјештеника уређен Законом о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе.

³⁶ Види: члан 24 став 1 Закона о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације БиХ“, број: 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06 и 4/12).

³⁷ Јавни конкурс састоји се из испита општег знања и стручног испита. На приједлог Агенције за државну службу, Влада Федерације подзаконским актом утврђује услове, начин и програм полагања испита општег знања и стручног испита. Кандидати који су положили стручни управни испит или правосудни испит изузети су од полагања испита општег знања.

³⁸ Чланом 2 Правилника о јединственим критеријима, правилима и поступку именовања и постављења државних службеника у органима државне службе Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације БиХ“, број: 4/13) одређено је да листу успјешних кандидата чине кандидати који су на стручном испиту постигли најмање 70% од укупног броја бодова предвиђених за стручни испит.

беника. Ако таква могућност не постоји, Агенција попуно упражњеног радног мјеста врши претходним оглашавањем јавног конкурса за пријем државног службеника у радни однос на одређено вријеме.

6. Службенички систем у Брчко дистрикту Босне и Херцеговине

У Брчко дистрикту Босне и Херцеговине радноправни статус државних службеника, јавних службеника и намјештеника уређен је Законом о државној служби у органима јавне управе Брчко дистрикта Босне и Херцеговине.³⁹

Заснивање радног односа државних службеника у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине има одређене специфичности у односу на ентитетски службенички систем. С тим у вези, Законом о државној служби у органима јавне управе Брчко дистрикта Босне и Херцеговине одређено је да се радна мјеста у органима управе и другим институцијама утврђују организационим планом или правилником о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста. Наведена одредба представља правну нелогичност, јер се поставља питање како је могуће организациони план, који сам по себи не представља правни акт, изједначити или ставити у однос алтернативе са правилником о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста, као општим правним актом (посебно што се у даљем тексту помиње само организациони план), којим би требало да се утврђује назив и опис послова радног мјеста и посебни услови за њихово обављање.

У погледу услова за заснивање радног односа општи услови у потпуности су одређени законом, за разлику од посебних, који се утврђују организационим планом за свако радно мјесто.

Упражњено радно мјесто службеника, односно намјештеника попуњава се на основу утврђених професионалних способности кандидата путем отворене конкуренције и процентуално одражава састав становништва.⁴⁰ Специфичност у спровођењу поступка заснивања радног односа државних службеника јесте постојање два тијела и то: 1. Одбора за запошљавање, као органа који је надлежан за примање и разматрање

³⁹ Закон о државној служби у органима јавне управе Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, број: 9/14, 37/15, 48/16 и 9/17).

⁴⁰ Члан 33 Закона о државној служби у органима јавне управе Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, број: 9/14, 37/15, 48/16 и 9/17).

пријава, предлагање одлуке о расписивању и поништењу интерног огласа или јавног конкурса, праћење рокова и обезбјеђење истовјетних стандарда и поступака приликом запошљавања, и 2. Комисије за запошљавање, као органа који врши одабир кандидата за пријем у органе јавне управе, чија надлежност обухвата селекцију кандидата, заказивање и провођење писменог тестирања, односно усменог интервјуа, оцјењивање професионалних способности кандидата, сачињавање ранг-листе интервјуисаних кандидата и давање препоруке градоначелнику о избору службеника, односно намјештеника.

Иако су у поступку провођења поступка јавне конкуренције и у Брчко дистрикту БиХ значајни сегменти именовање чланова Комисије за запошљавање у органима јавне управе и поступак бодовања кандидата, чињеница је да у Брчко дистрикту БиХ постоји израженија транспарентност и објективност поступка бодовања у односу на остале службеничке системе у Босни и Херцеговини. С тим у вези, постоји законска обавеза органа управе да питања из своје надлежности доставе Комисији за запошљавање, која их императивно мора објавити на веб-страници Владе.

Бодовање кандидата врши се на основу писаног теста, који носи 75% бодова и усменог интервјуа, који носи 25% бодова, што представља активности приликом оцјењивања професионалних способности кандидата, након чега се саставља ранг-листа до пет интервјуисаних, најуспјешнијих кандидата, која се у законом одређеном року доставља градоначелнику.

Одбор за запошљавање дужан је обавијестити изабраног кандидата о избору, а изабрани кандидат дужан је у року од пет радних дана доставити доказе о испуњавању општих и посебних услова тражених конкурсом. Одредба којом се изабраном кандидату налаже да по достављеном обавјештењу о избору, накнадно, у законом одређеном року достави документацију тражену конкурсом, представља добро рјешење, којим се свим учесницима расписаног јавног конкурса не проузрокују непотребни трошкови везани за прикупљање и достављање тражене документације. Након достављене документације и извршене провјере података на основу којих је вршено бодовање кандидата, одбор за запошљавање има обавезу да у законом одређеном року градоначелнику достави на потписивање писмену одлуку о избору кандидата.

Радни однос службеника и намјештеника заснива се доношењем рјешења о заснивању радног односа од стране градоначелника у року

од осам дана од коначности одлуке о избору кандидата. У случају да градоначелник у наведеном року не донесе рјешење, сматра се да је сагласан са одлуком одбора за запошљавање. Наведено законско рјешење подразумијева да се „ћутање администрације“ у наведеној ситуацији правно не изједначава са негативним рјешењем.⁴¹ За разлику од рјешења предвиђених Законом о државним службеницима Републике Српске, наведено законско рјешење представља модел модерне управе и ефикасне заштите права странке у поступку.

У Брчко дистрикту Босне и Херцеговине државни службеник може засновати радни однос на одређено вријеме у законом одређеним случајевима, и то: ради привременог повећања обима посла, замјене одсутног државног службеника, попуњавања мандатних позиција и обављања сезонских послова. Радни однос на одређено вријеме у случају привременог повећања обима посла или замјене одсутног радника може се засновати на период од двије године, док се радни однос за мандатне позиције заснива док траје мандат, а у случају сезонских послова, најдуже до шест мјесеци у току календарске године.

Такође, ни у Брчко дистрикту Босне и Херцеговине радни однос државних службеника на одређено вријеме не може прерасти у радни однос на неодређено вријеме.

7. Усклађивање домаћег права са правом Европске уније

Значај поступка запошљавања (уговорног, система напредовања у каријери или статутарног система) претходно подразумијева јасно утврђена правила чија примјена би била транспарентна, са циљем да се, поштујући начело једнакости, „на радно мјесто постави најбољи кандидат који ће задовољити специфичне потребе дате службе или организације“.⁴² „Када су у питању државни службеници у упоредним службеничким системима, однос личне подређености при вршењу службе за послодавца (државу) се успоставља по правилу на основу акта јавног права (њемачко право), односно управног акта (рјешења старјешине државног органа у домаћем праву) или уговора о раду јавног

⁴¹ Модел тзв. „ћутања управе“, као негативног акта, доминантан је у упоредном праву. Иако у правној теорији постоје различити ставови о не/допуштености или не/законитости органа управе на такво (не)поступање, наш законодавац не квалификује „ћутање управе“ као облик незаконитости, већ му даје значење негативног рјешења.

⁴² *Ibidem*.

права (француско право), а рјеђе по основу уговора о раду приватног права (британско право)⁴³.⁴³ С тим у вези, у правној теорији углавном постоје два система на темељу којих се уређује статус државних службеника, а то су: каријерни (статутарни или тзв. „мерит“ систем),⁴⁴ и уговорни систем,⁴⁵ мада је за неке земље карактеристично да у погледу статуса државних службеника примјењују тзв. мјешовити систем у коме су садржана обиљежја оба наведена система.

Посматрајући уопштено службенички систем у Босни и Херцеговини, као и основне принципе на којима је утемељен, закључује се да наведени систем има углавном обиљежја неklasичног каријерног службеничког система. У односу на наведено, „каријерни систем примјењује се у државној служби у девет држава чланица ЕУ (у Белгији, Француској, Ирској, Њемачкој, Грчкој, Луксембургу, Аустрији и Шпанији), док се у другим државама чланицама (Финској, Низоземској, Шведској, Данској, Италији и Великој Британији) примјењује, не увијек потпуно неklasични каријерни систем“.⁴⁶

Уважавајући актуелни процес хармонизације позитивног законодавства са законодавством Европске уније, може се указати на чињеницу да је Споразумом о стабилизацији и придруживању, закљученим између европских заједница, њихових држава чланица и Босне и Херцеговине, одређено да ће Босна и Херцеговина постепено усклађивати своје законодавство са законодавством заједнице у области услова рада, нарочито здравља и сигурности на раду, те једнаких могућности.⁴⁷

Поред наведеног, у поступку усклађивања позитивног законодавства са тековином заједнице, односно правом Европске уније, значајно је подсјетити на Препоруку Комитета министара државама чланицама

⁴³ Б. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 54.

⁴⁴ У литератури радног права постоји подјела каријерног система на класични и неklasични каријерни систем. Наведени „подсистеми“ разликују се по одређеним карактеристикама, односно „типичним својствима“ који их карактеришу. Види шире: А. Равнић, *Основе радног права – домаћег, успоредног и међународног*, Свеучилиште у Загребу, Правни факултет, Загреб, 2004, стр. 198–201.

⁴⁵ Види: З. Вукашиновић Радојичић, „Европски стандарди статуса државних службеника – Нови закон о државним службеницима“, *Правни живот*, 10/2006, стр. 289–396.

⁴⁶ А. Равнић, *Основе радног права – домаћег, успоредног и међународног*, Свеучилиште у Загребу, Правни факултет, Загреб, 2004, стр. 199.

⁴⁷ Члан 77 Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Босне и Херцеговине. Доступно на: www.dei.gov.ba/bih.

о статусу државних службеника у Европи R (2000)6,⁴⁸ која се темељи на начелима добре праксе која се примјењују на све државне службенике.

Из контекста поменуте препоруке произлази да би запошљавање државних службеника требало бити утемељено „на принципу једнакости приступа јавним радним мјестима и одабиру на основу способности, праведним и отвореним конкурисањем и одсуством дискриминације“.⁴⁹ Међутим, евидентно је да постојеће законодавство и пракса потврђују да постоје одређене недоречености у поступку запошљавања државних службеника, али и бројне могућности изигравања закона, што наводи на закључак да постоји потреба измјене закона у дијелу који се односи на поступак запошљавања државних службеника.

8. Закључна разматрања

У Босни и Херцеговини, као јединственој држави, службенички систем није јединствено уређен, што је дјелимично, кроз институт заснивања радног односа државних службеника, предочено у овом раду.

С тим у вези, настојало се доћи до одговора на питање да ли је позитивно законодавство у погледу заснивања радног односа државних службеника уређено на начин којим се обезбјеђује транспарентност поступка запошљавања и критеријума одабира, да би се, поштујући начело једнакости, радни однос засновао са кандидатом који објективно има најбоље квалификације или, насупрот томе, важеће законодавство у пракси ипак показује одређене слабости, чија примјена често доводи до изигравања закона и нарушавања начела једнакости.

Иако би, како је то претходно наведено, запошљавање државних службеника требало бити утемељено на принципу једнакости приступа јавним радним мјестима и одабиру кандидата на основу способности, праведним и отвореним конкурисањем и одсуством дискриминације, што, претходно подразумијева јасно утврђена правила чија би примјена требало да буде транспарентна, са циљем да се, поштујући начело једнакости, на радно мјесто постави најбољи кандидат који ће задовољити специфичне потребе дате службе или организације, чињеница је да постојећа

⁴⁸ Види: С. Пановић-Ђурић, Г. Арачкић, *Збирка одабраних препорука Савјета Европе*, Савјет Европе, Канцеларија у Београду, Београд, 2004.

⁴⁹ С. Лилић, К. Голубовић, *Европско управно право – Са освртом на управно право Србије у контексту европских интеграција*, Београд, 2011, стр. 101.

легислатива не садржи норме којима је прецизно дефинисан објективан систем вредновања кандидата са којима се обавља „улазни интервју“.

У наведеном контексту у циљу већег присуства транспарентности приликом избора кандидата и избјегавања могућности да се способности кандидата у потпуности утврђују на основу субјективног вредновања од стране чланова комисије и без унапријед утврђених критеријума, требало би, у смислу њихове даље имплементације, размотрити законска рјешења садржана у Закону о државној служби у органима јавне управе Брчко дистрикта Босне и Херцеговине у дијелу који се односи на бодовање кандидата.

У прилог томе иду и одредбе Конвенције Уједињених нација против корупције, обавезујуће и за нашу земљу, којима је прописано: „Свака држава уговорница ће, гдје то одговара и у складу са основним начелима свог правног система, настојати да усвоји, одржава и јача системе ангажовања, запошљавања, задржавања, унапређивања и пензионисања службеника и, гдје то одговара, других неизабраних јавних функционера: (а) који се заснивају на начелима ефикасности, транспарентности и објективних критеријума као што су резултати рада, правичност и стручност“.⁵⁰

Државни службеници, у правилу, заснивају радни однос на неодређено вријеме, иако, у складу са законом, државни службеници радни однос изузетно могу засновати и на одређено вријеме. Зависно од констелације околности, заснивање радног односа на одређено вријеме такође може довести до изигравања правила о јавном конкурс и трајања поменутог радног односа извјестан временски период, што такође захтијева прецизније регулисање.

У овом раду такође је указано на неодговарајуће термине и неуједначеност појединих термина садржаних у Закону о државним службеницима и Правилнику о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника у Републици Српској. Поред наведеног, слична терминологија садржана је и у законима и другим прописима којима је регулисана предметна област у Босни и Херцеговини. С обзиром на то, законодавац би ипак требало да уважава разлике у положају појединих лица пријављених на јавни конкурс и да, сходно томе, утврди одговарајућу законску терминологију која би имала практичну примјену.

⁵⁰ Члан 7 Конвенције Уједињених нација против корупције – United Nations Convention against Corruption (UNCAC).

Aleksandra Vuković, PhD, Assistant Professor
at the University for Business Engineering and Management Banja
Luka, Trebinje Study Centre

ESTABLISHMENT OF EMPLOYMENT OF STATE OFFICIALS

Summary

The legal institute of establishment of employment represents a realisation mechanism of constitutionally and legally proclaimed right to work. As legal assumptions for establishment of employment, both, substantive and formal conditions for establishment of employment are grounded on the principle of labour freedom and principle of equality in employment and at work. However, formulation of provisions shaping establishment of employment of state officials, besides certain understatements, influences the fact that their practical application derogates right to work as equal right under equal conditions.

Related to realisation of modes of employment establishment, it is questionable if the principle of equality in employment and at work, as a principle in which are abstracted the principles of equal opportunities and treatment, has reached full affirmation and if, in relation to that, all formally legal conditions for establishment of employment in function of social competition and realisation of transparency of the procedure for real estimation of a candidate, aiming at selection of the best candidates for employment establishment.

Concerning that legal norms for establishment of employment envelop elaboration of a series of issues that make mechanism of employment establishment, in this dissertation it will be indicated to certain vagueness of positive labour legislation in relation to certain issues linked to legal norms of establishing of employment, i.e. certain actions in the procedure of establishment of employment determined by the Law on State Officials of Republika Srpska, while exercising comparative analysis with other civil service legislation in Bosnia and Herzegovina.

Key words: *establishment of employment, principle of public advertising, principle of free selection of candidates, method of establishment of employment, special regime of employment relationships.*

ПРАВА, ОБАВЕЗЕ И ОДГОВОРНОСТ ИЗ РАДНОГ ОДНОСА У СИСТЕМУ РАДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Рајко Кличковић*
Мср Ирина Шолаја**

***Апстракт:** Циљ овог рада је да прикаже права, обавезе и одговорности страна у радном односу, радника и послодавца у контексту новог Закона о раду које чине садржину радног односа. Новим Законом о раду први пут су у систему рада Републике Српске на систематичан начин уређена права, обавезе и одговорност страна у радном односу. Ранијим законским рјешењима, права, обавезе и одговорност радника и послодавца су се подразумијевале и изводиле из других одредаба и биле расуте по цијелом закону.*

Прецизирањем и јасним дефинисањем права, обавеза и одговорности у Закону о раду учињен је значајан напредак, чиме је створена већа правна сигурност страна у радном односу када је у питању испуњавање обавеза и остваривање права. Ово је посебно значајно за остваривање права и заштиту права радника као слабије стране у радном односу. Закон о раду предвиђа да се права, обавезе и одговорности из радног односа додатно уреде и колективним уговором, а правилником о раду и уговором о раду само када је то овим законом одређено. На овај начин се обезбјеђује да радници утичу на додатно уређивање права, обавеза и одговорности страна у радном спору кроз процес закључивања колективног уговора.

***Кључне ријечи:** радни однос, права, радник, послодавац, обавезе, одговорност.*

* Универзитет за пословне студије, Факултет правних наука, Бања Лука.

** Виши асистент, Универзитет за пословне студије, Факултет правних наука, Бања Лука.

Увод

У овом раду права, обавезе и одговорност из радног односа посматрамо у контексту новог Закона о раду¹ Републике Српске, који је, за разлику од ранијих закона, први пут дефинисао радни однос и прописао основна права, обавезе и одговорности из радног односа те увео и друге значајне новине у систем рада Републике Српске. Закон о раду у одредби члана 1 утврђује да је предмет овог закона радни однос, права, обавезе и одговорности из радног односа и други односи по основу рада ако посебним законима није друкчије одређено. То значи да се, поред овог закона, као системског прописа обавезе, права и одговорности могу уредити у потпуности или дјелимично и посебним прописима. Значајну новину у овом закону представља дефиниција радног односа. У одредби члана 1 става 2 овог закона, радни однос се дефинише као однос који се успоставља између послодавца и радника правним актом. Правни акти којима се успоставља радни однос су: уговор о раду, одлука о пријему, одлука о избору и именовану и други правни основи уређени посебним законом. Радни однос, обавезе, права и одговорности страна у радном односу дефинисане и прописане Законом о раду су широко постављене и односе се на општи режим рада.

У Закону о раду, како је већ речено, по први пут се у систем рада Републике Српске прецизно утврђују права, обавезе и одговорности страна у радном односу, која су се у ранијем Закону о раду подразумијевала и била утврђена кроз поједине одредбе и расуте по цијелом закону.

Предмет нашег интересовања је радни однос који се успоставља уговором о раду, који је, без обзира на друге основе успостављања, преовлађујући и најчешћи начин ангажовања рада у пракси запошљавања. Сада је, за разлику од ранијих законских рјешења, предвиђено да се права, обавезе и одговорности из радног односа уређују колективним уговором, а правилником о раду и уговором о раду само када је то овим законом одређено. Због ограниченог простора у овоме раду даћемо приказ права, обавеза и одговорности из радног односа на начин како је то систематизовано Законом о раду који се суспидијарно и резидуално примјењује и у другим режимима рада.

¹ „Службени гласник Републике Српске“, број 1/16.

І Основна права, обавезе и одговорност радника и послодавца

Права, обавезе и одговорности страна у радном односу, односно радника и послодавца чине садржину радног односа. Они могу бити индивидуални и колективни.²

Индивидуална права, обавезе и одговорности односе се на: распоређивање радника; радно вријеме, одморе и одсуства; заштиту на раду; плату, накнаду плате и друга лична примања; забрану конкуренције, дисциплинску одговорност; одговорност за штету; удаљење са рада; престанак потребе за радом, престанак радног односа и заштиту повријеђених права.

Колективна права, обавезе и одговорности односе се на: оснивање савјета радника, синдикално и корпоративно удруживање, колективно преговарање, закључење колективног уговора, међусобне односе учесника колективног уговора, штрајк и друге агресивне начине остваривања колективних интереса.

С обзиром на то да колективна права немају директну везу са уговором о раду, нећемо их обрађивати у овоме раду, обрадићемо укратко само индивидуална права, обавезе и одговорности. Прописивање основних права и обавеза радника и послодавца у Закону представља значајну новину и квалитет у систему рад јер оваква рјешења стварају већу правну сигурност за обје уговорне стране у радном односу. Основна права и обавезе радника и послодавца, чине садржину радног односа и суштинску међусобних односа које се конкретизују уговором о раду закљученим међу тим странама, Основна права и обавезе радника и послодавца посматрамо и анализирамо кроз сљедеће цјелине: права радника, (члан 12–14 Закона о раду); обавезе радника (члан 15 Закона о раду); обавезе послодавца (члан 16 и 17 Закона о раду); обавезе послодавца и радника (члан 18 Закона о раду).

Права радника

Новим Законом о раду по први пут се прецизно утврђују права радника која се остварују по основу радног односа³. У ранијем Закону о раду, права радника су се подразумијевала и била су утврђена кроз поједине

² Зоран Ивошевић, *Радно право*, четврто допуњено и измењено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 59.

³ Члан 12 Закона о раду

одредбе расуте по цијелом закону. Садржину радног односа чине права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца.

Индивидуална права радника, која уједно представљају и обавезу и одговорност послодавца, односе се на: распоређивање радника; радно вријеме, одморе и одсуства; заштиту на раду; плату, накнаду плате и друга лична примања; забрану конкуренције; одговорност за штету; удаљење са рада; престанак потребе за радом, престанак радног односа; заштиту повријеђених права, итд.

Код ових права, као новину посебно истичемо право на заштиту личног интегритета. Под заштитом личног интегритета подразумијева се како заштита физичког тако и моралног интегритета. Физички интегритет штите прописи о хигијенској, техничкој и здравственој заштити. Морални интегритет штите прописи о заштити личности, личних података и заштити од злоупотребе привремене спријечености за рад. Остала права радника штите се овим законом и прописима којима се регулише област заштите на раду, здравствене заштите и прописа о социјалном осигурању.

Посебно треба нагласити право жене радника на посебну заштиту за вријеме трудноће и након порођаја. Иако је жена у раду изједначена са мушкарцем, она ужива посебну заштиту само као трудница и породиља. Посебна заштита жене раднице као труднице подразумијева заштиту од рада који штетно дјелује на њено здравље и здравље плода. Што се тиче заштите жене као породиље, та заштита подразумијева заштиту од сваког рада до навршених 12 односно 18 мјесеци од дана порођаја.

Наравно, у права радника се убраја и право на посебну заштиту ради његе дјетета као и право радника млађег од 18 година живота и радника инвалида на посебну заштиту.

Поред индивидуалних права радника, морамо имати у виду права која радник непосредно, односно посредством својих представника остварује, а то су: право на удруживање, учешће у преговорима за закључивање колективних уговора, мирно рјешавање колективних и индивидуалних радних спорова, консултовање, информисање и изражавање својих ставова према битним питањима у области рада⁴. Када је ријеч о колективним правима, морамо нагласити да се ова права, иако представљају право сваког радника појединачно, сврставају у колективна права због начина остваривања.

⁴ Члан 13 Закона о раду.

Обавезе радника

Обавезе радника произлазе из садржине радног односа и прописане су у овој одредби, на једном мјесту, док су се у ранијем закону изводиле и подразумијевале у појединим одредбама које нису биле систематизоване.

Обавезе радника наводе се и у уговору о раду, чиме се врши упоједињавање ових обавеза конкретно на радника појединца и оне уједно представљају право послодавца да од радника захтијева њихово извршавање. Радник је прије свега дужан да: савјесно и одговорно обавља послове на којима ради; поштује организацију рада и пословања код послодавца, као и услове и правила послодавца у вези са испуњавањем уговорних и других обавеза из радног односа; обавијести послодавца о битним околностима које утичу или би могле да утичу на обављање послова утврђених уговором о раду; обавијести послодавца о свакој врсти потенцијалне опасности за живот и здравље и настанак материјалне штете; приступи здравственим прегледима и оцјени радне способности на захтјев послодавца.

Посебно истичемо обавезу радника да у свакој прилици поступа у складу са постављеним системом рада код послодавца, да ни у једној прилици не одступа од постојеће организације, предвиђених услова и утврђених правила рада као и да увијек испуњава уговорне и друге обавезе из радног односа.

Обавезе се односе искључиво на обављање послова ради којих је радник засновао радни однос. Поред ових обавеза, радник је дужан изузетно, привремено, да обавља послове који не одговарају ни врсти ни степену његовог стручног образовања, знања и радног искуства у случају више силе (природних или других несрећа у којима је угрожен живот и здравље људи или имовина), спашавања људских живота и здравља, изненадног квара сировина и материјала који проузрокују потпун или дјелимичан застој радног процеса код послодавца, ако је оспособљен за руковање средствима рада и средствима заштите на раду на пословима које је дужан привремено обављати.

Ранији прописи су такође садржавали овакву одредбу и углавном се радило о вишој сили и околностима које су изван контроле и надзора послодавца. Међутим, поред распореда усљед више силе, постоје случајеви када послодавац може распоредити радника да привремено обавља друге послове који не одговарају врсти и степену његовог струч-

ног образовања у случају изненадног повећања обима посла, замјене одсутног радника или обавезе извршавања уговореног посла, с тим да такав распоред не може трајати дуже од 60 дана у току једне године (мисли се на календарску годину).

Околности које су наведене као разлог за распоред посљедица су процеса рада. Законодавац је у оба случаја привременог распореда заштитио радника када је у питању плата јер је прописао да радник има право на плату свог радног мјеста, односно плату радног мјеста на које је привремено распоређен уколико је та плата за њега повољнија.

Обавезе послодавца

Овим чланом утврђене су обавезе послодавца које се могу навести и у уговору о раду и компатибилне су правима радника која произлазе из радног односа.

Путем позитивне нумерације, обавезе послодавца се први пут прецизно утврђују Законом о раду. Према овој одредби, послодавац је дужан да: радника пријави у јединствени систем и уручи му копију пријаве; раднику приликом ступања на рад уручи идентификациону исправу радника; раднику за обављени рад исплати плату у складу са законом, општим актом и уговором о раду; раднику обезбиједи услове рада и организује рад ради безбједности и заштите живота и здравља на раду, у складу са законом и другим прописима; радника, у року од 15 дана од дана ступања на рад, упозна са обавезама које произлазе из прописа о раду и прописа о безбједности и заштити живота и здравља на раду; раднику обезбиједи обављање послова утврђених уговором о раду; колективно осигура све раднике за случај несреће на послу и затражи мишљење синдиката у случајевима утврђеним законом, а код послодавца код кога није основан синдикат од савјета радника или представника кога одреде радници.

Како смо напријед навели, неке од обавеза послодавца су компатибилне праву радника, као нпр. обавеза исплате плате послодавца јесте право радника на плату за обављени рад; обавеза обезбјеђивања услова рада и безбједности и заштити живота и здравља на раду компатибилна је праву радника да ради у сигурном радном окружењу без ризика; дужност обезбјеђивања послова утврђених уговором о раду компатибилна је са правом радника да извршава уговором утврђене послове; итд.

Законодавац је прописао обавезе послодавца не само према раднику већ и према синдикату као организацији која штити интересе и права радника. Обавезе послодавца тичу се информисања или обавјештавања радника.

У том смислу, послодавац је дужан да информише раднике, односно њихове представнике о правима, дужностима и одговорностима које произлазе из закона и колективног уговора, а нарочито о условима за утврђивање плата, платама, условима рада, начину заштите права радника, општем стању и перспективи послодавца и дјелатности, те плановима за будући развој, перспективи радног односа, условима рада и заштите на раду.

Што се тиче дужности обавјештавања радника од стране послодавца, оне се углавном односе на утврђивање престанка потребе за радом радника и упознавања са могућностима за рјешавање њиховог радноправног статуса. Мисли се на збрињавање вишка радника.

Синдикат има право да захтијева од послодавца и друге информације значајне за остваривање права радника, осим информација које представљају пословну тајну послодавца. Када је ријеч о информацијама значајним за остваривањем права радника, оне су прецизније дефинисана Законом о савјету радника који је и уредио обавезу информисања и обавјештавања о тим другим питањима. Та друга питања тичу се: услова рада радника, заштите на раду, исхране, планова, планских резултата, и друго.

Обавезе послодавца и радника

У систему рада Републике Српске, новим Законом о раду посебно је уређена и наглашена обавеза за обје уговорне стране на поштовање и придржавање обавеза утврђених законом, општим актом и уговором о раду јер права и обавезе произлазе из садржине двострано обавезног радног односа. То значи да законодавац, послодавцу и раднику намеће заједничку обавезу и дужност да поступају у складу са правима и обавезама које им утврђује закон и општи акт и које су преузели закључивањем уговора о раду. Боље речено, послодавац и радник су у остваривању права и испуњавању обавеза из радног односа потчињени императивним нормама које су садржане у законима и општим актима. Имајући у виду да су права и обавезе из радног односа условљене (право радника је обавеза послодавца и обрнуто), потчињеност императивним

нормама садржаним у прописима обезбјеђује ефикасан радни амбијент у коме се оба субјекта радног односа могу посветити раду у заједничком интересу. Свако непридржавање права и неиспуњавање обавеза из радног односа доводи до конфликта, чиме се умањују резултати рада.

II Одговорност радника и послодавца

Одговорност радника и послодавца у радном односу подразумијева извршавање обавеза из уговора о раду којим су уређена права и обавезе обје уговорне стране односно страна у радном односу. Углавном се одговорност своди на одговорност за повреде обавеза из уговора о раду и материјалну одговорност. У члановима 137–153 Закона о раду дефинисане су повреде обавеза из уговора о раду од стране радника, прописане мјере за повреду радних обавеза и радне дисциплине, накнада материјалне штете и удаљење радника са рада.

Повреда обавеза из уговора о раду од стране радника

Радник је дужан да се на раду придржава обавеза прописаних законом, колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду, и да своје радне обавезе извршава на начин којим неће онемогућавати или ометати друге раднике у извршавању њихових радних обавеза.

Једна од основних обавеза коју радник преузме закључивањем уговора о раду јесте обавеза да своје радне дужности извршава на начин којим неће онемогућавати или ометати друге раднике у извршавању њихових радних обавеза. Када се анализирају обавезе преузете уговором о раду, оне се могу подијелити на обавезу извршавања рада, обавезу понашања према другим радницима и клијентима послодавца и опште обавезе цивилизованог понашања. Могућа је и подјела на основне (суштинске) и помоћне обавезе радника, као и подјела на обавезе у току и по престанку радног односа. Подјела се врши на позитивне и негативне обавезе, као и на редовне и ванредне обавезе. Основна позитивна обавеза радника у току трајања радног односа јесте извршавање рада, радних налога које раднику издаје послодавац. Ова обавеза проистиче из начела субординације у радном односу, у који радник ступа по закључењу уговора о раду. Обавезе радника могу бити и негативне – да не присваја средства послодавца, да му не наноси штету, да не долази у конфликт са

послодавцем и другим радницима, да не одаје пословну тајну и слично. Постоје обавезе радника и по престанку радног односа, као што је чување послове тајне, забране конкуренције, и слично.

За повреду радних обавеза радник је одговоран послодавцу, а ако је повредом радних обавеза причињена материјална штета послодавцу или трећим лицима, или је учињено кривично дјело или прекршај, радник је одговоран материјално, односно кривично и прекршајно. Материјална одговорност радника према послодавцу или трећем лицу не искључује прекршајну односно кривичну одговорност, и обрнуто. Према томе, радник може бити материјално одговоран према послодавцу или трећем лицу за проузроковану штету и истовремено да буде кажњен за прекршај или да кривично одговара.

Закон о раду у систему одговорности радника разликује одговорност за повреде радних обавеза и повреде радне дисциплине. Повреде радних обавеза могу бити теже и лакше. Под тежом повредом радне обавезе сматра се такво понашање радника на раду или у вези са радом којим се наноси озбиљна штета интересима послодавца, као и понашање радника из кога се основано може закључити да даљи рад радника код послодавца не би био могућ. Законодавац је посебну пажњу усмјерио на само понашање радника као и посљедице тог понашања. Разликовање тежих и лакших повреда радних обавеза значајно је због тога што послодавац раднику који је својом кривицом учинио тежу повреду радне обавезе може отказати уговор о раду, али није дужан. За лакше повреде радних обавеза које чине пропуст у раду или у вези са радом који се не сматра тежом повредом радних обавеза, послодавац ће писмено упозорити на такво понашање или изрећи блажу мјеру.

Према нашем мишљењу, пропусти у раду или у вези са радом (које се не сматрају тежом повредом радних обавеза) у ствари представљају повреде радне дисциплине радника прописане чланом 179 став 3 тачка 1–7 Закона о раду.

Утврђивање и прописивање лакших повреда радних обавеза законодавац је резервисао за колективне уговоре или правилнике о раду. То значи да се под лакшим повредама радних обавеза сматрају пропусти у раду и у вези са радом који немају значајније штетне посљедице по послодавца и који се не сматрају тежим повредама радних обавеза.

Мјере за повреду радних обавеза и радне дисциплине

Раднику се за повреду радних обавеза и повреду радне дисциплине могу изрећи мјере, и то: писмено упозорење, новчана казна и престанак радног односа.

Мјера престанка радног односа не се изриче за лакше повреде радне обавезе. То значи да се за лакше повреде радне обавезе само изричу мјере: писмено упозорење и новчана казна.

Послодавац, ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине није такве природе да раднику треба да престане радни однос, умјесто отказа уговора о раду може раднику изрећи новчану казну у висини до 20% основне плате радника за мјесец у коме је новчана казна изречена, у трајању до три мјесеца, која се извршава обуставом од плате, на основу одлуке послодавца о изреченој мјери или писмено упозорење са најавом отказа уговора о раду у којем се наводи да ће послодавац раднику отказати уговор о раду без поновног упозорења, ако у наредном року од шест мјесеци учини повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине.

Послодавац може, а није дужан да раднику откаже уговор о раду због повреде радне обавезе или непоштовање радне дисциплине. Међутим, уколико утврди да су извршене повреде радне обавезе или радне дисциплине због кривице радника, има право и могућност да отказ уговора о раду (које је дато као правило) замијени другом мјером уколико постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине, није такве природе да раднику треба да престане радни однос, а што се утврђује у сваком конкретном случају.

Накнада материјалне штете

Материјална одговорност је одговорност за проузроковану штету. Ова одговорност се огледа у: штети коју радник проузрокује послодавцу; штети коју послодавац проузрокује раднику; и штети коју радник проузрокује трећем лицу. За питања материјалне одговорности од значаја су одредбе овог закона, општих акта (колективних уговора и правилника о раду), као и Закона о облигационим односима који на општи

начин регулише питања штете настале на раду или у вези са радом, начин како се штета утврђује и надокнађује, и слично. Закон о облигационим односима је пропис супсидијарног карактера, у односу на овај закон и опште акте (примјењиваће се на сва питања која овим актима нису регулисана).

Радник који на раду или у вези са радом намјерно или из крајње непажње причини материјалну штету послодавцу, дужан је да ту штету накнади. Намјера или крајња непажња говоре о степену кривице радника, без које нема одговорности. Одговорности нема ни без штете, која је услов за одговорност радника.

Да би радник био одговоран за штету, морају бити испуњена три услова: постојање штете, узрочна везна између радње радника и штете, кривица радника (намјера или крајња непажња).

Материјална штета, према одредбама Закона о облигационим односима, може се састојати у умањењу имовине или спречавању њеног увећања. У првом случају ради се о стварној штети, а у другом о измаклој добити. Под имовином се подразумијевају ствари, новчана средства и материјална права. Штета коју радник причини послодавцу може бити директна и индиректна. Директна штета је непосредна посљедица поступања радника (кад радник разбије прозор, оштети ствари или средства за рад). Индиректна штета је посредна посљедица поступања радника (због оштећења ствари дође до застоја у раду других радника).

Други услов одговорности је узрочна веза између штете и рада. Радник је одговоран за штету по одредбама Закона о раду, само ако је до штете дошло његовом радњом на раду или у вези са радом. За штету коју је проузроковао независно од рада (која није ни просторно ни функционално повезана са процесом рада код послодавца), радник одговара као и сваки други грађанин, по одредбама Закона о облигационим односима.

Трећи услов одговорности је кривица радника која се манифестује кроз два облика – намјеру или крајњу непажњу. Штета је проузрокована намјерно ако је радник био свјестан да његова радња може послодавцу проузроковати штету и ако је хтио њено наступање. Крајња непажња постоји кад радник у одређеној ситуацији није испољавао ни минимум потребне пажње. Под потребном пажњом подразумијева се уобичајена, нормална пажња, осим код послова који се обављају под посебни условима рада када се од радника очекује повећана пажња. Штету коју је проузроковао обичном непажњом, или ако постоје основи који искључују

одговорност (нужна одбрана, крајња нужда, дозвољена самопомоћ, заблуда, итд.), радник није дужан да је надокнади. Постојање штете и одговорност за исту доказују се у сваком конкретном случају. Терет доказивања постојања штете али и одговорности је на послодавцу.

Ако штету проузрокује један радник, сам ће исту и надокнадити; ако штету проузрокује више радника, сваки од њих одговара за дио штете коју је проузроковао, а ако се не може утврдити дио штете коју је проузроковао сваки поједини радник, сматра се да су сви подједнако одговорни и штету накнађују у једнаким дијеловима.

У случају када више радника проузрокује штету, а може се утврдити дио њиховог удјела у насталој штети, сваки радник је одговоран само за дио штете коју је проузроковао. Ако су удјели разлика у проузроковању штете различити, и обавеза накнаде штете (висина која накнађује послодавцу) је различита. Према томе, сваки радник одговара за свој дио штете.

Наглашавамо, Закон о раду само прописује начин надокнаде штете, али не и поступак утврђивања штете и њене висину, начин проузроковања штете, одговорност, итд. Ова питања се морају регулисати општим актима (с обзиром на то да то закон није урадио), а што произлази и из садржаја члана 198 став 1 Закона о раду. Овај члан прописује да о правима и обавезама радника из радног односа, у складу са законом, општим актом и уговором о раду, одлучује пословодни орган послодавца (директор) или друго лице одређено статутом или актом о оснивању. Према томе, да би штета била надокнађена, мора се претходно спровести одређени поступак с циљем утврђивања њеног постојања, висине, одговорности, итд. А да би се поступак провео, он мора бити прописан.

Одговорност послодавца за накнаду штете

Одговорност послодаваца према раднику углавном се своди на накнаду штете раднику изазвану радњама и одлукама послодавца. Радник има право на накнаду штете од послодавца коју претрпи на раду или у вези са радом, осим ако је штета настала његовом кривицом или крајњом непажњом. Основ одговорности послодавца је претпостављена кривица због акта који (не) доноси (послодавац одлучује о правима, обавезама и одговорностима радника), или других радњи.

Радник најчешће тражи накнаду штете због незаконитог отказа, распоређивања на друго радно мјесто или због онемогућавања да ради,

остварује плату и друга лична примања, да користи годишњи одмор, да ужива друга права по основу рада. Претпоставка кривице је важна јер радника лишава терета доказивања основа одговорности послодавца. Послодавац ову претпоставку може оборити у поступку накнаде штете, ако докаже да је штета настала кривицом или крајњом непажњом самог радника. У случају да послодавац докаже да је штета настала без његове кривице (да нема његове одговорности), неће бити дужан да раднику надокнади штету.

Према томе, да би послодавац одговарао за штету, неопходно је прво да се утврди да је радник претрпио штету, затим да је штета проузрокована на раду или у вези са радом, да постоји узрочна веза између настале штете и рада, те да штета није настала кривицом или крајњом непажњом радника. Ако су ови кумулативни услови испуњени, послодавац је дужан да раднику накнади штету.

Треба нагласити да радник обично тражи накнаду материјалне штете (неисплата плата, накнада и других примањима из радног односа), а у неким случајевима захтијева се и друга штета (ако ју је радник имао). С обзиром на то да се ради нпр. о платама, други услов је испуњен (да је штета проузрокована на раду или у вези са радом). Узрочна веза између штете и рада постоји када су поступци (радње чињења или нечињења) послодавца узрок штете коју трпи радник. Ти узроци могу се односити на одређене одлуке донесене од стране послодавца; недоношење одлука или пропуштање извршења одређених радњи које су битне за остваривање права радника везаних за радни однос; предузимању радњи које су противне закону или општем акту. И посљедњи услов за одговорност послодавца јесте да радник није штету проузроковао својом кривицом или крајњом непажњом.

На крају, оно што треба нагласити јесте да закон не прописује рокове застарјелости, те с тим у вези, рокови застарјелости ће се цијенити сходно одредбама Закона о облигационим односима.

Закон о раду наглашава значај споразумног рјешавања питања између послодавца и радника о висини и начину накнаде штете. Међутим, у случају непостизања споразума, закон радника и послодавца упућује да право остваре код надлежног суда. То је основни суд, који ће захтјев ријешити у складу са Законом о облигационим односима. Закон о раду упућује на супсидијарну примјену Закона о облигационим односима на питања штете која је причињене на раду или у вези са радом односно приликом накнаде штете.

Удаљење радника са рада

Удаљење радника са рада је врста превентивне мјере, која се предузима под условима утврђеним овим законом, с циљем даљег спречавање незаконитих радњи или спречавање настанка штете од стране радника.

Законским рјешењима предвиђено је факултативно удаљење радника са рада који је затечен у вршењу радњи за које се основано сумња да представљају кривично дјело, тежу повреду радне обавезе или радње које угрожавају имовину веће вриједности. Према томе, у ситуација када постоје разлози, радник може бити удаљен са рада, а што зависи искључиво од одлуке послодавца (дискреционе процјене).

Постоје три разлога због којих послодавац може удаљити радника са рада. Први разлог је ситуација када је радник затечен у вршењу радњи за које се основано сумња да представљају кривично дјело. Да би радник по овом основу био удаљен, неопходно је да је затечен у вршењу радњи за које послодавац основано сумња да представљају кривично дјело. Радње морају бити предузете на раду (тј. радње морају бити функционално и просторно повезане са радом радника) или у вези са радом радника код послодавца (у вези са радним односом). Други разлог за удаљење радника је тежа повреда радне обавезе. Теже повреде радних обавеза прописане су чланом 179 став 2 тачка 1–10 Закона о раду. Према томе, уколико је радник својом кривицом повриједио радну обавезу, послодавац може, али не мора, да донесе рјешење и удаљи радника са рада. Трећи основ за удаљење је ситуација када радник својом радњом (чињење или нечињење) угрожава имовину веће вриједности. Радник радњом може да угрожава имовину послодавца тако што предузима радњу којом може да умањује њену вриједност или да својом радњом спречава њено увећање. Према томе, код овог основа акценат је више на посљедици (угрожавање имовине веће вриједности) а не на самом разлогу за удаљење.

Удаљење радника са рада може трајати најдуже до три мјесеца, у којем року је послодавац дужан да одлучи о одговорности радника. Удаљење радника не може да траје дуже од три мјесеца. У овом року послодавац је дужан да одлучи о одговорности радника, тј. да радника ослободи одговорности или му откаже уговор о раду.

Ако је против радника покренут кривични поступак, удаљење радника траје до окончања кривичног поступка, ако послодавац другачије не одлучи. Покренути кривични поступак је изузетак и даје дискреционо право послодавцу да одлучи да удаљење траје и дуже од три мјесеца,

а најдуже до окончања кривичног поступка (обуставе или осуђења за одговорности). За вријеме удаљења радник има право на накнаду.

Мјера притвора је обавезан разлог за удаљење радника са рада. Функција ове мјере је да обезбиједи присуство радника као окривљеног (утврђивање његове одговорности) у поступцима код органа који воде кривичне поступке. Основ за изрицање ове мјере када постоји основана сумња да је одређено лице учинило кривично дјело прописује се другим прописима – Законом о кривичном поступку.

Чим је мјера притвора изречена (одређена) према раднику (самим тим радник није у могућности да ради), послодавац је дужан да донесе рјешење и тим рјешењем само констатује чињеницу притвора као основ за удаљење радника са рада. Удаљење траје док траје притвор, а престаје чим притвор буде укинут актом надлежног органа. Након што притвор буде укинут, радник има право да настави са радом код послодавца.

За вријеме удаљења радник има право на накнаду плате.

Закључак

Права, обавезе и одговорности страна у радном односу, односно радника и послодавца чине садржину радног односа. У новом Закону о раду, по први пут су у систему рада Републике Српске прецизно утврђена права, обавезе и одговорности страна у радном односу, која су се у ранијем Закону о раду подразумијевала и била утврђена кроз поједине одредбе и расуте по цијелом закону.

Садашње законско рјешење представља значајан напредак јер су јасно на једном мјесту дефинисана и уређена права, обавезе и одговорност страна у радном односу, што свакако ствара већу правну сигурност страна у радном односу када је у питању испуњавање обавеза и остваривање права. За разлику од ранијих законских рјешења, Закон о раду предвиђа да се права, обавезе и одговорности из радног односа уређују колективним уговором, а правилником о раду и уговором о раду, само када је то овим законом одређено.

Радни однос, права, обавезе и одговорности страна у радном односу, дефинисане и прописане Законом о раду, широко су постављене и односе се на општи режим рада.

То значи да се права обавезе и одговорности страна у радном односу у другим режимима рада могу друкчије уредити. Првенствено мислимо на радне односе службеника у републичким органима управе и радне односе службеника у органима јединица локалне самоуправе. У овим јавним службама друкчије уређивање права, обавеза и одговорности неопходно је због специфичности послова који се обављају у тим службама.

Rajko Kličković, PhD, Assistant Professor
University of Business Studies, Faculty of Legal Sciences,
Banja Luka
Irina Šolaja, M.A., Senior teaching assistant,
University of Business Studies, Faculty of Legal Sciences,
Banja Luka

EMPLOYMENT RIGHTS, OBLIGATIONS AND RESPONSIBILITIES IN LABOUR MANAGEMENT SYSTEM OF REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The aim of this paper is to present the rights, obligations and responsibilities of the parties in employment, workers and employers in the context of the new Labor Law that constitutes content of employment relationship. The rights, obligations and responsibilities of the parties in employment are regulated under the new labor law for the first time in the system of work in the republic of Serbia. Earlier legal solutions, rights, obligations and responsibilities of workers and employers were implicated and derived from other provisions and were broken down by the entire law.

By making precise and clear defining rights, obligations and responsibilities in the Labor Law, significant progress has been made, resulting in increased legal security of the parties in the workforce when it comes to fulfilling obligations and exercising rights. This is particularly important

for exercising the rights and protection of workers' rights as a weaker party in employment. The Labor Law stipulates that the rights, obligations and responsibilities arising from employment are additionally regulated by the collective agreement, by the regulations on labor and labor contract, only when determined by this law. This way it is ensured that workers influence the additional regulation of the rights, obligations and responsibilities of the parties in the labor dispute through the process of concluding a collective agreement.

Keywords: *employment, rights, worker, employer, obligations, responsibility*

ДИСЦИПЛИНСКА И МАТЕРИЈАЛНА ОДГОВОРНОСТ СЛУЖБЕНИКА У ОРГАНИМА ЈЕДИНИЦЕ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Борислав Радић*

Анстракт: У раду се аутор бави питањем дисциплинске и материјалне одговорности службеника у органима јединице локалне самоуправе Републике Српске, као једним од сегмената посебног режима регулисања радног односа. Поред овог питања, аутор је указао на најзначајније карактеристике самих поступака и њихових фаза, од саме иницијативе или пријаве штете, па до изрицања адекватне законом прописане дисциплинске мјере или доношења одлуке о накнади штете послодавцу, трећем лицу или службенику. Такође, у раду су наведене најзначајнија начела законитог спровођења дисциплинског поступка, односно поступка за накнаду материјалне штете од стране посебних комисија које именује градоначелник, односно начелник општине.

Кључне ријечи: дисциплинска и материјална одговорност – појам и поступак, радна дужност, штета, кривица и противправност, дисциплинске мјере, накнада штете.

1. Увод

Службеници у органима јединице локалне самоуправе обављају самосталне односно пренесене послове из надлежности органа јединице локалне самоуправе, лично су одговорни за извршавање радних дужности, као и за понашање на раду или у вези са радом. Ова дужност подразумијева обавезу законитог, савјесног, непристрасног и благовре-

* Доцент Правног факултета – Паневропски универзитет „Апеирон“ Бања Лука; директор ЈУ „Агенција за мирно рјешавање радих спорова“ Републике Српске.

меног извршавања свих обавеза и радних задатака на радном мјесту на којем је службеник запослен, односно обавезу полагања рачуна за радње чињење или нечињења, које су унапријед одређене (планиране) и које производе негативне последице. Одговорност у радном односу произлази из обавезе рада, која мора бити прецизно одређена, како сад-ржински тако и у погледу субјекта који треба да је извршава, као и из обавезе одређеног понашања на раду и у вези са радом. Дакле, из конкрет-ног односа према обавезама рада и понашања произлази и одговор-ност запосленог.¹ Према томе, запослени у органима јединице локал-не самоуправе (службеник) за свој рад могу да одговарају дисциплин-ски и материјално. Ријеч је о двије врсте правне одговорности, којима треба додати још могућност кривичне односно прекршајне одговорно-сти, те кажњавања службеника за исте. Ово из разлога што кривична или прекршајна одговорности не искључују могућност дисциплинског или материјалног кажњавања за исто дјело које је било предмет кри-вичног или прекршајног поступка, без обзира на то да ли је службеник ослобођен кривичне, односно прекршајне одговорности. Стога, ове од-говорности се никад међусобно не искључују без обзира на то што су на-стале као последица истог штетног догађаја². У нашем правном систе-му дисциплинска одговорност се јасно разликује од кривичне одговор-ности. Код кривичне одговорности, одговорност значи да је службеник одговоран за кривична дјела прописана Кривичним законом као дјела у обављању службене дужности или у вези с обављањем службене дужно-сти. Кривична одговорност не искључује и дисциплинску одговорност, па стога једно дјело може истовремено бити дисциплинско и кривично.³

Питање дисциплинске и материјалне одговорности, тј. питања од значаја за поступак, процесна права и дужности учесника у поступку (подносиоца захтјева, органа који спроводи поступак и службеника про-тив којег се води), могућност кажњавања или ослобађања од одговор-ности и друга питања, у Републици Српској, као и у већини савремених упоредноправних система прописана је законом. Код нас је то посебан (*lex specialis*) закон – Закон о службеницима и намјештеницима у ор-ганима јединице локалне самоуправе⁴. Поред питања дисциплинске и

¹ Др Боривоје Шундерић, *Коментар – Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености; Закона о радним односима у државним органима; Закона о штрајку*, ИП „Глосаријум“ Београд, 2005, стр. 189.

² Ibid.

³ Више: др Милан Влатковић, *Службеничко право*, БЛЦ Бесједа, Бања Лука, 2009, стр. 211.

⁴ „Службени гласник Републике Српске“ број: 97/16.

материјалне одговорности, овај пропис на цјеловит и свеобухватан начин регулише и друга права и дужности из радног односа запослених у органима јединице локалне самоуправе.

2. Дисциплинска одговорност (појам)

Већина савремених компаративноправних система прописала је дисциплинску одговорност службеника, која, прије свега, има два циља: да кажњава лош рад службеника, и да се кроз поступак дисциплинске одговорности, у којем ће бити утврђено право стање ствари, отклони политички утицај на рад службеника, јер је несумњиво да се дисциплинска одговорност може и политички злоупотријевити и бити вођена искључиво интересним разлозима, а не разлозима отклањања и санкционисања, несавјесног и недјелотворног рада службеника.⁵ У правној теорији и пракси појам дисциплинске одговорности није нарочито споран. Дефинише се као одговорност за повреду законом прописане радне дужности за које се од стране овлашћеног органа (дисциплинске комисије) у одређеном поступку утврђује одговорност службеника и изричу законом прописане дисциплинске мјере. Према томе, дисциплинска одговорност је специфичан вид правне одговорности, јер се примјењује само на физичка лица која су у радном односу у органима јединице локалне самоуправе⁶.

Чланом 119 Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе законодавац регулише основ дисциплинске одговорност запосленог (службеника) у органима јединице локалне самоуправе. Основ дисциплинске одговорности службеника је повреда радне дужности. Неопходно је указати на то да поједини правни системи прописују одговорност службеника за повреду радних обавеза и дужности. Међутим, између ова да појма постоји разлика. Под термином „радна обавеза“ може да се подразумејева дио процеса рада, тј. оно што се у процесу рада мора извршавати као правило, тј. радне обавезе су правним прописима утврђене дужности у понашању радника на раду или у вези са радом⁷, а да су „радне дужности“ правном нормом одређени

⁵ Вилим Херман, Милорад Ћупурдија, *Основе радног права*, Свеучилиште Јосипа Јурја Штросмајера, Осиек, 2011, стр. 111.

⁶ Више: Ibid. footnote 2, стр. 193; Радован Безбрадица, *Дисциплинска одговорност државних службеника*, Радно и социјално право, Удружење за радно право Србије, број 1/2007, стр. 151–196.

⁷ Др Предраг Јовановић, *Радно право*, шесто измијењено и допуњено издање, Правни факултет

утврђени захтјеви који се постављају послодавцу и запосленом у вези, поводом и у процесу извршавања радних обавеза. Према томе, дужности су у функцији извршавања радних обавеза.⁸

Закон прописује права и дужност службеника и послодавца. Међутим, права су у корелативном односу са обавезама, па оно што је право службеника јесте дужност послодавца, и обрнуто. Стога, да би службеник остварио законом прописана права, послодавац је дужан да обезбиједи услове рада у складу са законом и другим прописом, а радник мора да поштује и извршава радне дужности (захтјеве) у процесу извршавања радне обавезе. Радне обавезе су елементи процеса рада чијим испуњавањем се врши рад и остварују циљеви радног ангажовања. Њихово испуњавање је претпоставка вршења рада. За разлику од радне обавезе, која је елемент процеса рада, радна дужност је је правни елемент посредством кога се изражава однос радника према обавези. Дужност је оно што лице прихвати да у радном односу чини или не чини. Самим ступањем на рад прихватају се дужности које за свој предмет имају одређене обавезе чињења или нечињења. Ако се запослени не понашају онако како дужности захтијевају (како је законом прописано), онда они чине повреду. Садржински, дужност значи захтјев упућен запосленом да својим радњама (чињењем или нечињењем – пропуштањем одређене радње) извршава радне обавезе. Непоштовање дужности (законом утврђених захтјева) у области рада има за посљедицу одговорност запосленог (дисциплински или материјално) односно послодавца (материјално). Према томе, радна дужност јесте правном нормом утврђени захтјев који су запослени у органу јединице локалне самоуправе обавезни да испуне како на раду тако и у вези са радом, било код послодавца (у радном простору) било ван просторија послодавца (нпр. понашање које штети угледу службе), било у току трајања радног времена било послѣје истека радног времена.⁹

2.1. Претпоставке за дисциплинску одговорност

Да би неко био дисциплински одговоран и санкционисан, неопходно је да постоје одређене претпоставке. Претпоставке се односе на повреду радне дужности и њене квалификације, односно на могуће разлоге који искључују постојање повреде, односно кривице радника за повреду радне дужности.

Нови Сад, Нови Сад, 2012, стр. 297.

⁸ Ibid. footnote 2, стр. 194–195.

⁹ Ibid.

2.1.1. Повреде радне дужности

Радник одговара само за ону повреду радне дужности која је, као таква, у вријеме извршења била предвиђена одговарајућим актом.¹⁰ Повреде радне дужности могу бити лакше и теже, а њихово утврђивање се врши законом. Подјела на лакше и теже повреде радних дужности зависи од могућих посљедица и њиховог утицаја на остваривање и заштиту интереса послодавца, других запослених код тог послодавца и трећа лица¹¹. Повреда, било лакша или тежа, постоји онда кад службеник запослен у органима јединице локалне самоуправе не извршава дужност испуњења радних обавеза, тј. кад чини повреду радне обавезе а самим тим и радне дужности. Стога, повреда не представља ништа друго него чињење или нечињење којим се врши напад на законом прописану радну дужност.¹²

Лакше повреде радних дужности су: учестало кашњење, неоправдано одсуствовање у току радног времена или ранији одлазак са радног мјеста; неоправдан изостанак са посла један радни дан и повреда кодекса понашања службеника која није обухваћена неком од повреда радних дужности предвиђених овим или посебним законом. Радња извршења наведених повреда више представља акт недисциплине службеника. Тај акт недисциплине – непоштовања радних дужности у правилу не проузрокују значајнију посљедицу по послодавца (посљедица извршења за сам орган јединице локалне самоуправе је мала), па закон даје могућност изрицања блажих дисциплинских мјера.

Теже повреде радних дужности су: неизвршавање, несавјесно, односно неблаговремено извршавање радних дужности или налога непосредног руководиоца; несавјесно чување службених списа или података; понашање које штети угледу службе; недостојно, увредљиво или на други начин непримјерено понашање према претпостављеном, другим запосленима, грађанима, правним и физичким лицима и другим странкама у поступку пред органом јединице локалне самоуправе; одбијање давања података или давање нетачних података органима јединице локалне самоуправе, републичким органима управе, правним и физичким лицима, ако је давање података прописано законом или прописом донесеним на основу закона; злоупотреба службеног положаја или прекорачење овлашћења; незаконито располагање материјалним средствима; радње које ометају грађане, правна лица и друге странке у остваривању

¹⁰ Ibid. footnote 8, стр. 298.

¹¹ Ibid. стр. 299.

¹² Ibid.

њихових права и интереса у поступку код органа јединице локалне самоуправе; одбијање извршавања послова радног мјеста на које је запослени распоређен или, супротно прописима, одбијање налога руководиоца; неоправдано изостајање са посла пет радних дана у току шест мјесеци или неоправдано изостајање са посла три радна дана узастопно; долазак на посао под дејством алкохола или других опојних средстава, односно употреба алкохола или других опојних средстава у току радног времена које има или може да има утицај на обављање посла; вербално и свако друго насиље по основу било којег вида дискриминације (доби, пола, инвалидности, националног и етничког поријекла, језика, вјероисповијести и сл.); повреда начела непристрасности или политичке неутралности или изражавање и заступање политичких ставова и увјерења на раду; незаконит рад или пропуштање радњи за које је службеник овлашћен ради спречавања незаконитости или штете; примање поклона у вези са вршењем послова супротно одредбама закона, примање услуге или користи за себе или друго са њиме повезано лице или коришћење рада ради утицаја на остваривање сопствених права или права лица повезаних са службеником; обављање послова или додатног рада који су неспојиви са службеним дужностима; непријављивање интереса који службеник или са њиме повезано лице може имати у вези са одлуком органа у чијем доношењу учествује; понављање лакших повреда радних дужности утврђених коначним рјешењем којим је изречена дисциплинска мјера и злоупотреба права боловања.

Сама радња извршења (чињење или нечињење) наведених повреда може да има тренутни карактер (нпр. примање поклона) или трајнији (континуирани) карактер (нпр. несавјесно извршавање радних дужности или налога непосредног руководиоца). Без обзира на радњу и њен карактер, посљедица по послодавца и трећа лица је много већа (штићени објект у радној дужности је значајнији), па закон даје могућност да се службенику изрекне дисциплинска мјера са тежом посљедицом по истог (нпр. већа новчана казна или мјера престанка радног односа). Оно што је битно нагласити јесте да свака од наведених повреда (било лакша или тежа) има своје обиљежје, биће, да је састављена од елемената који омогућавају подвођење одређеног понашања службеника под одређену норму. Они и служе да се учињена радња квалификује као повреда радне дужности и да се извршилац дисциплински казни.¹³

¹³ Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић, *Коментар Закона о радним односима Србије*, Савремена администрација, Београд, стр. 275.

2.1.1.1. Извршење повреде радне дужности

Повреда радне дужности је учињена ако је радник извршио радњу повреде, а у вријеме извршења нису постојали разлози који искључују његову одговорност. Радња извршења повреде радне дужности утврђује се у зависности од начина, мјеста и времена извршења¹⁴.

Начин извршења се одређује према радњи повреде. Радња повреде је вољно поступање које се може манифестовати чињењем или нечињењем. Чињење је предузимање недозвољене радње (долазак на посао под дејством алкохола или других опојних средстава; вербално и свако друго насиље по основу било којег вида дискриминације – доби, пола, инвалидности, националног и етничког поријекла, језика, вјероисповијести и сл.). Нечињење је пропуштање радње која је требало да буде предузета (нпр. неизвршавања послова радног мјеста на које је запослени распоређен).

Између радње извршења и учињене повреде мора да постоји узрочно-посљедична веза како би службеник у дисциплинском поступку због свог чињења или нечињења био кажњен. Узрочно-посљедична веза постоји када се поступци радника односе према повреди као узрок према посљедици. Радник често одговара за више повреда радних обавеза учињених у стицају, који представља скуп повреда радних обавеза учињених од стране истог радника за које се изриче једна дисциплинска мјера.¹⁵

Мјесто извршења повреде радне дужности је мјесто гдје је радник учинио радњу повреде или гдје је пропустио радњу коју је био дужан да изврши. Мјесто извршења је најчешће на радном мјесту, односно у радној средини која је под надзором послодавца. Оно може бити и изван радног мјеста, ако је радња или посљедица повреде у вези са радом¹⁶ (нпр. радња повреде извршена изван пословних просторија послодавца – понашање које штети угледу службе).

Вријеме извршења је вријеме када је радник предузео радњу повреде или пропустио радњу коју је био дужан да предузме. Вријеме извршења је најчешће обухваћено радним временом. Повреда радне обавезе може бити учињена и изван радног времена, под условом да је у вези са радом (нпр. злоупотреба службеног положаја или прекорачење

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid. стр. 276.

овлашћења). Ако је радња повреде учињена у току радног времена претпоставља се да је учињена на раду или у вези са радом, а ако је извршена изван радног времена потребно је утврдити њену везу са радом. Вријеме извршења повреде радне/их дужности значајно је и у ситуацијама када је дошло до измјене прописа којима се утврђују повреде, односно вријеме извршења је значајно како би се одредило који ће се прописи о дисциплинској одговорности примијенити у случају измјене или допуне одређених прописа који настану у времену између радње извршења и тренутка утврђења дисциплинске одговорности. Према времену извршења утврђује се способност радника да схвати значај своје радње и управља својим поступцима.

Вријеме извршења повреде је најзначајнији параметар у погледу одређивања рокова застарјелости за покретање и вођења дисциплинског поступка, односно извршења изречене дисциплинске мјере¹⁷. Тако према члану 126 Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе покретање дисциплинског поступка због теже повреде радне дужности застаријева истеком шест мјесеци од учињене повреде, односно истеком 30 дана због лакше повреде радне дужности. Вођење дисциплинског поступка због теже повреде радне дужности застаријева истеком годину дана од покретања дисциплинског поступка, односно шест мјесеци због лакше повреде радне дужности. Изречена дисциплинска мјера не може се извршити након истека 60 дана од дана коначности рјешења којим је дисциплинска мјера изречена.

Застарјелост не тече ако дисциплински поступак није могуће покренути или водити због одсуства службеника или из других оправданих разлога. Неопходно је нагласити да се рок застарјелости прекида сваком радњом надлежног органа за дисциплински поступак предузетом ради покретања и вођења поступка, односно ради извршења дисциплинске мјере. Сваким прекидом застаријевање почиње поново тећи. Стога, неопходно је прописати правило (или га чак и примијенити), да без обзира на прекиде, застарјелост у сваком случају настаје када протекне два пута онолико времена колико се захтијева за застарјелост.

2.1.2. Противправности кривица као основ дисциплинске одговорности

Поред времена, мјеста, начина извршења повреде радних дужности, слједећи услови за конкретну одговорност службеника је да не

¹⁷ Ibid. стр. 277–278.

постоји околности којој радњи извршења одузимају елементе вољног нарушавања радне дисциплине. Службеник, иако је радња извршења фактички извршена и постоји, неће одговарати ако та радња нема статус „противправности“. Стога, ако нема противправности, тј. ако постоје чињенице и околности којој радњи извршења одузимају обиљежја противправности чинећи је оправданом и разумном, нема ни повреде радне дужности. Дисциплинска одговорност не постоји и у ситуацији када је радња извршена усљед принуде, нужне одбране, крајње нужде, или за радњу која у тренутку извршења није била предвиђена ни као лакша или тежа повреда радне дужности, ако за неке повреде није предвиђена санкција, усљед више силе, извршења незаконитог наређења датог од стране непосредног руководиоца.

Последњи и најзначајнији основ за дисциплинску одговорност је кривица. Према томе, службеник може да одговара за повреду радне обавезе само ако је крив за њено извршавање. Ако нема кривице за учињену повреду радне обавезе, нема ни одговорности службеника за повреду радне дужности. Кривица службеника представља субјективни елемент повреде радне дужности и истовремено основ, али и услов за престанак радног односа. С обзиром на то да овај закон не одређује појам кривице, неопходно је указати на кривичноправно и грађанскоправно одређење појма кривице. Тако, кривица према кривичноправном одређењу представља психички однос учиниоца (службеника) према повреди радне обавезе и њеним посљедицама, а постоји само онда када је учинилац био урачунљив и поступао са умишљајем, а био је свјестан или је био дужан и могао бити свјестан да је његова радња и поступање у супротности са законом. Кривица може постојати и када је службеник поступао из нехата (свјесни или несвјесни). Из оваквог одређења кривице произлазе три елемента: урачунљивост, умишљај или нехат, те свијест или дужност и могућност о постојању повреде прописа.

У праву постоји презумпција урачунљивости, што значи да се она у поступку не утврђује, већ се утврђује неурачунљивост. Неурачунљивост се утврђује онда када постоји оправдана сумња у нормално понашање службеника, тј. неурачунљивост постоји у ситуацији када радник није могао да схвати значај свог дјела или није могао да управља својим поступцима усљед душевне болести, привремене душевне поремећености, заосталог душевног развоја или друге тешке душевне поремећености. Ако се службеник сам доведе у стање неурачунљивости (употребом алкохола, дрога или на други начин) одговараће за повреду радне дужно-

сти. Стање не/урачунљивости утврђује се према времену извршења повреде радне дужности, на основу налаза и мишљења вјештака медицинске струке.

Умишљај постоји када је службеник био свјестан свог дјела и хтио његово извршење, или када је био свјестан да може повриједити радну обавезу па је на то пристао. Нехат постоји када је службеник био свјестан да својом радњом може повриједити радну обавезу, али је олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи спријечити или кад није био свјестан да својом радњом може учинити повреду радне обавезе иако је према околностима под којима је радњу учинио и према својим личним својствима био дужан и могао бити свјестан те могућности.

Поред неурачунљивости други субјективни основ који искључује кривицу службеника за повреду радне дужности је заблуда – стварна или правна заблуда. Стварна заблуда постоји када је службеник учинио повреду радне дужности погрешно сматрајући да постоје околности према којима би, да су оне стварно постојале, радња била допуштена. Правна заблуда се дефинише као погрешна или непотпуна представа о забрањености извршења одређених радњи или као погрешна представа о правном значају дјела. Правна заблуда не ослобађа од одговорности (*ignoratio iuris nocet*)¹⁸.

Појам кривице радника може бити одређен и кроз грађанскоправни приступ који представља психички однос службеника према узроцима и посљедицама противправних радњи. С обзиром на то да се ради о једном правном стандарду, законодавац га не дефинише. Подразумијева се да је неко лице (у овом случају радник) крив, ако се, у конкретној ситуацији, није понашало онако како је требало. Кривица се, у грађанском праву, дефинише помоћу њених појавних видова, тј. степена кривице. Најтежи или најгрубљи облик кривице би била намјера, а непажња може имати два облика и то крупна непажња (за коју би радник могао да одговара) и лака непажња која је блажи облик кривице.

Према томе, да би службеник одговарао за повреду радне дужности, мора бити урачунљив (способан да расуђује и одлучује о својим поступцима) у тренутку извршења радње којом се врши повреда радних дужности, и не смију постојати чињенице и околности које противправну радњу оправдавају. То значи да крив може бити само службеник који је способан да схвати значај својих радњи и који њима може управљати. У току дисциплинског поступка терет доказивања урачунљивости, одно-

¹⁸ Ibid. footnote 8, стр. 299.

сно неурачунљивости је на службенику. Орган који води поступак мора имати у виду да кривица службеника за учињену повреду радне обавезе мора бити доказана и образложена, у сваком конкретном случају.

2.2. Дисциплински поступак

Дисциплински поступак у коме се одлучује о одговорности и кривици одређеног службеника, односно правила поступка, његов ток, вријеме трајања, регулисан је у цијелости Законом о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе законом. Подзаконски акти као и Посебни колективни уговор за запослене у области локалне самоуправе Републике Српске не садржи норме које су од значаја за покретања, вођења и окончања дисциплинског поступка.

2.2.1. Покретање дисциплинског поступка (иницијатива и захтјев)

Иницијативу за покретање дисциплинског поступка треба разликовати од самог покретања (подношења захтјева) дисциплинског поступка. Образложену иницијативу за покретање дисциплинског поступка против службеника може дати свако лице. Ову иницијативу треба посматрати као један вид пријаве повреде радне дужности и самог учиниоца. С обзиром на то да мора бити образложена, иницијатива се доставља у писаној форми. Од њеног пријема, органи покретања и вођења поступка имају сазнање за повреду радне дужности и учиниоца. Чињеница сазнања за повреду и учиниоца је значајна због наступања рокова застарјелости за покретање дисциплинског поступка. Покретање дисциплинског поступка због теже повреде радне дужности застаријева истеком шест мјесеци од учињене повреде, односно истеком 30 дана због лакше повреде радне дужности.

За разлику од иницијативе, дисциплински поступак против службеника покреће градоначелник, односно начелник општине или лице које он овласти. Поступак се покреће захтјевом у писаној форми који се доставља службенику и дисциплинској комисији, а против захтјева жалба није допуштена. Према томе, ако нема захтјева градоначелника, односно начелника општине, нема ни дисциплинског поступка без обзира на повреду радне дужности. Закон не прописује садржину захтјева. Међутим, да би надлежни дисциплински орган (комисија) могао да по-

ступа по истом, неопходно је да исти садржи податке о извршиоцу и повреду радне дужности. То су: име и презиме службеника, радно мјесто на којем је распоређен, вријеме и мјесто извршења повреде и друге податке релевантне за идентификацију извршиоца и радње која представља повреду радне дужности (чињенични опис и правну квалификацију повреде радне дужности, посљедице учињене повреде) те докази који указују да је повреда учињена. Путем имена и презимена идентификује се учинилац. Радно мјесто на којем је распоређен одређује се називом на основу правилника о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста. Вријеме се одређује навођењем дана и часа извршења радње. Чињенична и правна квалификација повреде је од значаја за утврђивање лакше или теже повреде радне дужности. Докази који се наводе и прилажу уз захтјев од значаја су за дисциплинску комисију која спроводи поступак и утврђује постојање повреде и одговорности учесника.

Посебно не треба напомињати да захтјев мора бити потписан од стране овлашћеног органа (градоначелник, односно начелник општине), да мора бити протоколисан (да има број и датум), те да поред поменутих података, мора да садржи и назив органа коме се захтјев доставља. Тај орган је дисциплинска комисија, коју именује градоначелник, односно начелник општине, а састоји се од три или пет чланова. Чланови дисциплинске комисије се именују из реда службеника, с тим што службеници на руководећим радним мјестима не могу бити чланови комисије. У погледу питања изузећа чланова дисциплинске комисије, зочекивати је да у том поступку не учествују лица која су поднијела иницијативу, захтјев или имају својство свједока или вјештака. Из састава дисциплинске комисије неопходно је да се изузме и лице за које постоје околности које указују на сумњу у његову објективност (сродство и сл.), те лице против којег је поднесен захтјев за покретање неког другог дисциплинског поступка или је покренут дисциплински поступак.

Предсједник дисциплинске комисије пази на разлоге за изузеће. Приједлог за изузеће члана комисије мора бити у писаној форми и обрзложен са чињеницама које указују на постојање разлога за изузеће. О изузећу чланова комисије одлучује градоначелник, односно начелник општине, с обзиром на то да он именује комисију. Уколико се захтјев за изузеће усвоји, промијениће се састав комисије. У случају да се мијења састав дисциплинске комисије, предузете радње у току поступка или донесене одлуке ће се поништити.

Захтјев којим се покреће дисциплински поступак мора бити уредан и садржавати све податке како би се по њему поступало. У случају да је захтјев који је достављен дисциплинској комисији и службенику против којег се покреће поступка неуредан и не садржи све податке, дисциплинска комисија треба да од подносиоца захтјева (градоначелника, односно начелника општине) тражи да се недостаци у одређеном (разумном) року отклоне. Ако их подносилац не отклони, а из захтјева се не може закључити о ком учиниоцу и о којој повреди радне дужности је ријеч, захтјев треба да буде одбачен као неуредан, сходно примјеном одговарајућег процесног закона.¹⁹

Дисциплинска комисија (након што заприми уредан захтјев) дужна је да утврди благовременост захтјева за покретање дисциплинског поступка. Ово из разлога што се неблаговремен захтјев не може узети у разматрање јер се против службеника не може водити дисциплински поступак због застарјелости. У овом случају због неблаговремености (наступања застарјелости) дисциплинска комисија је дужна да донесе рјешење о обустави поступка.

Уредан и благовремен захтјев за покретање поступка, дисциплинска комисија је обавезна да достави надлежној синдикалној организацији са потребном документацијом, ако је уз захтјев достављена. Синдикална организација може доставити мишљење дисциплинској комисији у року од осам дана од дана пријема захтјева или одлучити да заступа службеника, уз његову сагласност. Сврха достављања захтјева синдикалној организацији је да се ова организација обавијести да је против одређеног службеника покренут дисциплински поступак, како би била у могућности да реализује овлашћења која има у поступку. Под појмом „надлежна синдикална организација“ у правилу се подразумијева синдикална организација код послодавца. Ако код послодавца није организована синдикална организација, захтјев се доставља синдикалној организацији на вишем нивоу синдикалног организовања и дјеловања (синдикалној организацији у грани). Уз сагласност, синдикална организација може заступати запосленост у поступку, односно има право да доставити мишљење дисциплинској комисији у року од осам дана од дана пријема захтјева. Ово су дискрециона права синдикалне организације, односно службеника и да ли ће их искористити и на који начин зависи од њих самих.

¹⁹ Ibid. стр. 316–317.

2.2.2. Позив за расправу

Након испуњавања формалних услова у погледу захтјева, предсједник комисије започиње са другим процесним радњама с циљем одржавање усмене расправе на којој службеник има право да изложи своју одбрану. У том смислу, на расправу се писменим путем морају позвати сви учесници дисциплинског поступка. На првом мјесту то је службеник против којег се води дисциплински поступак (или његов пуномоћник), подносилац захтјева, односно представник подносиоца захтјева како би заступао и правдао наводе из захтјев за покретање дисциплинског поступка, потом свјedoци и друга лица која могу својим радњама, искуством и сазнањем допринијети утврђивању дисциплинске одговорности.

Позив за расправу мора да садржи: састав комисије, име и презиме лица које се позива, предмет позивања, мјесто и вријеме одржавања расправе, назнаку својства у коме се лице позива, евентуално поуку раднику да има право да узме пуномоћника, као и упозорење о посљедицама неодржавања на позив. Посљедица се тиче могућности одржавања расправа и без присуства службеника, ако за то постоје нарочито оправдани разлози, а службеник је на расправу уредно позван. Који су то оправдани разлози закон не прописује, те стога дисциплинска комисија има право да самостално утврђује њихову не/оправданост доласка позваног службеника. Иако закон не прописује, позив службенику мора бити уручен лично (лично у просторијама послодавца, ако није могуће на овај начин онда путем поште препоручено на адресу пребивалишта односно боравишта, а ако достављање није било могуће извршити ни на овај начин послодавац је дужан да сачини службену забиљешку о разлозима недостављања и достављање изврши путем огласне табле), најкасније осам дана прије прије одржавања расправе како би се окривљеном службенику оставило довољно времена за одбрану. Ово из разлога што се на остала питања вођења дисциплинског поступка примјењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак. Неопходно је да се раднику уз позив достави и остала документација везана за дисциплински поступак, изјаве, доказни материјални и слично, а сама дисциплинска комисија му је дужна омогућити приступ свој документацији и присуство било којој сједници на којој се расправља о његовој одговорности.

На расправи, службеник има право да се брани сам или посредством пуномоћника. Као пуномоћник се најчешће јавља адвокат, адво-

катско друштво или запослени у служби за бесплатну правну помоћ организованим на нивоу Републике, града или општине, односно при синдикату. Већ је наведено да службеника може уз његову сагласност заступати синдикална организација, па се често пуномоћници и ангажују управо из служби правне помоћи ових организација. Окривљени службеник одређује пуномоћника давањем овлашћења за заступање које доставља дисциплинској комисији. Комисија је дужна да пуномоћнику омогући учешће у поступку благовременим позивањем, достављањем свих писмена, увидом у списе и изјашњавање о свим важним чињеницама и околностима. Неопходно је нагласити да право на пуномоћника (браниоца) произлази из устава, па ускраћивање права на одбрану може довести до поништавања евентуално изречених мјера.²⁰

2.2.3. Усмена расправа

Усмена расправа се одржава да би се омогућило утврђивање и одлучивање о одговорности службеника за повреду радне дужности и предложило изрицање дисциплинске мјере. Усмена расправа представља најзначајнији дио дисциплинског поступка, на којој се службеник изјашњава о захтјеву за покретање дисциплинског поступка, износећи своју одбрану, послије чега дисциплинска комисија приступа утврђивању чињеница од значаја за постојање повреде радне дужности која се службенику ставља на терет и одговорност учиниоца.²¹

Усмену расправу у дисциплинском поступку карактерише неколико начела.²² Најзначајнији су: расправно начело, начело усмености, хитности, јавности, материјалне истине, слободне оцјене доказа, процесне економије, начело поучавања неуге стране. Расправно начело долази до изражаја из разлога што дисциплинска комисија мора да омогући сваком учеснику да се изјасни о наводима друге стране, да изнесе чињенице и доказе. Приликом саслушања, запосленом се мора омогућити да се изјасни о свим околностима које га терете и да изнесе све чињенице које му служе за одбрану. Сходно начелу усмености, о дисциплинској одговорности комисија може да одлучи само након одржане усмене расправе, на којој се изводе докази и утврђују чињенице од значаја за саму одговорност. По правилу, расправе комисије су јавне. Али као и у неком другом поступку, јавност се може искључити у појединим фазама

²⁰ Ibid. стр. 316–317.

²¹ Ibid. стр. 322.

²² Ibid.

поступка или у току цијелог поступка, или других оправданих разлога које утврђује комисија. Комисија доноси акт о искључењу јавности. Начело хитности је претпоставка брзог и ефикасног окончања поступка у одређеном року, без опасности застаријевања дисциплинског поступка²³.

Расправу заказује дисциплинска комисија (предсједник). Приликом заказивања усмене расправе, дисциплинска комисија мора да води рачуна да се окривљеном службенику остави довољно времена за одбрану. Саслушање окривљеног је обавеза комисије, а којој обавези одговара право окривљеног на одбрану. Без саслушања окривљеног дисциплинска комисија не може одржати расправу и одлучивати о дисциплинској одговорности службеника за повреду радне дужности. Према члану 127 Закона, расправа може да се одржи и без присуства службеника, ако за то постоје нарочито оправдани разлози, а службеник је за расправу уредно достављен позив. Стога, уколико је службеник уредно позван, а свој изостанак није оправдао, расправу треба одржати и без његовог присуства. Расправа се може и одгодити (када траје више од једног дана) или одложити (када не постоји доказ да је позив уручен или ако је службеник оправдано спријечен да дође на расправу а не постоје оправдани разлози да се иста одржи) и тада ће се одмах одредити датум и вријеме одржавања наставка расправе или датум нове расправе.

Расправом руководи предсједник комисије који отвара расправу, даје и одузима ријеч, поставља питања и тражи објашњења. По одобрењу предсједника и остала лица могу постављати питања. У току поступка службеник има право да се брани сам или посредством пуномоћника, који у том смислу има право да износи чињенице, предлаже доказе, износи своју одбрану, испитује свједоке, вјештаке и друга позвана лица, ставља примједбе и приговоре као и да даје објашњења поводом чињеница и исказа других лица. Након што дисциплинска комисија саслуша службеника против којег се води поступак приступа се извођењу осталих доказа (нпр. врши се увид у исправе, испитују свједоци, врши суочавање свједока и запосленог као и свједока међусобно, одређује вјештачење, врши увиђај на лицу мјеста, саслушавају друга лица, итд.). Уколико се о неким околностима службеник или други учесник у поступку није изјаснио, односно да би се отклониле одређене нејасноће и противрјечности, чланови комисије или други учесници имају право да постављају питања и траже разјашњења, а све с циљем утврђивања материјалне истине.

²³ Др Предраг Јовановић, наведено дјело, footnote 143, стр. 300.

По завршетку расправе предсједник комисије даје ријеч подносиоцу захтјева (његовом представнику), а затим службенику, односно његовом пуномоћнику да у завршној ријечи изнесе своју одбрану. Након завршних ријечи странака предсједник комисије објављује да је усмена расправа закључена.

Неопходно је нагласити да се о току дисциплинског поступка, тј. усменој расправи води записник који садржи: састав комисије, да ли је било приговора против састава комисије и одлука о томе, мјесто и дан одржавања расправе, име и презиме службеника, чињенични и правни опис повреде радне дужности (лакша или тежа) која се службенику ставља на терет, да ли је ангажован пуномоћник, да ли је расправа јавна или не, да ли је прочитан захтјев за покретање дисциплинског поступка, изјава службеника, вријеме почетка и краја расправе, имена свједока, вјештака и других лица која су саслушана и њихови искази, приједлози који су у току расправе постављани и одлуке о истим, изјаве учесника у поступку, одлуке о предложеним и изреченим мјерама. Записник мора бити уредан, а пише га записничар по казивању предсједавајућег. Записник на крају потписују предсједник комисије, службеник или његов пуномоћник, подносилац захтјева (његов представник) и записничар.

2.2.4. Дисциплинске мјере (приједлог и изрицање дисциплинских мјера)

Дисциплинска комисија је дужна да, након што спроведе поступак и закључи усмену расправу, градоначелнику, односно начелнику општине достави образложен приједлог о одговорности службенику за лакшу или тежу повреду радне дужности.

У том смислу, дисциплинска комисија може да предложи:

1. обуставу дисциплинског поступка против службеника ако је наступила застарјелости. Питање застарјелости покретања и вођења дисциплинског поступка, а што је у ранијим редовима овог рада и назначено, прописано је чланом 126 Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе. Према овој одредби, покретање дисциплинског поступка због теже повреде радне дужности застаријева истеком шест мјесеци од учињене повреде, односно истеком 30 дана због лакше повреде радне дужности. Вођење дисциплинског поступка због теже повреде радне дужности застаријева исте-

ком годину дана од покретања дисциплинског поступка, односно шест мјесеци због лакше повреде радне дужности. Протеком ових рокова, дисциплинска комисија је дужна да градоначелнику, односно начелнику општине достави приједлог одлуке којом се дисциплински поступак против службеника обуставља због наступања застарјелости.

2. ослобађање службеника од дисциплинске одговорности. Дисциплинска комисија је дужна да градоначелнику, односно начелнику општине предложи доношење одлуке којим се службеник ослобађа одговорности ако радња због које је покренут дисциплински поступак није законом окарактерисана као тежа или лакша повреда радне дужности; затим, ако утврди да радник није извршио повреду радне дужности због које је поступак покренут; или ако није доказано да је службеник учинио повреду радне дужности због које је покренут поступак.
3. изрицање дисциплинске мјере за повреду радне дужности. Дисциплинска комисија ће предложити изрицање мјера повреде радне дужности, у ситуацији када је по спроведеном поступку утврдила да је службеник учинио повреду која му се ставља на терет (због које је вођен поступак) и да је крив за њено извршење. У смислу посматраних одредаба Закона, дисциплинска комисија има право само да предложи изрицање дисциплинске мјере због учињене теже или лакше повреде радне дужности. Комисија нема право нити неко посебно овлашћење да предложи врсту мјере, тј. коју од законом прописаних мјера ће градоначелник, односно начелнику општине изрећи службенику због учињене повреде.

Приликом разматрања приједлога дисциплинске комисије, градоначелник, односно начелник општине може да прихвати приједлог дисциплинске комисије и о томе донесе одговарајући акт, у складу са законом. Међутим, градоначелник односно начелник општине исто тако има право да затражи допуну поступка, уколико сматра да за то постоје оправдани разлози или да одлучи другачије у односу на приједлог дисциплинске комисије, уколико сматра да постоје разлози за другачију одлуку, али је дужан да то образложи у свом акту.

Према томе, дисциплинске мјере рјешењем изриче градоначелник, односно начелник општине, на приједлог дисциплинске комисије. Због учињене лакше повреде радне дужности службенику се од стра-

не градоначелника, односно начелника општине може изрећи опомена у писаној форми или новчана казна у износу до 20% нето плате за пуно радно вријеме исплаћене за мјесец у коме је новчана казна изречена, а у трајању до три мјесеца. За тежу повреду радне дужности службенику се може изрећи: а) новчана казна од 20% до 30% нето плате за пуно радно вријеме, исплаћене за мјесец у којем је новчана казна изречена, у трајању од три мјесеца, са забраном напредовања у служби у трајању од годину дана до четири године, зависно од изречене новчане казне; б) премјештај на радно мјесто ниже категорије и звања у оквиру исте стручне спреме; в) престанак радног односа.

При избору и одмјеравању дисциплинске мјере води се рачуна о степену одговорности службеника, тежини посљедица повреде радне дужности, ранијем дисциплинском кажњавању, као и о другим околностима под којима је повреда дужности извршена (нпр. олакшавајуће и отежавајуће околности; ранији рад и понашање службеника послје учињене повреде; социјални и брачни статус; број издржаваних чланова породице; године старости; радно искуство, итд.).

Дисциплинске мјере се изричу рјешењем, које има појединачан карактер и мора бити у писаном облику и имати своје саставне дијелове. Рјешење о изрицању дисциплинске мјере доставља се службенику и надлежној синдикалној организацији ако је у дисциплинском поступку заступала службеника, као и службенику који обавља послове из области управљања људским ресурсима. О изреченим дисциплинским мјерама, службеник који обавља послове из области управљања људским ресурсима води евиденцију која садржи: податке о службенику коме је изречена мјера, врсти повреде радне дужности, изреченој дисциплинској мјери, коначном акту којим је мјера изречена, као и датуме уписа и брисања дисциплинске мјере. Изречена дисциплинска мјера брише се из евиденције ако службенику не буде изречена нова дисциплинска мјера и уколико је протекло двије године од изрицања дисциплинске мјере за лакшу повреду радне дужности, односно четири године од изречене дисциплинске мјере за тежу повреду радне дужности. Саставни дијелови сваког рјешења као формалног аката су увод, изрека, образложење, поука о правном лијеку, те потпис, печат, број и датум. Број и датум се најчешће стављају на самом почетку рјешења (у горњем лијевој углу), док се потпис ставља на крају (у доњем десном углу). Пред потписа одговорног лица ставља се печат органа јединице локалне самоуправе. У увод у рјешења наводи се ко одлучује (послодавац), о

чијим правима, обавезама и одговорностима се одлучује (службеник), о којој повреди радне дужности се одлучује (навести правне норме), на основу ког правног акта (закона, општих аката и друго), те ко је и на основу ког правног акта доносилац рјешења. Изрека (диспозитив) је главни дио рјешења који садржи изјаву (став) послодавца о отказу уговора о раду. У диспозитиву се мора навести име и презиме службеника којем се изриче дисциплинска мјера, која дисциплинска мјера се изриче и за коју повреду радне дужности. Диспозитив мора бити јасан и прецизан, може садржавати више изјава (ставова) послодавца о његовим одлукама, с тим што би требало онда да су ови ставови означени римским бројевима. У образложењу рјешења образлаже се изрека (диспозитив) рјешења. Стога оно служи да покаже да постоје разлози за изрицање дисциплинске мјере, те да је поступак утврђивања одговорности спроведен у складу са законским одредбама. У образложењу рјешења наводе се све чињенице и докази који су изведени или утврђени у поступку од стране комисије као и приједлог комисије у погледу изрицања дисциплинске мјере. Наводе се и правни прописи (норме) из којих произлази овлашћење за одлучивање, правни основ за повреду радне дужности и друге чињенице. Сваки став који је наведен у изреци рјешења мора бити образложен. Диспозитив рјешења не смије бити у колизији са образложењем, не смије стварати одређене сумње у исправност самог приједлога односно коначне одлуке градоначелника, односно начелника општине у погледу изречене дисциплинске мјере. У диспозитиву рјешења, најкраће речено, мора бити образложен цијели поступак утврђивања одговорности радника. На крају рјешења раднику се даје поука о правном лијеку, односно поуком се радник упућује на даље поступке и институције за заштиту права. Тако, против рјешења којим је изречена дисциплинска мјера службеник може поднијети жалбу одбору за жалбе у року од 15 дана од дана пријема рјешења. Жалба има суспензивно дејство и одлаже извршење рјешења до доношења коначне одлуке одбора за жалбе. Жалба се подноси у писаном облику путем првостепеног органа, који ће прије просљеђивања жалбе са комплетним списом, провјерити да ли је жалба допуштена, благовремена и изјављена од стране овлашћеног лица. Недопуштenu, неблаговремену или од неовлашћеног лица изјављenu жалбу ће одбацити. Жалбу из наведених разлога може одбацити и одбор за жалбе, као другостепени орган. Ако жалбу не одбаци, другостепени орган узима предмет у рјешавање. Он може жалбу одбити, поништити рјешење у цјелини или дјелимично, или га измијенити. Одбор за жалбе је дужан да одлучи

о жалби у року од 30 дана од дана достављања жалбе. Након што одбор донесе одлуку по жалби и достави је странкама, одлука постаје коначна и извршна. Одлука постаје коначна и извршна ако је рок за жалбу протекао или ако жалба није поднесена у року. Против одлуке одбора за жалбе службеник може покренути поступак за заштиту права пред надлежним судом у року од 30 дана од дана пријема одлуке.

3. Материјална одговорност (појам)

Материјална одговорност је врста правне одговорности, и то лична одговорност службеника за штету коју је на раду или у вези са радом, намјерно или из крајње непажње, проузроковао органу јединице локалне самоуправе. Из оваквог одређења материјалне одговорности могу се уочити битни елементи, и то: својство извршиоца штете (тј. да је штету проузроковао службеник), да је службеник проузроковао штету на раду и у вези са радом, да је штета (која може бити материјална или правна) настала као посљедица радње (чињења или нечињења) службеника, и да је службеник учинио штету својом кривицом – намјерно или из крајње непажње. Службеник штету може проузроковати органу јединице локалне самоуправе или неком трећем лицу (физичком или правном). Иако Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе то не прописује, треба имати у виду да појам материјалне одговорности обухвата и одговорност послодавца за штету коју претрпи службеник на раду или у вези за радом.

Поред поменутог закона, на поједина питања материјалне одговорности примјењују се општи прописи о раду (Закон о ради) *као lex generalis* пропис, односно одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима.

3.1. Одговорност службеника за штету проузроковану послодавцу или трећем лицу

Службеник је одговоран за штету коју на раду или у вези са радом намјерно или крајњом непажњом причини послодавцу, због чињенице што средства рада и имовину послодавца мора да користи одговорно и економски цјелисходно. Као и дисциплинска, материјална одговорност службеника заснива се на кривици. Стога, службеник може бити

одговоран (крив) само уколико се није понашао онако како је требало да се понаша, односно како би се у одређеној животној ситуацији то од њега могло очекивати. Штета је проузрокована намјерно ако је службеник био свјестан да његова радња може послодавцу проузроковати штету и ако је хтио њено наступање. Крајња непажња постоји кад службеник у одређеној ситуацији није испољавао ни минимум потребне пажње. Под потребном пажњом подразумијева се уобичајена, нормална пажња, осим код послова који се обављају под посебни условима рада када се од службеника очекује посебна пажња.

Без намјере или крајње непажње нема основа материјалне одговорности. Зато штету коју је проузроковао обичном непажњом службеник нема обавезу да надокнади. Код материјалне одговорности службеника намјера или крајња непажња нису подобни да буду предмет претпоставке, те се исте увијек доказују у сваком конкретном случају. Терет доказивања постојања одговорности је на послодавцу, односно на посебној комисији од три или пет чланова коју формира градоначелник, односно начелник општине. Поред одговорности службеника за штету, ова комисија је дужна да утврди и саму штету, њену висину, околности под којима је настала, те предложи начин њене надокнаде.

Поред кривице службеника, следећи неопходан услов за материјалну одговорност је постојање штете. Према одредбама Закона о облигационим односима материјална штета се може састојати у умањењу имовине или спречавању њеног увећавања. У првом случају ради се о стварној штети, а у другом о измаклој добити. Под имовином се подразумијевају ствари, новчана средства и материјална права. Штета коју службеник причини послодавцу може бити директна и индиректна. Директна штета је непосредна посљедица поступања службеника (чињења или нечињења), а индиректна посредна посљедица поступања службеника.

Узрочна веза између штете и радње службеника је сљедећи услов одговорности. Према одредбама Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе службеник је одговоран за штету само ако је до његове штетне радње дошло на раду или у вези са радом. За штету коју је проузроковао независно од рада, службеник одговара као и сваки други грађанин, по одредбама Закона о облигационим односима. Штету „на раду“ идентификују узроци у унутрашњој вези са процесом рада. Штету у „вези са радом“ идентификују узроци у функционалној вези са процесом рада. Простор и вријеме рада нису

увијек довољни за образовање релевантних узрока материјалне одговорности. Службеник који у простору за рад и у вријеме трајања радног времена проузрокује штету послодавцу из породичних, интимних, политичких или других разлога изван рада и везе са радом, неће одговарати по одредбама прописа о раду, него по одредбама Закона о облигационим односима. С друге стране, разлози материјалне одговорности често настају ван простора и времена рада.

За штету коју службеник на раду или у вези са радом, намјерно или из крајње непажње проузрокује трећем лицу, одговара јединица локалне самоуправе. Под трећим лицем подразумевају се грађани и друга правна лица, као и други службеник којем је штетник проузроковао штету на раду или у вези са радом. Послодавац (јединица локалне самоуправе) неће одговарати за материјалну штету ако докаже да је у датим околностима службеник поступао онако како је требало. С тим у вези, ваља имати у виду да је одговорност послодавца према трећем лицу, као врста одговорности за другог, уређена Законом о облигационим односима.²⁴ Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе регулише само регресни однос између јединице локалне самоуправе и службеника који је проузроковао штету трећем лицу. У том смислу, ако јединица локалне самоуправе оштећеном надокнади штету коју је службеник проузроковао намјерно или из крајње непажње, има право да од службеника захтијева накнаду плаћеног износа у року од шест мјесеци. Ако службеник не надокнади плаћени износ на име материјалне штете, коју је орган јединице локалне самоуправе накнадио трећем лицу, градоначелник, односно начелник општине је дужан да у року од 60 дана од дана исплаћене накнаде штете покрене поступак пред надлежним судом за накнаду плаћеног износа. Поступак се покреће у складу са одредбама Закона о облигационим односима.

3.1.1. Надокнаде проузроковане штете

С обзиром на принцип личне одговорности, ако штету проузрокује један службеник, сам ће исту и надокнадити.

У случају да више лица проузрокује штету, имамо четири могућа начина надокнаде штете:

1. Надокнада штете према удјелима у проузрокованој штети – Ако је штету проузроковало више службеника сваки од њих је

²⁴ Др Боривоје Шундерић и др Љубинка Ковачевић, *Приручник за полагање правосудног испита (Књига II)*, ЈП „Службени гласник“ Београд, 2017, стр. 325.

- одговоран за дио штете коју је проузроковао. Ако су удјели у проузрокованој штети различити, биће различит и дио накнаде који пада на одређеног службеника. Сваки службеник одговара за свој дио штете, па се остатак штете не може пренијети на друге одговорне службенике.
2. Надокнада штете на једнаке дијелове – Када више службеника одговара за исту штету, а у случају када се њихови појединачни удјели у штети не могу утврдити, онда они надокнађују штету у једнаким дијеловима, али се при томе мора утврдити када је штета настала и који су службеници у том времену одсуствовали с посла. Наравно, у сваком конкретном случају ће се цијенити околности карактеристичне за предметни случај настанка штете.
 3. Солидарна надокнада штете – Ако је више службеника извршењем кривичног дјела проузроковало штету послодавцу, исти одговарају за накнаду штете солидарно. Постојање кривичног дјела доказује се правоснажном одлуком надлежног суда. Солидарна одговорност има основ у солидарној облигацији код које дужник одговора за цијели износ штете. Послодавац може захтијевати накнаду цијелог износа штете од једног службеника или од свих заједно. Он може надокнадити штету само од једног запосленог и тада обавеза према послодавцу престаје, односно гаси се. Али онај службеник који плати укупан износ штете има право регресног захтјева према осталим запосленим који су проузроковали штету, а сразмјерно висини њихових удјела у штети. Ако се по регресном захтјеву удјели у штети не могу одредити, на сваког запосленог долази једнак износ штете. Дио који пада на дужника од кога не може да се добије накнада сразмјерно се дијели на све дужнике, односно штетнике. У случају солидарне одговорности примјењују се правила прописана одредбама Закона о облигационим односима.
 4. Паушална надокнада штете – Ако се штета не може надокнадити на начине који су претходно назначени, а из неког субјективног или објективног разлога се не може утврдити њен тачан износ или ако би утврђивање њене висине проузроковало несразмјерне трошкове, штета ће се надокнадити у паушалном износу. Паушална накнада штете је просјечна, процијењена накнада штете. Паушална накнада штете може бити изнад или испод (најчешће) стварног износа проузроковане штете. Стога, послодавац има

право да захтијева накнаду у висини пуног износа проузроковане штете, уколико је проузрокована штета знатно већа од утврђеног паушалног износа накнаде штете. Ту накнаду штете послодавац може захтијевати својом тужбом код надлежног суда у складу са Законом о облигационим односима.

3.2. Одговорност послодавца за штету проузроковану службенику

Иако Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе не садржи одредбе о одговорности послодавца за штету проузроковану службенику, могуће је да запослени претрпи штету на раду, ако му буде повријеђено право незаконитим актом или радњом послодавца, или ако претрпи повреду на раду или професионално оболи.

Стога, ако је основ одговорности послодавца претпостављена кривица, основ те претпоставке је незаконит акт или радња послодавца. Службеник најчешће тражи накнаду штете због незаконитог отказа, распоређивања на друго радно мјесто или због онемогућавања да ради, остварује плату и друга лична примања, да користи годишњи одмор или да ужива друга права по основу рада. Претпоставка кривице је важна јер радника лишава терета доказивања основа одговорности послодавца, док послодавац може обарати претпоставку кривице доказима да није крив.²⁵

За штету коју запослени претрпи због повреде на раду, послодавац одговара по два основа: по основу кривице и по основу ризика. Кривица је основ одговорности, кад штета настане као посљедица недозвољеног поступка послодавца (нпр. послодавац није није предузео мјере које је дужан да предузме). Као и у претходном случају, и у овом се кривица послодавца подразумијева, што значи да службеник није дужан да доказује кривицу послодавца због повреде на раду. Претпоставка кривице је оборива, па послодавац има могућност да доказује да штета није настала његовом кривицом. Са друге стране, ризик је основ одговорности, кад штета настане усљед употребе опасне ствари или обављањем опасне дјелатности. Послодавац у овом случају одговара, без обзира на кривицу. Послодавац одговара по основу ризика и за штету коју запослени претрпи због професионалног обољења.²⁶

²⁵ Ibid, стр. 326.

²⁶ Ibid.

Према томе, ако је послодавац својим незаконитим актом или радњама онемогућио службеника да ради или му је на други начин начинио штету, дужан је да му надокнади штету у виду измакле добити, односно плате.

3.3. Поступак накнаде штете

Напријед је већ наведено да је службеник одговоран за штету коју је на раду или у вези са радом намјерно или из крајње непажње проузроковао послодавцу (органу јединице локалне самоуправе), другом правном или физичком лицу, али и да је и послодавац одговоран за штету проузроковану раднику. Сваки радник је обавезан да пријави проузроковану штету одмах по сазнању, усменим или писменим путем, непосредном руководиоцу, односно послодавцу. Послодавац, на основу пријаве о настанку штете, покреће поступак за утврђивање штете и одговорност за штету.

Постојање штете, њену висину, околности под којима је настала, учиниоца штете и начин њене накнаде утврђује посебна комисија од три или пет чланова коју формира градоначелник, односно начелник општине (члан 137 став 2 Закона).

Правила у погледу поступка за вођење дисциплинског поступка примјењиваће се и у поступку за утврђивање материјалне одговорности, а посебно у погледу одржавања расправе и позивања службеника, као и поступка извођења доказа. Комисија за накнаду штете о свом раду води записник који садржи податке као и записник о дисциплинској одговорности, односно садржи све битне чињенице које су од утицаја на коначну одлуку у погледу настанка штете, утврђења учиниоца и његове кривице, те висине настале штете. Радник се ослобађа обавезе накнаде штете уколико је штету проузроковао извршењем налога непосредног руководиоца, односно послодавца, уколико је руководиоцу саопштио да извршење налога може да проузрокује штету. Радник ће се ослободити обавезе накнаде штете ако постоји основ за искључење одговорности за штету по основу кривице радника. Подсјећања ради, те основе су нужна одбрана, крајња нужда, дозвољена самопомоћ и пристанак оштећеног.

Ако комисија утврди да је радник одговоран за насталу штету, предложиће послодавцу да донесе рјешење о накнади штете, у коме ће се утврдити одговорност радника, чињеницу настанка штете (узрочно-посљедична веза између радњи запосленог и настале штете), те начин

накнаде штете (одбијање од плате, плаћање у ратама, плаћање у готовини и сл.).

Уколико би исплатом накнаде за штету причињену органу јединице локалне самоуправе била угрожена егзистенција службеника и његове уже породице, службеник се може дјелимично ослободити плаћања те накнаде.

4. Закључак

У радном односу постоје различите врсте одговорности. Те, различите врсте одговорности, често се међусобно „додирују“, имају свој правни основ, своја правила поступка приликом одлучивања о одговорности службеника по основу кривице и на крају имају своју сврху (циљ).

Правни основ дисциплинске и материјалне одговорности садржан је у Закону о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе. Законом се успоставља и регулише посебан режим радног односа између службеника и органа јединице локалне самоуправе. Поменути прописом, између осталог, регулишу се и питања од значаја за дисциплинску и материјалну одговорност службеника. Спровођење дисциплинског поступка због учињене повреде радне дужности и утврђивање одговорности службеника за исту, односно поступка за накнаду материјалне штете и надокнаде исте, обавезан је институт овог правног режима регулисања радног односа.

Поступци утврђивања одговорности службеника спроводе се по одређеним процесним и материјалним начелима, који су својствени и било којем другом поступку који проводе државни органи или правосудне институције. Поступак утврђивања одговорности за повреду радне дужности у дисциплинском поступку те изрицање дисциплинске мјере, односно спровођења поступка утврђивања материјалне одговорности (постојања штете) и надокнаде штете послодавцу, трећем лицу или самом службенику, представљају комплексан процес, са обавезним учесницима, а спроводе се у оквиру органа јединице локалне самоуправе. Дисциплински или материјални поступак утврђивања одговорности службеника спроводе посебне комисије које именује градоначелник, односно начелник општине, а који и изриче мјере службенику чија је одговорност по основу кривице утврђена у поступку. Спровођење по-

ступка се састоји од неколико фаза, међу којима можемо разликовати: иницијативу, подношење захтјева за покретање поступка, именовање комисије, утврђивање одговорности, приједлог дисциплинске мјере, изрицање дисциплинске мјере, другостепени поступак пред одбором за жалбе, извршење изречених мјера те евидентирање и брисање изречених мјера службенику.

Према томе, провођење дисциплинског поступка или поступка за накнаду материјалне штете мора да удовољи својим циљевима. Један од циљева је да се дисциплински казни службеник који је повриједио радну дужност, односно службеник који је на раду или у вези са радом намјерно или крајњом непажњом причинио штету послодавцу (штету да надокнади), али и да се истовремено васпитно дјелује према службенику које је извршио повреду радне дужности као и према осталим запосленим, односно да се кроз накнаду материјалне штете заштите интереси послодавца и трећих лица.

Borislav Radić, PhD, Assistant Professor
Faculty of Law – Pan-European University “Apeiron” Banja Luka
Public Institution “Agency for peaceful settlement of labour disputes”
of Republic of Srpska

DISCIPLINARY AND MATERIAL RESPONSIBILITY OF OFFICIALS IN THE BODIES OF THE LOCAL SELF- GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The author deals with the issue of disciplinary and material accountability of the officials in the bodies of the local self-governments of the Republic of Srpska, as one of the segments of the special regime for regulating employment. In addition to this question, the author points to the most significant characteristics of the procedures and their stages, from an initiative or reporting of a damage, to an imposition of an appropriate disciplinary measure prescribed by law or a decision to compensate an

employer, a third person or an employee. The paper also lists the most important principles of lawful implementation of a disciplinary procedure, ie. a procedure for compensation of a material damage, by special commissions appointed by mayors, ie. heads of towns and municipalities.

Key words: *disciplinary and material responsibility - concept and procedure, work duty, damage, guilt and unlawfulness, disciplinary measures, compensation of damages.*

ПРАВА ПАЦИЈЕНАТА, УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД

Мр Недељко З. Милаковић*

Апстракт: Права, обавезе и одговорност пацијената у здравственој заштити недовољно је изучена област у нашој правној науци. Упоредноправни преглед приказује настанак и одређене карактеристике успостављеног система права пацијената које треба користити у нормативном регулисању. Права пацијената, као и област здравства у цјелини, налазе се у процесу реформи коју прате проблеми у пракси а истраживање је извршено како би се *de lege ferenda* унаприједио правни оквир њиховог регулисања, у складу са међународним документима и праксом држава у окружењу.

Кључне ријечи: здравствена заштита, пацијент, права пацијента, европска повеља.

Права пацијената, упоредноправни преглед

Опште је мишљење да је убрзо после II свјетског рата започео планетарни процес глобализације, који је захватио и промијенио многе земље и односе унутар њих и међу њима. Овом процесу су неминовно били подложни и национални здравствени системи, а законски оквири права пацијената су такође били на листи промјена. Права пацијената представљају људска права особа које имају потребу да користе здравствене услуге без обзира на стање свог здравља, регулисана законским одредбама о поступању с пацијентима. Према овим одредбама, пацијент је у систему здравствене заштите (који се састоји од три ступа: здравствени радници, пацијенти и осигуравајућа друштва) равнопра-

* Магистар радног права, Бања Лука.

ван партнер код пружања здравствених услуга. Пацијенти су истовремено најбројнији и најрањивији дио у том систему, јер им од пружених услуга зависе здравље и живот. Стога се регулисању права пацијената придаје све већа пажња, како у законодавству, тако и у међународним и европским документима. Права пацијената су, као и већина других универзалних правних тековина, развијана и побољшавана кроз доношење међународних конвенција, декларација и повеља, те докумената ЕУ и Савјета Европе. Упоредо с тим, права пацијената, а посебно правни и етички аспекти односа љекара и пацијента, добијају све већи значај у медицинској пракси и здравственој дјелатности уопште. Људска права се налазе у фокусу интересовања свјетске јавности а тиме и право на здравље као универзално људско право.

Права пацијената у међународним и европским изворима

Права пацијената су се развијала кроз историју, као и већина других тековина међународног права, кроз међународне уговоре – конвенције, декларације и повеље у свјетским оквирима и документима ЕУ и Савјета Европе у европском оквиру.

Појам права пацијената је развијен из концепта личности Универзалне декларације о људским правима УН из 1948. године, која људима признаје „урођено достојанство“ и „једнака и неотуђива права свих чланова људске породице“, те „права на здравље и здравствену његу“ (чл. 25). Универзална декларација није међународни споразум са правно обавезујућом снагом¹. Али, снагом ауторитета она је утицала да 1966. године буду донесени правно обавезујућа акта, Пакт о економским и социјалним правима, који предвиђа право на највиши степен здравља који може да се постигне (чл. 12), а усвојена су и промовисана многа акта с циљем заштите људских права: Међународна конвенција о укидању свих облика дискриминације жена, која предвиђа укидање дискриминације жена у здравственој заштити (чл. 12) и право жена из руралних области на приступ здравственим установама (чл. 14); Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације, која предвиђа забрану расне дискриминације у здравственој заштити (чл.

¹ Према Декларацији о људским правима УН, људска права представљају основ слободе, правде и мира у свијету и на овај начин људска права из националне прелазе у интернационалну сферу. Међународно право није више само међудржавно право, него је и право човјека – појединца.

5); Конвенција о правима дјетета, која предвиђа право на највиши могући степен здравствене заштите дјете (чл. 24); Међународна конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица, која предвиђа право на здравствену заштиту (чл. 28). Значајно је истаћи и важност Европске конвенције о људским правима /1950/ и Ревидиране Европске социјалне повеље /1996/. Из истог основа развијала се регионална кодификација људских права у оквиру Савјета Европе, а у чему је најважнија Конвенција о заштити људских права и основних слобода. Ова конвенција, према Дејтонском мировном споразуму из 1995. године, представља саставни дио Устава БиХ, који се директно примјењује и има предност над законима. Постоје документа других међународних организација о правима пацијената која нису правно обавезујућа, али су значајна у примјени моралних и дипломатских притисака на државе које крше њихове одредбе, као што су на примјер: Декларација из Алма-Ате (СЗО из 1978. године), која је важна за промоцију здравља; Декларација о правима пацијената Свјетске медицинске организације из 1981. године, која се односи на право на повјерљивост информација и на сагласност пацијента; Декларација о здравственој заштити оријентисаној ка пацијенту Интернационалне алијансе организација пацијената из 2006. године, која представља интересе удружења пацијената у систему здравствене заштите кроз укључивања пацијената на свим нивоима на којима се доносе одлуке, посебно када се те одлуке тичу њиховог здравља и начина живота; Универзална декларација о биоетици и људским правима УНЕСКО из 2005. године; Етички принципи за медицинска истраживања која укључују људске субјекте и Отавска декларација о правима дјетета на здравствену заштиту Свјетске медицинске асоцијације из 1964. године, односно 1998. године; Принципи права пацијената у Европи СЗО из 1994. године. За остваривање права пацијента од нарочите важности је Конвенција о људским правима и биомедицини која обавезује државе које су је ратификовале да се поштује и штити хумана суштина људског бића у случајевима сукоба са научним достигнућима који би имали карактер злоупотреба знања из области биомедицине. Неке од главних вриједности ове конвенције су: правичан приступ здравственој заштити, право на информацију и слободан пристап, право на поштовање приватног живота у вези са информацијама о свом здрављу.

Главни стандарди који штите људска права у систему здравствене заштите у европским оквирима су обавезујућа документа ЕУ, као и документа Савјета Европе и цивилног сектора². Од многобројних препорука

² Савјет Европе је у циљу остваривања основних личних и демократских права у Европи донио

рука Савјета Европе које се тичу остваривања права пацијената, може се издвојити Препорука бр. Р (2000) 5 Комитета министара земаља чланица о развоју структура за учешће грађана/ки и пацијената/киња у процесу доношења одлука које утичу на здравствену заштиту. Она има снажан политички и морални утицај у мултикултурним друштвима гдје су одређене групе обично маргинализоване, тако што осигурава једнако учешће за сваког појединца у процесу доношења одлука.

У погледу развоја права пацијената у Европи од нарочите важности је Европска консултација о правима пацијената³ одржана у Амстердаму 1994. године, на којој је прихваћена Декларација о промоцији права пацијената у Европи. Она поставља принципе за промоцију и имплементацију права пацијената у земљама ЕУ. Иако није обавезујућа, Декларација је фокусирана на права пацијената на информацију, сагласност, повјерљивост и приватност у здравственој њези и заштити, а и представља важан почетни документ који је обезбиједио имплементацију поменутих права и доношење других докумената. Двије године касније (1996), СЗО је донијела Љубљанску повељу о реформи здравствене заштите. Она садржи неколико основних принципа којима се осигурава боље здравље и квалитет живота пацијената, као и њихово активно учешће у дефинисању бољих услова пружања здравствене његе.

Покрет за права пацијената широм Европе захтијевао је активнију улогу пацијената у креирању пружања здравствених услуга и да се необавезујуће одредбе регионалних докумената о здравственој заштити дефинишу као обавезујући. У Риму је 2002. године донесена Европска повеља о правима пацијената, познатија као Римска повеља, на иницијативу Мреже за активно учешће грађана⁴ у сарадњи са 12 различитих удружења грађана из земаља ЕУ⁵. Права из ове повеља су утемељена у Повељи о основним људским правима у ЕУ и морају се поштовати. Повеља представља полазну основу за праћење и евалуацију система

неке од најважнијих докумената и успоставио Европски суд за људска права. Водећи документи у остваривању људских права су Европска конвенција о људским правима из 1950. године и Европска социјална повеља из 1961. године која је водећи регионални инструмент за економска и социјална права.

³ Циљ консултација под покровитељством Регионалне канцеларије СЗО за Европу је био да се дефинишу принципи и стратегије за промовисање права пацијената у оквиру процеса здравствене реформе у већини европских земаља.

⁴ Мрежа за активно учешће грађана (Active Citizenship Network, енг.) је међународно удружење грађана. Више информација о удружењу на званичној веб-презентацији: <http://activecitizenship.net/> (26. 4. 2016);

⁵ Повеља представља основу за реформу здравствене заштите у ЕУ иако није правно обавезујућа, јер је мрежа група за људска права и права пацијената широм Европе, управо захваљујући њој, лобирала код политичких представника за признавање и прихватање права из ове повеље.

здравствене заштите у Европи⁶. Повеља препознаје 14 права пацијената која заједно за циљ имају гаранцију високог нивоа заштите људског здравља и квалитета здравствених услуга у националним здравственим службама у Европи. Појединачно, свако од наведених права гарантује да свака особа има сљедећа права⁷:

1. право на одговарајућу услугу ради спречавања болести (чл. 1 – право на превентивне мјере);

2. право на приступ здравственим услугама када то здравствено стање захтијева, јер здравствене услуге морају бити једнако доступне свима, без дискриминације на основу финансијског стања, мјеста становања, врсте болести или времена приступа здравственим услугама (чл. 2 – право на приступ);

3. право на приступ свим облицима информација које се односе на здравствено стање, методе лијечења и њихово коришћење, као и сва научна достигнућа и технолошке иновације које му/јој морају бити стављене на располагање (чл. 3 – право на информисаност);

4. право на приступ свим информацијама које би омогућиле активно учешће у доношењу одлука које се тичу његовог/њеног здравља и које су предуслов за процедуру или третман, укључујући и учествовање у научном истраживању (чл. 4 – право на пристанак);

5. право слободног избора између различитих третманских процедура и давалаца здравствене заштите на бази адекватне информације (чл. 5 – право на слободу избора);

6. право на повјерљивост личних информација, укључујући и оне које се односе на здравствено стање и потенцијалну дијагностику или терапијске процедуре, као и на заштиту приватности за вријеме дијагностичких претраживања, прегледа специјалиста и медицинског/хирушког третмана уопште (чл. 6 – право на приватност и повјерљивост);

7. право да добије неопходан третман у најбржем могућем времену у свакој планираној фази рада (чл. 7 – право на поштовање пацијентовог времена);

8. право приступа висококвалитетним здравственим услугама на основу спецификације и придржавања прецизног стандарда (чл. 8 – право на придржавање квалитета и стандарда);

⁶ Заједнички пројекат Мреже за активно учешће грађана и италијанске грађанске иницијативе „Cittadinanzattiva“ (итал.), под називом „Мониторинг права пацијената у Европи“. Коначан извјештај на званичној веб-страници: <http://www.cittadinanzattiva.it/chi-siamo/about-us.html>, а изворни документ је: <http://www.activecitizenship.net/> (26. 4. 2016).

⁷ Види: <http://www.pravapacijenata.ba/evropska-povelja-o-pravima-pacijenata/> (29. 6. 2016).

9. право да буде поштеђен повреда проузрокованих лошим функционисањем здравствених служби, погрешном медицинском праксом и грешкама те право приступа здравственим услугама и третманима који задовољавају високе сигурносне стандарде (чл. 9 – право на сигурност);

10. право приступа иновационим процедурама укључујући дијагностичке процедуре према интернационалним стандардима и независно од финансијских и економских услова (чл. 10 – право на иновацију);

11. право да избјегне патњу и бол колико год је то могуће, у свакој фази болести (чл. 11 – право да се избјегне непотребна патња и бол);

12. право да се дијагностички и терапеутски програми обликују према његовим потребама колико год је то могуће (чл. 12 – право на персонализовање третмана);

13. право на жалбу кад год пати од повреде и право да добије одговор и повратну информацију (чл. 13 – право на жалбу);

14. право да добије задовољавајућу компензацију у оквиру разумно кратког временског рока (чл. 14 – право на компензацију).

Права пацијената из ове повеље, а како стоји у дијелу под називом Смјернице за имплементацију повеље, могу бити инкорпорисана у национална законодавства и законодавство ЕУ у цјелини или дјелимично.

У Повељи о основним правима ЕУ из 2000. године, које је од 2009. године ступањем на снагу Лисабонског уговора постала правно обавезујућа у ЕУ, једно од основних права садржано у чл. 35. јесте право за здравствену заштиту. Свако од грађана ЕУ има право на превентивну здравствену заштиту и право на медицински третман под условима који су регулисани националним законима и праксом. У свим дефиницијама, као и у примјени политике и дјелатности ЕУ, морају се предвидјети високи нивои заштите људског здравља. Индивидуална права пацијената у ЕУ су заштићена путем појединачних докумената, као што је Директива о заштити података, којом се нарочито штити приступ осјетљивим личним подацима о здрављу и Директива о клиничким испитивањима која штити права пацијената и особа које нису способне да дају свој пристанак у клиничким испитивањима, успостављањем јасне и транспарентне процедуре добре клиничке праксе. Према Директивама Европског парламента и Савјета 2016/679 о заштити појединаца у вези са обрадом личних података и о слободном кретању таквих података, државе-

чланице забрањују обраду података који се односе на здравствено стање. Та забрана се неће примјењивати када је лице које је предмет података дало изричито пристанак на обраду тих података, сем ако законодавство државе чланице прописује да забрану не може својим пристанком укинути лице које је предмет података. Забрана се не примењује: када је обрада података потребна у сврху превентивне медицине, љекарске дијагнозе, обезбјеђивања њега или лијечења или управљања здравственом службом; када те податке обрађују здравствени радници који по законодавству или прописима које су утврдили надлежни домаћи органи подлијежу обавези чувања професионалне тајне; када неко друго лице обрађује податке, а које такође подлијеже одговарајућој обавези чувања тајности (чл 8). Према Директиви 2005/28 Комисије од 8. 5. 2005. о утврђивању начела и детаљних смјерница за добру клиничку праксу за лијекове за хуману употребу, који су у фази испитивања или фази захтјева за добијање одобрења за производњу или увоз таквих лијекова, права, безбједност и добробит испитаника имају предност над интересима науке и друштва. Свака особа која је укључена у провођење испитивања мора по образовању, оспособљености и искуству бити квалификована за извођење својих задатака. Клиничка испитивања морају бити научно утемељена и вођена етичким начелима у свим погледима (чл. 2). Клиничка испитивања се проводе у складу с Хелсиншком декларацијом о етичким начелима медицинских испитивања на људима, која је усвојена на Генералној скупштини Свјетског медицинског удружења (1996).

Многе европске земље су убрзо по доношењу Декларације о промоцији права пацијената 1994. године регулисале на националном нивоу права пацијената кроз законе или повеље донесене са циљем да заштите основна права пацијената. Неке земље су већ имале посебне законе којима се регулишу права пацијената, као што је случај са Финском, која је 1992. године прва донијела такав закон или повеље, као што је то случај са француском Повељом о хоспитализованим пацијентима из 1974. године, Повељом о правима пацијената Уједињеног Краљевства из 1991. године и др. Холандија је прва европска земља која је 1994. године Законом о медицинском третману унијела измјене у Грађански закон, којима се односи између љекара и пацијената регулишу уговором. Земље које су по угледу на Холандију здравствене услуге регулисале кроз уговор о медицинским услугама у грађанским законима су Естонија, Литванија и Словачка. Законску регулативу о правима пацијената донијеле су: Литванија (1996), Исланд, Латвија, Мађарска,

Грчка (1997), Данска (1998), Норвешка (1999), Грузија (2000), Естонија (2001), Француска и Белгија (2002), Швајцарска и Румунија (2003), Кипар и Хрватска (2004), Словенија (2008), Федерација БиХ и Црна Гора (2010), Њемачка (2013). У неким од наведених земаља постојале су повеље о правима пацијената, као што је то случај са Њемачком, која је 1999. године донијела Повељу о правима пацијената. Док су у неким земљама донесени и закони и повеље, у неким се права пацијената регулишу искључиво законима о правима пацијената, а у неким су права пацијената регулисана одредбама различитих закона као што су нпр. Закон о здравственој заштити, Закон о заштити личних података и др. Доношење посебног законодавства о правима пацијената има предност која се састоји у томе што омогућава да на једном мјесту буду заштићена сва права пацијента, која су до тада дјелимично и спорадично била признавана у различитим законским текстовима, а што је отежавало сналажење пацијената и умањивало њихове изгледе да ефикасно заштите она права која су им призната⁸. За нордијске земље, као сљедећи корак у развоју права пацијената, није толико битно стварање нових прописа, колико је то спровођење постојећих формалних у пракси. Како се наводи, постоји незнање јавности о постојању и садржају права пацијената, али, можда је још важније да постоји незнање међу онима који имају обавезу да примјењују законе. Стога је императив за здравствену заштиту да се провајдери и професионалци, у партнерству са корисницима и њиховим представницима, информишу о примјени постојећих прописа у пракси. С циљем побољшања ситуације додатно образовање је неопходно, јер незнање ствара простор за сукобе и неслагања⁹.

Доношење закона који су признали изричита права пацијента утицало је на промјену традиционалног система здравствене заштите, са једне стране, али и на слабљење патерналистичког концепта медицине у којем је пацијент послушни и неравноправни учесник у свом лијечењу, са друге стране. Умјесто љекара који одлучује сам и о свему што се тиче медицинског третмана од тренутка кад му се пацијент први пут обрати, појављује се љекар који поштује аутономију пацијента или у њему види сарадника у свим фазама лијечења којима ће га подвргавати¹⁰.

⁸ Драшкић Марија, „Права пацијената – крај патерналистичког концепта медицине“, *Правни живот*, бр. 9/1998, стр. 256–260.

⁹ Fallberg Lars, „Patients Rights in the Nordic Countries“, *European Journal of Health Law*, vol. 7, 2000, 123–143.

¹⁰ Уговор о љекарским услугама није нигдје засебно правно уређен, него битише свуда као неименовани уговор. Не треба сумњати у то да би се однос љекар–пацијент, као конкретан облигациони однос могао законом регулисати. Садржину уговора о љекарским услугама чине

Права пацијената су у искључивој надлежности националног законодавства држава. Сваки од националних здравствених система у земљама ЕУ показује различите реалности за изградњу, поштовање односно заштиту права пацијената. Општи циљ је да се ојача степен заштите пацијената и њихових права, усклађивањем националних здравствених система уз помоћ европских докумената из ове области. Ово је од изузетног значаја због слободе кретања унутар ЕУ и процеса проширења.

Права пацијената у систему здравства

Грађанска и политичка права, економска и социјална права, гаранција су остваривања и других личних права. Гарантовање ових права не води слабљењу основне идеје права човјека, већ напротив, њеном јачању. Неки писци истичу да критичари ових права заборављају да социјално право потпомаже стварну реализацију осталих личних права. Исто тако, права и обавезе осигураника не треба мијешати са правима и обавезама пацијената, јер то нису синоними. Пацијент не мора бити, мада најчешће јесте, осигурано лице.¹¹ Пацијент је свака особа, која у било којој здравственој установи затражи одређену услугу или настоји задовољити здравствену потребу. У најширем смислу ријечи, пацијенти су сви грађани, с обзиром на здравствено осигурање и своју обавезу да се подвргну мјерама примарне превенције, односно оног дијела здравствене заштите који је од најширег националног интереса и којим су обухваћени сви грађани¹². Пацијентом се сматра свака особа, болесна или здрава, која затражи или којој се пружи одређена мјера или услуга с циљем очувања или унапређења здравља, спречавања болести, лијечења

више етичке и стручне, неголи изворне правне обавезе. Јер, медицина је дјелатност по својој природи таква да се мора руководити више етичким него правним принципима. Нужно је да етичке дужности љекара надилазе правне. Радишић Јаков, „Лекар и пацијент као уговорни партнери“, *Правни живот*, број 11-12/1993, стр. 2043.

¹¹ Према Закону о правима, обавезама и одговорностима пацијената („Службене новине Федерације БиХ“, број 40/10) пацијентом се сматра свако лице, болесно или здраво, осигурано или неосигурано лице, које затражи или којем се пружа одређена мјера или услуга у циљу очувања и унапређења здравља, спречавања болести, лијечења или здравствене његе и рехабилитације. У Црној Гори, Законом о правима пацијената („Службени лист Црне Горе“, бр. 40/10) је дефинисан појам пацијента тако што означава свако лице, болесно или здраво, које у здравственој установи затражи или коме се пружа здравствена услуга у циљу очувања и унапређења здравља, спречавања болести, лијечења и здравствене његе и рехабилитације и има права утврђена овим законом.

¹² Боднарук, Сњежана, et al., op. cit., стр. 315–316.

или здравствене његе и рехабилитације¹³. Однос љекара и пацијента карактеришу хумана чињења једне стране и повјерење друге стране. Законодавац покушава да утврди норме које имају општу важност и које треба да служе заштити болесника и утврде права, обавезе и одговорности здравствених професионалаца.¹⁴ Чести су приговори да однос љекар–пацијент није подесан за правно регулисање, па га зато треба препустити правилима медицинске струке и медицинске етике. Закон олакшава посао љекару и штити његов племенити рад од прекора и приговора, који су неизбјежни у тако сложеној и важној дјелатности као што је лијечење пацијената. Осим тога, право треба да обезбиједи квалитет медицинских услуга, да понашање љекара и осталих медицинских запосленика према пацијенту подвргне друштвеној контроли од стране суда, јер пацијент има право на заштиту здравља. Однос између љекара и пацијента поводом пружања медицинске услуге јесте, дакако, правни однос. Право настоји да обезбиједи квалитет љекарских услуга, да поступке љекара према пацијенту подвргне контроли суда, јер пацијент има право на заштиту здравља¹⁵. У правној држави таква контрола је нужна, јер унутрашња, сталешка контрола поступака љекаревих није довољна; потребна је и спољашња правна контрола, макар да се и она врши уз помоћ медицинских вјештака, помоћу медицинских критеријума¹⁶. Још у Хамурабијевом законнику постоји неколико одредаба посвећених одговорностима љекара. Исто тако потребна је опрезност законодавца, који мора љекару гарантовати научну и професионалну независност, слободу у којој може да процјењује и одлучује у складу са правилима струке, медицинске етике и савјести. Постоји опасност о којој се мора водити рачуна, а то је да велики број прописа може угушити слободу љекару, који утичу на његове професионалне обавезе од интереса за пацијенте. Закони не треба да прописују детаљне правне забране и заповијести медицинским радницима, него само опште оквире. Шта се у тим оквири-ма дешава и шта се може очекивати треба да покаже судска пракса¹⁷. Унутрашња моралност права захтијева да правила постоје, да су позна-

¹³ Bošković, Zvonimir, „Zakon o zaštiti prava pacijenata: reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske“, *Hrvatska pravna revija*, 5/2005, str. 90.

¹⁴ Одредбама о правима и обавезама пацијената одређују се права, обавезе и одговорности пацијента приликом коришћења здравствене заштите, начин коришћења, заштите и унапређења тих права.

¹⁵ Радишић, Ј., *op. cit.* (1993), 2027.

¹⁶ Радишић, Ј., *op. cit.* (2008), стр. 76.

¹⁷ *Ibidem*, стр. 77.

та и да се поштују у пракси од стране оних који су задужени за њихову примјену¹⁸.

Асиметричност односа љекар–пацијент знатно је умањена прописивањем дужности љекара према пацијенту. Из ових правила посредно су изведена и одговарајућа права пацијената, а која нису увијек видљива и јасна. Добијањем на значају људских права, у новије вријеме, дошло се на идеју да права пацијената треба експлицитно да буду утврђена и кодификована, у чему предњаче европске државе. У земљама које се налазе у региону југоисточне Европе успостављена је обавеза усаглашавања законског оквира из области здравства са прописима ЕУ, последице потписивања појединачних споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ¹⁹. Као државе са (не)довршеним процесом транзиције друштва оне настоје да заврше процес транзиције домаћег права тако што ће правни систем ускладити са правом ЕУ и појединих њених чланица. Историјскоправни метод показује да глобалне промјене друштвеног поретка, као што је транзиција из једног у други поредак и транзиција унутар самог поретка, започињу у развијеним земљама које имају водећу улогу у међународним односима. Промјене у другим земљама независно од карактера промјена не могу објективно имати глобални значај²⁰.

На правном регулисању права пацијената инсистира се у оквиру Отвореног регионалног фонда за југоисточну Европу, у компоненти која се односи на „Регионалну хармонизацију правног оквира за заштиту пацијената и успостављање мреже институција за заштиту пацијената у региону југоисточне Европе“. На основу Европске повеље о правима

¹⁸ Фулер, Лон, *Моралност права*, друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 161; Фулер наводи осам нужних захтјева (услова, начела, елемената) од којих зависи постојање и остваривање законитости у сваком правном систему. То су: општост, обнародовање, забрана злоупотребе повратне правне снаге, јасност, непротиврјечност, остваривост, постојање правних правила и сагласност између проглашених правила и начина на које се она примјењују. Скуп тих осам захтјева Фулер означава изразом „унутрашња моралност права“. Кад је пак ријеч о предмету законодавчеве дјелатности, тад се ради о тзв. „спољашњој моралности права“, *Ibidem*, стр. 12–13.

¹⁹ Поступак хармонизације прописа у БиХ са прописима ЕУ отпочео је 2003. години прије потписивања овог споразума. *Одлука о процедурама и поступку усклађивања законодавства БиХ са *acquis-ем**, Службени гласник БиХ, бр. 44/03.

²⁰ 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. Мирјанић, Жељко, „Значај социјалног дијалога у процесу усклађивања домаћег права са правом Европске уније“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 68/2014, Ниш 2014, стр. 129–130.

пацијената, донесена је Повеља о правима пацијената у БиХ (2006), која садржи сљедећа права: право на превентивну мјеру, право на приступ, право на информацију, право на пристанак, право на слободан избор, право на приватност и повјерљивост, право на поштовање пацијентовог времена, право на праћење стандарда квалитета, право на безбједност, право на иновацију, право на избјегавање непотребне патње и бола, право на лични третман, право на жалбу и право на компензацију²¹.

Упоредни преглед права пацијената

Законско регулисање права пацијената: у анализи права пацијената у међународним документима и законима полази се од листе права пацијената у Европској повељи права пацијената (2002). Намјера је да се покаже како су током кодификације унутрашњег права у складу са међународним стандардима регулисана ова права и да ли их треба регулисати посебним законима о правима пацијената или на други начин. Анализа је показала да законима о правима пацијената припада предност у погледу систематизације, потпуности и уједначености регулисања у односу на регулисање права и обавезе пацијената одредбама 333, односно пракси да се права пацијената регулишу у више закона уопштено са неколико чланова. За доношење и имплементацију закона о правима пацијената неопходно је донијети и посебне законе о професионалној дјелатности (закон о докторској дјелатности, закон о стоматолошкој дјелатности, закон о сестринству) стога што се права, обавезе и одговорности пацијената не могу посматрати одвојено од права, обавеза и одговорности здравствених радника. Остваривање права пацијента заснива се на партнерском односу пацијента као примаоца здравствених услуга и здравственог радника, односно здравственог сарадника као даваоца здравствених услуга. Партнерски однос подразумијева узајамно повјерење и уважавање између пацијента и здравственог радника, односно здравственог сарадника на свим нивоима здравствене заштите, као и регулисање права и дужности партнера у том односу. Пацијент није објекат који нијемо пролази кроз здравствени систем, већ равноправан партнер у односу са здравственим радницима и другим запосленицима.

²¹ У оквиру пројекта ЕУ/СЗО „Подршка реформи здравственог система у БиХ“, радна група за израду Повеље о правима пацијената у БиХ објавила је Повељу о правима пацијената у БиХ као подршку за регулисање ове области у законодавству РС и ФБиХ, видјети званичну веб-презентацију: <http://www.akaz.ba/Fokus/Prava/Prava.htm> (29. 5. 2016).

Као корисник здравственог система, који је првенствено ту ради добробити пацијента, пацијент завређује да се заштите његова права, обавезе и одговорности, те да се уреде посебним законом. Правно регулисање и заштита права и обавеза пацијената важни су елементи којима се може валоризовати степен демократије и владавине права у једном друштву. У том смислу, почетно законско регулисање права пацијената посебним законом представља прелазну етапу подизања свијести пацијената и одговорности здравствених радника. Тиме се испуњавају основне претпоставке за развој законодавства, које ће још квалитетније регулисати права, обавезе и одговорност пацијената приликом коришћења здравствене заштите, начин остваривања и заштиту тих права.

Анализа права пацијената у систему здравствене заштите може се започети генералном одредбом о људским правима да свако има: право да здравствену заштиту остварује уз поштовање највишег могућег стандарда људских права и вриједности; право на физички и психички интегритет и на безбједност личности; као и на уважавање његових моралних, културних и религијских убјеђења. У питању су начела на којима се заснивају одредбе о правима и обавезама пацијената која свој основ имају у Европској конвенцији о људским правима и основним слободама и њеним протоколима, као и другим међународним документима. Испуњавањем ових начела, остварује се суштина законског регулисања права пацијената којим се утврђује неприкосновено право сваког човјека на здравствену заштиту која му мора бити пружена без дискриминације по било којем основу. Остваривања права, обавеза и одговорности пацијената у вези је са успостављеним здравственим системом и економским могућностима друштва, регулисаним кроз прописе, а по узору и пракси других држава. У поступку остваривања здравствене заштите дужности пацијента односе се на одговорност за лично здравље, одговорност пацијента према другим корисницима здравствене заштите, те одговорност пацијента према здравственим радницима, односно сарадницима.

Преглед права пацијената: предмет упоредне анализе су права пацијената у систему здравствене заштите: Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине, Републике Србије, Републике Црне Горе, Републике Хрватске, Републике Словеније и Републике Аустрије, као примјери земаља које су уредиле заштиту људског достојанства пацијента:

Права пацијената у систему здравствене заштите Републике Српске /2009/ су регулисана 333²², који као интегрални дио социјалног система прописује права и обавезе пацијената у остваривању здравствене заштите, начин коришћења и заштите тих права, као и друга питања у вези са правима, обавезама и одговорностима пацијената.²³

Права пацијената у систему здравствене заштите Федерације Босне и Херцеговине /2010/ регулисана су посебним законом с намјером да се напусти пракса регулисања права пацијената у свега неколико чланова и нагласи приступ да је пацијент равноправан партнер у односу на запослене у здравственом систему, корисник услуга здравственог система који заслужује да његова права, обавезе и одговорности буду посебно уређени.

Права пацијената у систему здравствене заштите Републике Србије регулисана су Законом о правима пацијената /2013/²⁴, којим се пацијенту гарантује једнако право на квалитетну и континуирану здравствену заштиту у складу са здравственим стањем, друштвеним стандардима и етичким начелима, у најбољем интересу пацијента и уз поштовање његових личних ставова. Заштиту права пацијента обезбјеђује јединица локалне самоуправе, одређивањем лица које обавља послове савјетника за заштиту права пацијента и образовањем Савјета за здравље.

Права пацијената у систему здравствене заштите Републике Црне Горе регулисана су Законом о правима пацијената из 2010. године²⁵. Пацијент чије је право повријеђено има право на приговор директору здравствене установе или овлашћеном лицу, односно заштитнику права пацијента. Надзор над спровођењем овог закона врши Министарство здравља преко здравствене инспекције, а закон се примјењује на све субјекте који обављају здравствену дјелатност.

Права пацијената у систему здравствене заштите Републике Хрватске /2004/ су знатно унапријеђена кроз законе о здравственим услугама на начин да је учињено усклађивање стандарда у заштити права пацијената у односу на развијене западне демократије, али како се наводи, законодавство о правима пацијената још нема никакав значајан утицај

²² Закон о здравственој заштити Републике Српске, чл. 17–34.

²³ Посебан закон о правима пацијената није донесен стога што у вријеме доношења Закона о здравственој заштити нису биле створене све претпоставке за доношење посебног закона. Таква пракса је била и у неким државама у окружењу и ЕУ.

²⁴ Закон о правима пацијената („Службени гласник Републике Србије“, бр. 45/13).

²⁵ Закон о правима пацијената („Службени лист Републике Црне Горе“, бр. 40/2010).

на побољшање положаја пацијената у здравственом систему²⁶. Права пацијената регулисана су законима, правилницима и професионалним етичким кодексима, као што је Кодекс медицинске етике и деонтологије²⁷, који садрже одредбе о заштити права пацијената. Основни закон који регулише права пацијената је Закон о заштити права пацијената²⁸ из 2004. године, који доступност заштите права пацијената подразумева као једнаку могућност заштите права свих пацијената, а према начелима хуманости и доступности.²⁹ Уз већ призната права пацијената у остваривању здравствене заштите која су утемељена одредбама Закона о здравственој заштити³⁰, Законом о заштити права пацијената се свеобухватно и на једном мјесту регулишу права пацијената, уводе се нова права (као што је нпр. право на друго мишљење), а такође се дефинише и контролни механизам поштовања права пацијента оснивањем посебних комисија на државном и регионалном нивоу.³¹ Закон о заштити права пацијента регулише оснивање комисија за заштиту права пацијената у јединицама локалне самоуправе с циљем остваривања социјалне бриге у заштити и промовисању права пацијената.³²

²⁶ Међутим, законодавство о правима пацијената још увијек нема никакав значајан утицај на побољшање положаја пацијената у здравственом систему Хрватске, Види: Babić-Bosanac, Sanja, Džakula, Aleksandar, „Patients’ Rights in the Republic of Croatia“, *European Journal of Health Law*, vol. 13, 2006, стр. 399.

²⁷ Kodeks medicinske etike i deontologije („Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 55/08).

²⁸ Zakon o zaštiti prava pacijenata („Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 169/04).

²⁹ Начело хуманости остварује се осигуравањем поштовања пацијента као људског бића, осигурањем права на физички и ментални интегритет пацијента и заштитом личности пацијента, укључујући поштивање његове приватности, погледа на свијет, те моралних и вјерских увјерења.

³⁰ Закон о здравственој заштити Хрватске.

³¹ Регулисана су и следећа права: право да информације буду дате пацијенту на разумљив начин, право да одреди особу која ће умјесто њега/ње бити обавијештена, право да буде упознат са идентитетом, специјализацијом и искуством љекара, право на консултације са другим љекаром, право на одржавање личних контаката односно право родитеља и родбине да буду 24 часа присутни уз пацијента, право на својевољно напуштање болнице, право на приватност, права која се односе на заштиту пацијента над којима се обавља научно истраживање, на захвате на људском геному, право на накнаду штете.

³² Комисије имају по пет чланова које на основу јавног конкурса именује скупштина јединице локалне самоуправе из редова пацијената, невладиних организација и стручњака на подручју заштите права пацијената. Комисије прате на подручју јединице локалне самоуправе примјену прописа који се односе на заштиту права и интереса пацијената, прати повреде појединачних права пацијената, предлаже предузимање мјера за заштиту и промовисање права пацијената, обавјештава Комисију за заштиту права пацијената при министарству здравља о случајевима тежих повреда права пацијената које могу угрозити живот или здравље пацијената и обавјештава јавност о повредама права пацијената.

Права пацијената у систему здравствене заштите Републике Словеније /2008/ регулисана су Законом о правима пацијената,³³ којим се регулишу њихова права поред Закона о здравственој заштити и других закона. Законом о правима пацијената уведена је значајна новина тако што се уређују процедуре за остваривање права и процедуре у случају њиховог кршења, као и обавезе које проистичу из тих права. Три највеће новине су: поштовање интегритета пацијента, детаљно разрађена процедура подношења жалбе и мирно рјешавање спорова између пацијента и љекара. У остваривању права пацијената узимају се у обзир сљедећа начела: поштовање према свима као према личности и поштовање његових моралних, културних, вјерских, филозофских и других личних увјерења; поштовање физичког и психичког интегритета и безбједности; заштита од највеће здравствене користи за пацијента (нарочито за дјецу); поштовање приватности; поштовање аутономије у доношењу одлука о лијечењу. Закон омогућава једнаку, адекватну и сигурну здравствену заштиту, која се базира на повјерењу и поштовању између љекара и пацијента и љекара или других сарадника и професионалаца из медицинске струке. Закон посебно регулише остваривање права пацијената који нису способни да одлучују о себи. Право на жалбу и право на бесплатну помоћ и медијацију у случају кршења права пацијената су овим законом веома широка и детаљна, којима се уводи двостепени ванпарнични поступак и функција заштитника права пацијената. Пацијент који сматра да су прекршена нека од његових права може да се жали заштитнику права пацијената, односно овлашћеном лицу у здравственој установи гдје су нарушена права (тзв. прво читање прекршајне пријаве), а у другом степену Комисији за заштиту права пацијената Републике Словеније (тзв. друго читање прекршајне пријаве), које је резервисано за случајеве који нису ријешени у првом степену и путем медијације. Закон такође омогућава да Омбудсман за људска права прати примјену закона и даје му овлашћења за издавање упозорења одговорним тијелима да би били осигурани услови за спровођење закона. Закон регулише дужности пацијената које се односе на активно учешће у заштити, унапређењу и очувању личног здравља, давање тачних и правовремених информација здравственим радницима о себи и свом здрављу, као и о изненадним промјенама током терапије, поштовање права других пацијената и здравствених радника, као и заказаних термина, кућног реда и процедура у здравственим установама.

³³ *Zakon o pacientovih pravicah* („Uradni list Republike Slovenije“, br. 15/08).

Права пацијената у систему здравствене заштите Републике Аустрије регулисана су кроз неколико докумената: Повеља о правима пацијената³⁴ из 2002. године, федерални Закон о љекарима³⁵ из 1998. године, федерални Закон о болницама³⁶ из 1957. године и федерални Закон о заштити личних података³⁷ из 2000. године. Закон о болницама из 1958. године дефинише листу права пацијената, а према Повељи о правима пацијената индивидуална права пацијената се посебно штите. Људско достојанство се штити у свим ситуацијама, а пацијент се не смије дискриминисати ако постоји сумња да је болестан. Другим ријечима, пацијент је свако ко има потребу за здравственом заштитом на коју има једнако право без обзира на старост, пол, поријекло, финансијску ситуацију, религиозна убјеђења, природу и узрок болести и слично. Повељом су дефинисана права пацијената на достојанство и интегритет, право на информисаност и пристанак, право на приступ документацији, право на заштиту пацијентових интереса, право на жалбу, те посебна правила која се примјењују када су дјеца у питању (адекватна опрема у болници оријентисана ка потребама дјетета, право на заједнички пријем беба са мајкама, дјеца испод 14 година у болници се смјештају одвојено од одраслих пацијената кад год је то могуће, дјеца школског узраста имају додатну наставу током дужег боравка у болници). Пацијент може отпочети са лијечењем само уз лични пристанак, односно уз пристанак заштитника његових интереса уколико пацијент није у могућности да даје пристанак. Пацијент има право на све информације које се односе на његово здравље, могуће третмане и алтернативне третмане, као и на увид у своју медицинску документацију у било којем тренутку. Повеља гарантује право на приватност пацијента која се штити и одредбама федералног Закона о љекарима према којима су љекари дужни да штите приватност својих пацијената. Пацијенти имају право на жалбу и компензацију која се остварује на неколико нивоа: прво жал-

³⁴ Видјети на званичној веб-страници Министарства здравља Републике Аустрије: <https://www.gesundheit.gv.at/Portal.Node/ghp/public/content/patientenrechte-gesundheitssystem.html>, (26. 4. 2016).

³⁵ Видјети на званичној веб-страници Савезне владе Републике Аустрије: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnumm er=10011138> (26. 4. 2016).

³⁶ Видјети на званичној веб-страници Савезне владе Републике Аустрије: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnumm er=10010285> (26. 4. 2016).

³⁷ Видјети на званичној веб-страници Савезне владе Републике Аустрије: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnumm er=10001597> (26. 4. 2016).

бом самој здравственој установи, затим у вансудским споровима преко независне институције пацијентовог заступника и/или одбора за мирно рјешавање спорова федералне Љекарске коморе, те даље у поступку пред судом. У свакој од девет савезних држава или покрајина законом се успостављају заступници за права пацијената које постављају гувернери. Њихов главни задатак је да штите права и заступају интересе пацијената посредовањем у споровима. За пацијенте смјештене у психијатријске установе такође се ангажују заступници који су запослени од стране Удружења правних заступника и пацијентових адвоката који према Закону о болницама представљају законски и добровољно хоспитализоване психијатријске пацијенте. Љекарска комора на регионалном нивоу оснива одборе за мирно рјешавање спорова чији је главни циљ да у вансудском поступку ријеше конфликт између љекара и пацијента у случају кад се пацијент жали на љекарску грешку или грешку у љекарском третману. Посебни фондови за обештећење пацијената су настали као могућност подршке у вансудском рјешавању спорова. Фондови су основани у свим покрајинама посебним законом.

Сличности и разлике у погледу права пацијената

Преглед доношења прописа у одређеном периоду показује историјски развој настанка националних закона о правима пацијената у државама у окружењу. Сходно томе, могло би се констатовати да се, у овом периоду, повећавао број права пацијената која су добијала законску форму. То најбоље илуструје примјер Европске повеље права пацијената из 2002, године која броји 14 права, док нпр. Закон о правима пацијената Републике Србије из 2013. године броји 19 права пацијената.

Упоредни преглед назива закона о правима пацијената показује да закони имају различите називе, иако је њихов садржај предметно одређен правима и заштитом права пацијената. Европска повеља права пацијената и Повеља права пацијената у БиХ имају дефинисаних 14 права пацијената која су по називима и садржају идентична, Федерација БиХ је дефинисала 19, Република Србија 19, Република Црна Гора 11, Република Хрватска 9 права пацијената, а Република Словенија 10. Република Српска је обрадила³⁸ 12 права пацијената, а Република Аустрија

³⁸ Република Српска није донијела посебан закон о правима пацијената и права пацијената примарно су регулисана у Закону о здравственој заштити, а дјелимично у другим законима у области здравства.

је обрадила права пацијената у четири закона и једној повељи о правима пацијената. Овдје наведени бројеви права која су законски регулисана у државама у окружењу не дају стварну слику о регулисању ове области, јер су нека права пацијената садржана у другим законима и начелима за њихово остваривање.

Одређена права пацијента дефинисана су у начелима, као на примјер: партнерски однос пацијента и даваоца здравствених услуга (Република Србија); у остваривању права пацијента обезбјеђује се поштовање људског достојанства, физичког и психичког интегритета, те заштита права као и једнако право на квалитетну и континуирану здравствену заштиту (Република Црна Гора); начело заштите права пацијента заснива се на начелима хуманости и доступности (Република Хрватска); права пацијента на највеће објективно могуће очување и заштиту његовог здравља, лијечењем и мјерама превенције болести, поштовање људског достојанства пацијента, поштовања права на физички и ментални интегритет пацијента и личну безбједност, поштовање заштите личности пацијента укључујући и поштовање његове приватности, свјетоназора, те моралних и вјерских увјерења као и партнерски однос између пацијента и даваоца здравствених услуга те забрана сваког вида дискриминације (Федерација БиХ); право на здравствену заштиту се остварује без дискриминације по било ком основу уз поштовање највишег могућег стандарда људских права и вриједности, односно има право на физички и психички интегритет и на безбједност личности, као и на уважавање његових моралних, културних и религијских убјеђења (Република Српска).

У дефинисању одређених права пацијената, различити називи права имају исту или сличну садржину, као на примјер: право на иновацију (ЕУ повеља и Повеља о правима пацијената у БиХ); право пацијента који учествује у медицинском истраживању (Република Србија); право пацијента да одбије да буде предмет научног испитивања и истраживања (Република Црна Гора); заштита пацијента над којим се обавља научно истраживање (Република Хрватска); право пацијента над којим се врши медицинско истраживање (Федерација БиХ); право на медицински оглед (Република Српска). Слична ситуација је и код регулисања права на информацију и права на обавијештеност. На примјер, Република Србија ова два права посебно регулише, као и Федерација БиХ; Република Црна Гора је регулисала заједно право на информисање и право на обавијештавање, као једно право; Република Хрватска као право на обавијештености, а Република Српска као право на информацију.

Европска повеља права пацијената и Повеља о правима пацијената у БиХ нису регулисале обавезе и одговорности пацијента. У Републици Србији је посебно регулисана дужност пацијента, као и у Федерацији БиХ и то као обавезе и одговорности пацијента; у Републици Српској као обавезе пацијента, док Република Црна Гора и Република Хрватска нису регулисале експлицитно обавезе и одговорности пацијента.

Заштита права пацијента такође је различито регулисана. Европска повеља права пацијената говори о правима активног грађанства; Повеља о правима пацијената у БиХ говори о заштити права пацијената путем агенција за квалитет и акредитацију; у Републици Србији су успостављени Савјетник за права пацијената и Савјет за здравље; У Републици Црној Гори је дефинисан Заштитник права пацијената; У Републици Хрватској је успостављено Повјеренство за заштиту права пацијената и Повјеренство за заштиту и промоцију права пацијената министарства надлежног за здравство; Федерација БиХ је регулисала улогу здравствених савјета у јединици локалне самоуправе и министарства здравства (кантона), а у Републици Српској је то регулисано путем приговора пацијента и *ad hoc* комисија.

Закључна разматрања

У оквиру социјалног права изучавају се здравствена заштита и здравствено осигурање у којим су садржана и права пацијената као дио људских права. Повезаност социјалног права и права пацијената огледа се у обавези пружања помоћи слабијим члановима заједнице, односно заштити пацијената. Права пацијената представљају правила која уређују поступање са пацијентом у поступку пружања здравствених услуга и према којима се пацијент третира као сарадник и партнер током лијечења. Највећим дијелом права пацијената садржана су у медицинској етици и деонтологији али тек њихово законско регулисање им је, поред етичке, дало и правну снагу. Права пацијената у прописима примарно су национална ствар сваке државе. Многе европске земље, на националном нивоу, регулисале су права пацијената кроз посебне законе или повеље те у оквиру других закона из области здравства. Обавеза усаглашавања прописа са прописима ЕУ у значајној мјери убрзала је ове активности. Упоредни преглед законских рјешења је показао одређене карактеристике успостављеног система права пацијената у тим државама и различите реалности за даљу изградњу, поштовање и заштиту права пацијената.

Република Српска је великим дијелом усагласила прописе са Европском повељом о правима пацијената. Упоредна анализа појединих права пацијената у систему здравствене заштите Републике Српске и држава у окружењу показује сличности у дефинисању основних права пацијената а разлике се највећим дијелом односе на обим и поступак остваривања права, термилошку неусаглашеност те (не)поштовање језичких стандарда. Увид у права пацијената у државама у окружењу је добро искуство и препорука за нова законска рјешења. У том смислу у Републици Српској потребно је донијети посебан закон о правима пацијената у којем ће бити боље систематизована, потпуно и ујединачено дефинисана права пацијената у складу са Европском повељом о правима пацијената и праксом држава у окружењу.

Nedeljko Z. Milaković, MSc
Banja Luka

RIGHTS OF PATIENTS, A COMPARATIVE LAW REVIEW

Summary

Rights, obligations and responsibility of patients in health care is insufficiently studied area in our legal teachings. A comparative law review describes the origin and certain characteristics of the established system of patients' rights that need to be used in normative regulation. The rights of patients, as well as health care in general, are in a process of reforms accompanied by problems in practice, and this research was conducted in order to improve the legal framework of their regulation de lege ferenda, in accordance with international documents and practices used in neighbouring countries.

Key words: *health care, patient, rights of patients, European Charter*

УДК: 349.2:331.31/.32(497.11)“2014“

doi 10.7251/PR5017601B

Прегледни чланак

POTENCIJALI FLEKSIBILIZACIJE RADA U REPUBLICI SRBIJI Radni odnos sa nepunim radnim vremenom

Dr Vesna Bilbija*

Rezime: U proteklih dvadesetak godina, usled velikih promena u oblasti svetske ekonomije, društvenih, tehnoloških i drugih uslova u kojima se odvija rad, menja se i način odvijanja radnih odnosa. Destabilizuju se klasični, stalni radni odnosi, a sve više se primenjuju tzv. fleksibilne forme. Širenje nestandardnih oblika rada donosi bitne promene u materiji radnih odnosa i preoblikuje radno zakonodavstvo.

U obrazloženju predloga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu iz jula meseca 2014. godine, istaknuto je više strateških razloga, među kojima je i fleksibilnije regulisanje odnosa između poslodavaca i zaposlenih. Tema ovog rada je zakonsko uređenje nepunog radnog vreme u Republici Srbiji i izazovi u primeni ovog fleksibilnog oblika radnog angažovanja. Detaljnije regulisanje instituta nepunog radnog vremena ukazuje na intenciju zakonodavca u pravcu njegove afirmacije u praksi

Ključne reči: fleksibilni oblici rada, nepuno radno vreme, radnopravni položaj žene, rad “na crno“, nezaposlenost.

1. Uvod

U proteklih dvadesetak godina, usled velikih promena u oblasti svetske ekonomije, društvenih, tehnoloških i drugih uslova u kojima se odvija rad, menja se i način odvijanja radnih odnosa. Destabilizuju se klasični, stalni radni odnosi, a sve više se primenjuju tzv. fleksibilne forme rada.¹ Fleksibil-

* Savetnik, Upravni sud Republike Srbije, Odeljenje u Novom Sadu.

¹ Senad Jašarević, „Nove forme rada u Evropskoj uniji i Srbiji“, *Radno i socijalno pravo*, br. 2/2015, str. 1.

nost tržišta rada zapravo podrazumeva radnopravnu deregulaciju, odnosno, smanjenje zaštitnih elemenata radnopravnog sistema, čime bi se tržišno funkcionisanje oslobodilo mera institucionalnog karaktera koje su prvobitno kreirane da zaštite radnike, a sada se smatraju preprekama daljem ekonomskom rastu².

Postojeća koncepcija radnih odnosa postaje „preuska“ za uspešno poslovanje³, fleksibilizacija rada je neminovni proizvod zahteva vremena u kome dominiraju brze promene, neizvesnost i nesigurnost. Prilagođavanje u svetu rada predstavlja istovremeno potrebu privrednih subjekata, kao i pojedinaca. U fleksibilne oblike radnog angažovanja spadaju: 1) rad sa nepunim radnim vremenom; 2) rad na određeno vreme; 3) privremeni i povremeni poslovi; 4) rad kod kuće i rad na daljinu; 5) privremeno ustupanje radnika preko agencija; 6) samozapošljavanje (pri čemu se radi za određenog poslodavca); 7) rad kod poslodavca po osnovu građanskopravnih ugovora.⁴

Dalje širenje nestandardnih oblika rada donosi bitne promene u materiji radnih odnosa i preoblikuje radno zakonodavstvo. Fleksibilne forme rada nisu statične, konstantno se menjaju i usavršavaju. Fleksibilizacija donosi i terminološke promene, te se pojavljuju novi pojmovi poput privremeni/povremeni rad, samozapošljavanje, kao i strane reči i izrazi, mahom iz engleskog jezika (*freelancer, zero hour contract, part-time job, full time job*).

2. Fleksibilne forme rada u Republici Srbiji – pravni okvir

Činjenica da je privreda naše zemlju u višegodišnjem zastoju i da su mnoge reforme bile kontraproduktivne, učinile su da fleksibilne forme rada nisu zaživele i da njihovo zakonsko uređivanje ne beleži vidljiviji pomak. Uz stvarne oblike fleksibilizacije, javljaju se i „lažni oblici fleksibilnog rada“ koji se koriste kako bi se prikriilo da postoji radni odnos, da bi poslodavci izbegli obaveze koje proizlaze iz radnog odnosa (poštovanje uslova rada, ograničavanje otkazivanja, uplaćivanje poreza i doprinosa), kao što su: „skriveno zapošljavanje“, „lažno samozapošljavanje“, lažno prikazivanje radnog odnosa kao građanskog ili privrednog ugovora (franšizing, lizing,

² Bojan Urdarević, „Fleksibilnost tržišta rada i zapošljavanje preko agencija u Evropskoj uniji“, Zbornik radova „XXI vek – vek usluga i uslužnog prava“, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2011, str. 466–467.

³ Videti više: Senad Jašarević, „Radni odnos – tendencije u praksi i regulativi“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, br. 4, str. 173–192.

⁴ Видети више: S. Cazes, A. Nesporova, Labor Markets in Transition: *Balancing Flexibility and Security in Central and Eastern Europe*, Geneva, ILO, 2003, стр. 26–39.

inženjering, faktoring, transfer znanja), zloupotrebe uobičajenih form rada (npr. rada na određeno vreme – stalnim obnavljanjem ugovora) i dr.⁵

Razlog tome je i to što su novi oblici rada najčešće pravno neuređeni ili nedovoljno uređeni. Tako, ustupanje zaposlenih posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje predstavlja realnost na tržištu, ali za razliku od većine država u regionu⁶, u Republici Srbiji ne postoje zakonske norme kojima se reguliše ustupanje zaposlenih posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje. Ovo svakako ne znači da ustupanje zaposlenih preko agencija ne postoji u našoj zemlji, štaviše, procenjuje se da je između 60.000 i 80.000 ljudi obuhvaćeno ovim vidom radnog angažovanja.⁷ U odsustvu zakonske regulative ovog vida radnog angažovanja, nema ni radnopravne zaštite lica koja se posredstvom agencija ustupaju drugim privrednim subjektima.⁸

U Republici Srbiji, važeći Zakon o radu je u primeni od 23. marta 2005. godine⁹. Svoju prvu, značajniju izmenu i dopunu pretrpeo je u istoj godini, 19. jula 2005. godine, dok su naredne dve izmene i dopune, 25. jula 2009. godine i 16. aprila 2013. godine, bile neznatne¹⁰. Najveće noveliranje pretrpeo je jula meseca 2014. godine – tačnije Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o radu, koji je Narodna skupština Republike Srbije usvojila 18. jula 2014. godine, izvršeno je noveliranje velikog broja odredaba, tj. promene nisu izvršene samo u tri od ukupno 25 poglavlja¹¹. Kolika pažnja i značaj su se pridavale ovoj zakonodavnoj aktivnosti govori i to što se, iako je u pitanju nove-

⁵ Senad Jašarević, *Nove forme rada u Evropskoj uniji i Srbiji*, str. 3

⁶ Materija ustupanja zaposlenih posredstvom agencija za zapošljavanje u Republici Hrvatskoj, uređena je odredbama članova 24–32 Zakona o radu („Narodne novine“, br. 149/09, 61/11, 82/12 – Zakon o kriterijumima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje, 73/13 i 3/14). Ova materija uređena je i važećim Zakonom radu („Službeni list CG“, br. 49/08, 26/09, 59/11 i 66/12) u Crnoj Gori (čl. 43a–43g), te u susednoj Mađarskoj, navedeno prema J. Hajdu, *Main Forms of Atypical Employment in Hungarian Labour Law*, Tematski zbornik „Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije“, Novi Sad, str. 355–359.

⁷ Darko Božičić, „Ustupanje zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje – (ne)postojeći pravni okvir u Republici Srbiji i pravna rešenja u međunarodnom i komunitarnom pravu“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1/2016, str. 277.

⁸ O postojećem pravnom okviru i potencijalnim rešenjima za uređivanje ustupanja zaposlenih, videti više Darko Božičić, „Ustupanje zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje – (ne)postojeći pravni okvir u Republici Srbiji i pravna rešenja u međunarodnom i komunitarnom pravu“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1/2016, str. 267–284.

⁹ Zakon o radu, „Službeni glasnik RS“, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14, dalje u tekstu i u fusnotama ZOR.

¹⁰ Naime, 25. jula 2009. godine – dopuna člana 116 („Službeni glasnik RS“, br. 54/09) i 16. aprila 2013. godine – dodat je novi član 93a i izmena i dopuna člana 187 („Službeni glasnik RS“, br. 32/13).

¹¹ Poglavlje IV – Obrazovanje, stručno osposobljavanje i usavršavanje, poglavlje XII – Klauzula zabrane konkurencije i poglavlje XIII – Naknada štete.

liranje zakona, tokom procesa usvajanja izmena i dopuna, govorilo o *novom zakonu*¹².

Više je strateških razloga istaknuto u obrazloženju Predloga zakona: unapređenje radnopravnih instituta, potpunija zaštita prava zaposlenih i usklađivanje Zakona o radu, koji predstavlja sistemski zakon i reguliše prava, obveze i odgovornosti iz radnog odnosa sa međunarodnim standardima, pre svega potvrđenim konvencijama MOR-a i propisima Evropske unije, potreba da se preciziraju pojedine zakonske odredbe koje su u praksi različito tumačene i primenjivane od strane poslodavaca (ponekad dovodile i do različite sudske prakse, što je imalo za posledicu pravnu nesigurnost), sprovođenje mera fiskalne politike u cilju unapređenja domaćih i stranih investicija u privredi, smanjenje rada “na crno” i povećanje zaposlenosti, smanjenje nepotrebne procedure administriranja, koje ne doprinose zaštiti prava zaposlenih, a predstavljaju znatan trošak za poslodavce; obezbeđivanje pravnog okvira za podsticanje zapošljavanja, posebno teže zapošljivih kategorija nezaposlenih, te fleksibilnije regulisanje odnosa između poslodavaca i zaposlenih, kojima se obezbeđuje zadovoljavanje potreba zaposlenih i poslodavaca u uređivanju njihovih međusobnih odnosa i dr.

Fleksibilizacija tržišta rada rezultirala je različitim oblicima vršenja rada, a njihovo glavno obeležje jeste da odudaraju od karakteristika klasičnog radnog odnosa.¹³ Zbog ove karakteristike, nazivamo ih nestandardnim ili atipičnim oblicima vršenja rada. Radni odnos sa nepunim radnim vremenom je atipični oblik vršenja rada za koji možemo reći da je pravno uređen ili je pravno uređeniji, za razliku od nekih drugih nestandardnih oblika vršenja rada.

3. Radni odnos sa nepunim radnim vremenom

U okviru poglavlja II Zakona o radu, koje nosi naziv „Zasnivanje radnog odnosa“, u delu 7, uređen je radni odnos sa nepunim radnim vremenom. Članom 39 ZOR propisano je da radni odnos može da se zasnuje i za rad sa nepunim radnim vremenom, na neodređeno ili određeno vreme. Ovaj član kojim je predviđena mogućnost zasnivanja radnog odnosa i za rad sa nepu-

¹² Objavljen u „Službenom glasniku Republike Srbije“, br. 75 od 21. 7. 2014. godine, a stupio je na snagu osmog dana od dana objavljivanja – 29. jula 2014. godine, osim odredaba člana 54, koje se primenjuju po isteku 30 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona.

¹³ Senad Jašarević, „Uređenje radnog odnosa u kontekstu novih okolnosti u svetu rada“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br. 3/2015, str. 1056.

nim radnim vremenom, nije izmenjen prilikom noveliranja zakona jula 2014. godine, ali je naredni član izmenjen u celosti. Naime, pre noveliranja, odredbama člana 40 bilo je propisano samo da zaposleni koji radi sa nepunim radnim vremenom ima sva prava iz radnog odnosa srazmerno vremenu provedenom na radu, osim ako za pojedina prava zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu nije drukčije određeno. Detaljnije regulisanje instituta nepunog radnog vremena ukazuje na intenciju zakonodavca u pravcu njegove afirmacije u praksi.

Izmenjenim odredbama člana 40 ZOR propisano je da zaposleni koji radi sa nepunim radnim vremenom ima pravo na zaradu, druga primanja i druga prava iz radnog odnosa srazmerno vremenu provedenom na radu, osim ako za pojedina prava zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu nije drukčije određeno. Formulacija je slična kao i u osnovnom tekstu i objašnjava pojam, suštinu nepunog radnog vremena: zaposleni ostvaruje svoja zakonska prava iz radnog odnosa srazmerno vremenu provedenom na radu, shodno načelu *pro rata temporis* (načelo srazmernosti).

Bitno drugačiji pristup vidljiv je u činjenici da su odredbama ovog člana predviđene obaveze za poslodavca, što ranije nije bio slučaj. Detaljnije regulisanje obaveza poslodavca takođe je pokazatelj afirmacije radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom kao jednog od fleksibilnih oblika rada, koji obezbeđuje zadovoljavanje potreba zaposlenih i poslodavaca u uređivanju njihovih međusobnih odnosa, uz obezbeđivanje zaštite zaposlenih kao “slabije strane” u ugovornom odnosu. Naime, poslodavac je dužan da zaposlenom koji radi sa nepunim radnim vremenom obezbedi iste uslove rada kao i zaposlenom sa punim radnim vremenom koji radi na istim ili sličnim poslovima. Potom, za poslodavca je propisana obaveza poslodavca da blagovremeno obavesti zaposlene o dostupnosti poslova sa punim i nepunim radnim vremenom, na način i u rokovima utvrđenim opštim aktom. Poslodavac je dužan da razmotri sve zahteve zaposlenih koji se odnose na prelazak sa punog na nepuno radno vreme i obrnuto, što do sada nije bilo moguće.

Propisano je, takođe, da se kolektivnim ugovorom uređuje saradnja i informisanje sindikata o poslovima sa nepunim radnim vremenom.

Usvojenim zakonskim rešenjem vrši se o rešenje usklađivanje sa Direktivom veća EU 97/81/EZ od 15. decembra 1997. o Okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC¹⁴.

¹⁴ Council Directive 97/81/EC of 15. december 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, Official Journal L 014, 20/01/1998 P. 0009-0014.

Ova direktiva ističe načelo nediskriminacije: što se tiče uslova zapošljavanja, radnici s nepunim radnim vremenom ne mogu se tretirati na manje povoljan način od radnika s punim radnim vremenom samo zato što rade s nepunim radnim vremenom, osim ako je različito postupanje opravdano objektivnim razlozima. Pored tog, direktivom je predviđeno da bi poslodavci trebalo što je više moguće uzimati u obzir: a) zahteve radnika za prelaz s punog radnog vremena na nepuno radno vreme, koje se pojavilo kao mogućnost kod poslodavca; b) zahteve radnika za prelaz s nepunog radnog vremena na puno radno vreme ili za produženje radnog vremena, ako se za to ukaže mogućnost; c) pravovremeno širenje podataka o dostupnosti mesta s nepunim i punim radnim vremenom, radi lakšeg premeštanja s poslova s nepunim radnim vremenom na poslove s punim radnim vremenom ili obrnuto; d) mere koje olakšavaju pristup radu s nepunim radnim vremenom na svim nivoima i e) pravovremenu dostavu podataka o radu s nepunim radnim vremenom postojećim organima koji zastupaju radnike.

U odredbama člana 41 ZOR, nije bilo izmena.

Naime, zaposleni koji radi sa nepunim radnim vremenom kod jednog poslodavca može za ostatak radnog vremena da zasnuje radni odnos kod drugog poslodavca i da na taj način ostvari puno radno vreme.

4. Potencijali primene radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom

Fleksibilizacija rada viđena je kao jedno od rešenja za sve veći broj ekonomskih i, uopšte, društvenih kriza koje se javljaju sa globalizacijom¹⁵.

Bela kuga, nezaposlenost, iseljavanje stanovništva goruće su teme u srpskom društvu i, posledično, srpskom pravnom sistemu i normativi. Obaveza je svih nas da o toj temi govorimo otvoreno i često. Primena radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom u većoj meri može doprineti smanjenju negativnih društveno-ekonomskih pojava kao što su: nezaposlenost, „odliv mozgova“, „siva ekonomija“, odnosno „rad na crno“. Pored toga, primena ovog oblika fleksibilizacije rada može imati pozitivne efekte u oblasti posebne zaštite žena i materinstva, odnosno poboljšanja ukupnog radnopravnog položaja žena.

¹⁵ Darko Božičić, „Ustupanje zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje – (ne)postojeći pravni okvir u Republici Srbiji i pravna rešenja u međunarodnom i komunitarnom pravu“, str. 268.

4.1. Potencijal u smanjenju nezaposlenosti i rada „na crno“

Nezaposlenost u Republici Srbiji ima obeležje masovne društvene pojave i ima obeležje trajne pojave. Posebno zabrinjava podatak da se sa stopom nezaposlenosti mladih svrstavamo među neslavne rekordere – Srbija je u Evropi četvrta po najvišoj stopi nezaposlenosti mladih, posle Španije, Grčke, Makedonije. Nezaposlenost mladih, osim ekonomskog, ima značajne društvene i političke implikacije i tumači se kao opasnost mnogo širih razmera.¹⁶ Ukupno gledano, tendencija porasta nezaposlenosti u našoj zemlji pokazala je visok stepen otpornosti u odnosu na različite reforme, reorganizacije i institucionalne preobražaje, te promene u zakonskoj regulativi¹⁷.

Kako, konkretno, iskoristiti zakonsku mogućnost radnog odnosa sa radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom u svrhu smanjenja nezaposlenosti, odnosno povećanja zapošljivosti? Prvi predlog, odnosno modalitet¹⁸, sastoji se u tome da se ubuduće, uz uslov da je to organizaciono-tehnički moguće i da postoji saglasnost ugovornih strana, radni odnos po pravilu zaključuje sa nepunim radnim vremenom. To znači da bi se na istom radnom mestu naizmenično angažovala dva lica sa četvoročasovnim radnim vremenom. U zavisnosti od potreba i mogućnosti tehnologije rada poslodavca s jedne, a zaposlenih, sa druge strane, može da bude ugovoreno i kraće ili duže dnevno radno vreme, odnosno dva, pa i tri lica koja naizmenično rade na istom radnom mestu.

Tako, prilikom angažovanja pripravnika u različitim delatnostima, umesto jednog, uključuju se dva mlada čoveka u radni proces i, umesto jednog, dva mlada čoveka počinju da stiču radno iskustvo. Nema sumnje da je navedeni primer prevashodno u interesu pripravnika, ali i poslodavac ima benefit u tom slučaju, jer sa vrlo malo ili nimalo ulaganja, dobija radne rezultate od dva čoveka (koji, istina, rade polovinu radnog vremena, ali radni potencijal pojedinca nije moguće sasvim prepoloviti. Ovo dodatno, ako se npr. ugovori duže dnevno radno vreme i angažuju tri lica). Sa stanovišta države i društva u celini, bolje je da dva lica ostvaruju po pola ličnih primanja, nego da jedno lice prima lični dohodak celini, a da drugo uopšte nema prihode i da živi na nečiji teret porodice, države...).

¹⁶ Slobodanka Kovačević-Perić, „Nezaposlenost mladih“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1/2016, str. 111.

¹⁷ Videti više, Aleksandar Petrović, „Nezaposlenost kao privremena pojava ili kao sudbina?“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1/2012, str. 1–14.

¹⁸ Ratimir Slijepčević, „Rad sa nepunim radnim vremenom, dragocena zakonska novina koja je ostala u senci Zakona o radu“, *Pravni informator*, br. 5/2015, str. 34, isto: Ratimir Slijepčević, „Nedovoljno iskorišćene zakonske mogućnosti za efikasno smanjenje nezaposlenosti“, *Radnopravni savetnik*, br. 1/2017. str. 6.

Sasvim konkretan primer su advokatske kancelarije i advokatski pripravnici: umesto npr. pet pripravnika, mogu se primiti 10 sa nepunim radnim vremenom i to bez posebnih izdataka, naročito ako se ima u vidu da advokatske kancelarije zbog prirode posla (pristupi na suđenja i prijem stranaka), rade i prepodne i poslepodne.¹⁹

Mladi u proseku gotovo pune dve godine (23,4 meseca) čekaju prvi posao i bivaju demotivisani, a njihova znanja i kvalifikacije zastarevaju; stopa nezaposlenosti visokoobrazovanih je i dalje visoka i iznosi 32,9 odsto; 47,4% mladih radi u neformalnoj ekonomiji²⁰. Izvoz mladih stručnjaka naš je najuspešniji izvozni program. Masovnijim korišćenjem zakonske mogućnosti zasnivanja radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom, u visoko stručnim ustanovama (fakultetima, institutima i dr.) zaustavio bi se ovaj negativan ekonomski, ali i demografski trend.

Važno je istaći da Republiku Srbiju, pored „odliva mozгова“, poгаđa iseljavanje radno sposobnog stanovništva svih nivoa obrazovanja, kao i nekvalifikovane radne snage. Osim predloženog modaliteta koji podrazumeva masovniju primenu radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom ubuduće, valja razmotriti i transformaciju klasičnog radnog odnosa u ovaj fleksibilniji oblik radnog angažovanja. U privrednim oblastima gde se rad i proizvodni procesi odvijaju u otežanim klimatskim i drugim uslovima kao što je građevinarstvo, rudarstvo, saobraćaj, te pojedine oblasti zdravstva, treba razmotriti i ohrabriti inicijativu da se zaposlenima omogući da aneksom ugovora o radu puno radno vreme promene u četvoročasovno radno vreme ili drugo nepuno radno vreme. Ovde je važno ponoviti da takva mogućnost dolazi u obzir samo ukoliko postoji inicijativa i slobodno izražena volja pojedinog zaposlenog, te obostrani interes ugovornih strana, jer je poslodavac dužan da razmotri zahtev zaposlenog sa nepunim radnim vremenom za prelazak na puno radno vreme, kao i zaposlenog sa punim radnim vremenom za prelazak na nepuno radno vreme (član 40 stav 4. ZOR). Pored navedenog, propisana je i obaveza poslodavca da blagovremeno obavesti zaposlene o dostupnosti poslova sa punim i nepunim radnim vremenom, na način i u rokovima utvrđenim opštim aktom, kao i da se kolektivnim ugovorom uređuje saradnja i informisanje sindikata o poslovima sa nepunim radnim vremenom.

Ako primena ove zakonske mogućnosti znači da će se zaposliti dvostruko veći broj zaposlenih od planiranog broja radnih mesta (ovo pre svega kod

¹⁹ Ratomir Slijepčević, „Nedovoljno iskorišćene zakonske mogućnosti za efikasno smanjenje nezaposlenosti“, str. 8.

²⁰ Slobodanka Kovačević-Perić, „Nezaposlenost mladih“, str. 119.

zasnivanja radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom ubuduće), pozitivan odjek je zagaranтован kod svih koji trenutno nemaju posao. Dobro bi bilo i za drugu ugovornu stranu – poslodavce – predvideti fiskalne i druge podsticajne mere kako bi se podstakli da učine dodatni napor u tom pravcu, kroz sistematizaciju rednih mesta sa nepunim radnim vremenom i uopšte svojom poslovnom politikom. Uzdržan stav poslodavaca najčešće rezultira povećanjem fleksibilizacije radnih odnosa koji su zabranjeni.

Neformalni rad, „siva ekonomija“, odnosno rad „na crno“, u Srbiji je izuzetno rasprostranjen i predstavlja bez sumnje jedan od najvećih privrednih i društvenih problema. Prema podacima iz izveštaja Inspektorata za rad za 2016. godinu²¹, ovaj negativni trend se nastavlja:

Pregled ukupnih rezultata rada na teritoriji Republike Srbije u 2013, 2014. i 2015. godine

Godina	Ukupan broj nadzora	Broj lica koja su obuhvaćena nadzorom	Broj lica koja su zatečena „na crno“	Broj lica sa kojima je nakon nadzora zasnovan radni odnos
2013.	33.920	503.613	5.744	4.314
2014.	30.226	626.984	5.831	4.250
2015.	32.692	696.822	16.408	12.250

Da bi efekti na suzbijanju rada „na crno“ bili što veći, Inspektorat za rad je realizovao i vanredne inspeksijske nadzore u određenoj delatnosti i na određenoj teritoriji, kako u toku redovnog radnog vremena, tako i noću i u dane vikenda, često po principu „rotacije“ inspektora. U periodu 1. 1. – 31. 12. 2016. godine, inspekcija rada je izvršila ukupno 53.069 inspeksijskih nadzora, kojom prilikom je zatečeno 19.472 lica na faktičkom radu – rad „na crno“ (uključujući broj lica bez ugovora o radu kod registrovanih, a i neregistrovanih subjekata), što je za oko 19% više nego u 2015. godini, kada je zatečeno 16.408 lica na radu „na crno“. Pojedini primeri ukazuju na gorući problem, i to:

– Inspekcija rada je u periodu od 2. do 4. februara 2016. godine izvršila pojačane inspeksijske nadzore u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu u igraonicama, u objektima u kojima se organizuju proslave rođendana i u vrtićima na celoj teritoriji Republike Srbije. Inspeksijskim nadzorima je obuhvaćeno ukupno 349 poslodavaca. Prilikom inspeksijskih nadzora, inspektori rada su od ukupno 764 lica zatečenih na radu, utvrdili

²¹ <http://www.minrzs.gov.rs/lat/aktuelno/item/7606-izvestaj-inspektorata-za-rad-za-2016-godinu>

da je 163 lica radilo “na crno”, odnosno da sa tim licima poslodavci nisu zaključili ugovore o radu i nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje.

– Dana 9. februara 2016. godine, Inspekcija rada je izvršila pojačane inspeksijske nadzore u oblasti radnih odnosa, sa prevashodnim ciljem utvrđivanja radnopravnog statusa radno angažovanih lica kod poslodavaca na periferiji Beograda i Novog Sada. Efikasnim, “blic” inspeksijskim kontrolama, koje su vršili inspektori rada iz područnih jedinica inspekcije rada u 12 upravnih okruga, po principu “rotacije”, obuhvaćeno je ukupno 235 poslodavaca. Prilikom inspeksijskih nadzora, inspektori rada su, od ukupno 544 lica zatečenih na radu, utvrdili da je 106 lica (20%) radilo “na crno”, odnosno da sa tim licima poslodavci nisu zaključili ugovore o radu i nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje.

– Dana 11. februara 2016. godine, pojačani inspeksijski nadzori sa istim ciljem, takođe po principu “rotacije”, izvršeni su kod poslodavaca u planinskim turističkim centrima – na Kopaoniku, Zlatiboru, Zlataru i Staroj planini. Obuhvaćeno je ukupno 276 poslodavaca, a inspektori rada su, od ukupno 692 lica zatečena na radu, utvrdili da je 116 lica (17%) radilo “na crno”, odnosno da sa tim licima poslodavci nisu zaključili ugovore o radu i nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje.

– Inspekcija rada je u periodu od 17. do 23. februara 2016. godine izvršila pojačane inspeksijske nadzore kod poslodavaca koji emituju radio i televizijske programe na celoj teritoriji Republike Srbije. Inspeksijski nadzori su izvršeni u radnim prostorijama u sedištim 187 poslodavaca koji se bave emitovanjem radio i televizijskog programa, kao i u radnim prostorijama devet dopisništava. Prilikom inspeksijskih nadzora, inspektori rada su, od ukupno 1.385 lica zatečenih na radu, utvrdili da je 44 lica radilo “na crno”, odnosno da sa tim licima poslodavci nisu zaključili ugovore o radu i nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje

– Pojačan inspeksijski nadzor u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu u kockarnicama, slot klubovima i kladionicama na teritoriji Republike, izvršen je 24. i 25. februara 2016. godine. Inspeksijskim nadzorima obuhvaćeno je 543 kockarnica, slot klubova i kladionica. Prilikom inspeksijskih nadzora, od ukupno 931 zatečenog radno angažovanog lica, 62 lica je radilo “na crno”, jer poslodavci sa njima nisu zaključili ugovore o radu i nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje.

– Inspekcija rada je 9. i 10. marta 2016. godine, u kol (pozivnim) centrima, auto-otpadima i u objektima za prodaju polovnih automobila,

izvršila pojačane inspeksijske nadzore kojima su obuhvaćena 227 poslodavca. Od ukupno 995 zatečenih lica na radu, 52 lica radila su “na crno”, odnosno sa tim licima poslodavci nisu zaključili ugovore o radu i nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje.

– U veterinarskim i poljoprivrednim apotekama, veterinarskim ordinacijama, pet shop prodavnicama, prodavnicama stočne hrane i cvećarama pojačani inspeksijski nadzor vršen je 24. marta 2016. godine, i obuhvaćeno je ukupno 525 privrednih subjekata. Inspektori rada su, od ukupno 804 lica zatečenih na radu, utvrdili da je 79 lica radilo “na crno” (oko 10%), odnosno da sa tim licima poslodavci nisu zaključili ugovore o radu i nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje.

– Prilikom pojačanog inspeksijskog nadzora u agencijama za prodaju i iznajmljivanje nekretnina, 29. marta 2016. godine, obuhvaćena su ukupno 323 privredna subjekta, a inspektori rada su, od ukupno 460 lica zatečenih na radu, utvrdili da je 45 lica radilo “na crno” (približno 10%), odnosno da sa tim licima poslodavci nisu zaključili ugovore o radu i nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje.

– U periodu od 4. do 12. aprila 2016. godine, inspektori rada su na celoj teritoriji Republike vršili pojačane inspeksijske nadzore kod poslodavaca čija je pretežna delatnost fizičko-tehničko obezbeđenje. Obuhvaćena su 102 poslodavca, koji su kontrolisani kako u sedištu, tako i na ukupno 505 lokacija na kojima pružaju usluge fizičko-tehničkog obezbeđenja. Prilikom inspeksijskih nadzora, inspektori rada su zatekli ukupno 1.263 radno angažovanih lica, od toga 86 lica koja su radila “na crno” (oko 7%), jer poslodavci sa njima nisu zaključili ugovore o radu, odnosno nisu ih prijavili na obavezno socijalno osiguranje. Lica na radu “na crno” su zatečena kod 25 poslodavaca na 49 različitih lokacija, a kod jednog poslodavca je zatečeno čak 22 lica na radu “na crno” na 11 različitih lokacija.

– Vanredni inspeksijski nadzori vršeni su i u hotelima, hostelima, motelima i sličnom smeštaju i to u 237 privrednih subjekata, a nadzorima su obuhvaćena 692 radno angažovana lica. Od ukupnog broja zatečenih radno angažovanih lica, poslodavci su zaključili ugovore o radu i druge odgovarajuće ugovore u skladu sa zakonom sa 591 licem, dok je 101 lice radilo “na crno” (oko 15%).

Važno je istaći i primer iz izveštaja da je prilikom nadzora na pojedinim gradilištima, po proceni inspektora rada, ukupno oko 150 radno angažovanih lica pobeglo sa gradilišta u trenutku dolaska inspektora.

Razlog za navođenje većeg broja statističkih podataka i insistiranje na njihovom detaljnom iznošenju leži u nameri da se predoči da rad na crno nije pojava koja se, istina, javlja u kontinuitetu, ali u podnošljivom obimu, već masovna pojava, koja usled masovnosti preti da postane pojava sa kojom ćemo se miriti i sve manje negodovati.

4.2. Potencijal u populacionoj politici Republike Srbije

Vlada Republike Srbije je donela Uredbu o utvrđivanju Programa rasporeda i korišćenja sredstava podrške sprovođenju mera populacione politike u Republici Srbiji za 2017. godinu, koja je objavljena u „Službenom glasniku RS“, br. 39 od 4. 5. 2017. godine, a stupila je na snagu narednog dana od dana objavljivanja, odnosno 5. maja 2017. godine.

Navedenom uredbom utvrđuje se Program rasporeda i korišćenja sredstava podrške sprovođenju mera populacione politike u Republici Srbiji za 2017. godinu, a odredbama člana 8 Zakona o budžetu u Republici Srbije za 2017. godinu („Službeni glasnik RS“, br. 99/2016), propisano je da su radi pružanja podrške sprovođenju mera populacione politike u Republici Srbiji za 2017. godinu, obezbeđena sredstva u iznosu od 130.000.000 dinara, a raspored i način korišćenja tih sredstava utvrđen je predmetnim programom.

Program sprovodi Kabinet ministra bez portfelja zaduženog za demografiju i populacionu politiku u saradnji sa jedinicama lokalne samouprave. Opšti cilj programa je podrška održivom demografskom razvoju jedinica lokalne samouprave na teritoriji Republike Srbije, odnosno stacionirano stanovništvo, tj. stanovništvo u kome će sledeće generacije biti iste veličine kao i postojeće. Pojedinačni ciljevi koji se žele postići kroz realizaciju programa su: 1) ublažavanje ekonomske cene podizanja deteta; 2) usklađivanje rada i roditeljstva; 3) snižavanje psihološke cene roditeljstva; 4) promocija reproduktivnog zdravlja adolescenata; 5) borba protiv neplodnosti; 6) put ka zdravom materinstvu; 7) populaciona edukacija; 8) aktiviranje lokalne samouprave. Srbija gubi godišnje oko 35.000 stanovnika zbog negativnog prirodnog priraštaja.²² Pitanje (ne)opravdanih razloga zbog koji žene rađaju manje dece ili ne rađaju decu u Republici Srbiji je odavno postavljeno, odgovora je više, ali rešenja još nema.

²² Prema podacima Republičkog zavoda za statistiku, tako značajan negativan prirodni priraštaj izraz je razlike između prošlogodišnjeg malog broja novorođenih i relativno velikog broja umrlih. Tokom 2015. godine u Evropi je veću negativnu stopu prirodnog priraštaja imala samo Bugarska. Dostupno na internet stranici: <http://www.politika.rs/sr/clanak/358259/U-Srbiji-najveci-negativni-prirodni-prirastaju-poslednjih-70-godina>.

Uredba i postavljeni opšti cilj, kao i pojedinačni ciljevi, ukazuju na rešenost relevantnih činilaca da učine sve radi zaustavljanje negativnog trenda. Među njima je i usklađivanje rada i roditeljstva. Emancipacija žene je nastala usled njene borbe za što snažniji dignitet i uspeh u karijeri, ali i usled ekonomske nužnosti. Žena, majka, mora da radi i ekonomski doprinosi porodici, da bi porodica imala „dve plate“ i opstala.

Potpuni uvid u položaj žene na tržištu rada u jednoj državi zahteva obimniji istorijsko-komparativni pristup, budući da je uslovljen nizom privrednih i društvenih faktora (kao i istorijskih, tradicionalnih, bioloških itd.) Konstanta koja se može uočiti jeste da su žene imale težak zadatak da pokušaju da pronađu jedan vid ravnoteže između sopstvene porodice i tržišta rada, a usled brojnih društveno-ekonomskih promena koje su pogađale Evropu tokom čitavog dvadesetog veka.²³

Upravo radni odnos sa nepunim radnim vremenom može biti pogodan način za pomirenje profesionalnih i porodičnih obaveza. U većem broju država članica Evropske unije podržava se rešenje da zaposlene žene rade poslove sa nepunim radnim vremenom i da na taj način obezbede dovoljno vremena za porodične obaveze. Tako, tokom 2010. godine, tri četvrtine svih zaposlenih žena u Holandiji je radilo sa nepunim radnim vremenom, što je najviši procenat među državama članicama Evropske unije, dok je u Velikoj Britaniji, u istom periodu, oko 40% žena radilo sa nepunim radnim vremenom²⁴. Ranije navedena Direktiva veća EU 97/81EZ nalaže potpisnicama da olakšaju pristup radu s nepunim radnim vremenom kako bi se zaposleni, između ostalog, pripremili za penziju, pomirili poslovni i porodični život.

U oblasti rada žena postoji dvostruki prilaz: jednaka prava muškaraca i žena na radu i posebna zaštita žena na radu.²⁵ Dvostruki prilaz u oblasti rada žena bio je smernica za delovanje međunarodnih organizacija u ovoj oblasti, a doveo je do i brojnih polemika.²⁶

²³ Videti više: Filip Bojić, „Položaj žena na tržištu rada i u sistemima socijalne sigurnosti – istorijsko-komparativna analiza“, *Radno i socijalno pravo*, br. 2/2015, str. 119-134.

²⁴ K. Rowlingson, „From cradle to grave: social security over the life cycle“, *Understanding Social Security-Issues for policy and practice*, edited by Jane Millar, Abingdon: The Policy Press, 2003, crp. 14.

²⁵ Iz preambule i poslednjeg člana izvornog i preambule važećeg Ustava Međunarodne organizacije rada, navedeno prema: Dragana Radovanović, *Jednakost mogućnosti i tretmana muškaraca i žena u pogledu zapošljavanja i zanimanja*, Centar za publikaciju Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2014, str. 5.

²⁶ O polemikama koje su se odnosile na to da li posebna zaštita žena na radu predstavlja prepreku poštovanju jednakih mogućnosti i tretmana muškaraca i žena u pogledu zapošljavanja i zanimanja, budući da poslodavci mogu oklevati da zapošljavaju radnike na koje se primenjuju posebni uslovi rada i pragmatičnom pristupu međunarodnih organizacija u rešavanju iste, videti više: Dragana Radovanović, *Jednakost mogućnosti i tretmana muškaraca i žena u pogledu zapošljavanja i zanimanja*, str. 5–7

Radnopravni položaj zaposlene žene koja doji u središtu je konfrontacije između zahteva za obezbeđivanje posebne zaštite na radu i zahteva za unapređivanje jednakosti žena i muškaraca u sferi rada. Pomirenje ovih naizgled protivrečnih zahteva predstavlja izazov za radno pravo na koji ono mora adekvatno odgovoriti da bi se očuvalo i unapredilo zdravlje zaposlene žene koja doji i deteta, zaštitio biološki i demografski integritet društva, obezbedila bolja zaštita materinstva, povećala stopa nataliteta, efikasnije sprečila i eliminisala diskriminacija na osnovu porodičnih obaveza, itd.²⁷

Radnopravni položaj žene je kompleksan, dilema o korisnosti prava na razliku u sferi rada u odnosu na položaj muškaraca nije zauvek rešena. Zaštitu žena na radu treba posmatrati i kao sastavni deo napora usmerenih ka unapređenju životnih i radnih uslova svih radnika. Nepravедно bi bilo da veći deo odgovornosti za urušenu porodicu i njen opstanak i sve prisutniji pad nataliteta ponese žena, od koje se, istovremeno, traži da ima istovetan radnopravni položaj koji imaju i muškarci.

Zaključak je da treba slediti praksu zemalja u kojima je položaj žena značajno unapređen i koja podstiče zapošljavanje žena sa nepunim radnim vremenom kao način koji omogućava zaposlenoj ženi da, bar u jednom periodu života, odgovori porodičnim obavezama i istovremeno obezbedi socijalnu i ekonomsku sigurnosti za sebe i članove svoje porodice.

5. Zaključak

Anglosaksonske zemlje prednjače u korišćenju formi rada van radnog odnosa, kao i u iznalaženju novih oblika fleksibilnog radnog angažovanja. Na primer, ugovor bez određenog radnog vremena ili *zero hour contract* predstavlja najfleksibilniji oblik radnog angažovanja u državama koje ga uređuju.²⁸ Ali, automatsko preuzimanje zakonskih rešenja nije preporučljivo. Presađivanje („pravni transplant“) pravnih pravila drugih kultura koji nemaju koren u kulturi našeg društva, a time ni pretpostavki za uspešno funkcionisanje, te u vezi s tim slabost postojećih institucija i nekritičko presađivanje ili kalemljenje institucija iz drugog okruženja – imaju slabe garancije uspeha u novom okruženju.²⁹

²⁷ Videti više: Dragana Radovanović, „Radnopravni položaj žene koja doji“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 72/, 2016, str. 247–261.

²⁸ Videti više: Danilo Rončević, Aleksandar Antić, „Ugovor bez određenog radnog vremena (zero hour contract)“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1/2016, str. 229–243.

²⁹ Vasiljević Mirko, „Reforma prava u privredi“, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2014, str. 15.

Za nepuno radno vreme, međutim, možemo reći da najmanje odstupa i modifikuje jedan klasičan radni odnos, organizaciono-tehnički napor³⁰ koji bi trebalo poslodavci da ulože pri uvođenju i primeni nepunog radnog vremena su zanemarljivi u odnosu na značajne i mnogobrojne prednosti koje se mogu realno ostvariti. Radni odnos sa nepunim radnim vremenom predstavlja fleksibilnu formu rada koja može da doprinese većoj fleksibilnosti i efikasnosti ekonomije, da omogući veće zapošljavanje brojne nezaposlene populacije, uz obeshrabrivanje sive ekonomije, pri čemu može imati pozitivne reperkusije na radnopravni položaj zaposlene žene i time odjek na šira društvena i socijalna pitanja. Otuda treba pozdraviti poslednje izmene i dopune Zakona o radu kojima je detaljnije uređeno zasnivanje radnog odnosa sa nepunim radnom vremenom i omogućen transfer sa nepunog na puno radno vreme i obrnuto. Nepoverenje, iako opravdano, valja prevazići stvaranjem pozitivne klime u pogledu iskorišćavanja odredaba čl. 39–41 Zakona o radu i podsticaja masovnije primene radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom.

Позитивни ефекти у примени наведеног облика флексибилног радног ангаžовања могу се очекивати само уз поштовање аутономије волје уговорних страна и правну сигурност. Зaposлени који су заснивали радни однос са непуним радном vremenom морају уживати правну заштиту аналогну запосленима из „klasičnog“ радног односа, сразмерно ангаžовању. Neпоштовање аутономије волје запосленог води ка њиховој појачаној експлоатацији, што представља најгрубљи вид злоупотребе овог института.

Afirmacija наведених законских могућности и њихова примена треба да је у агенди свих социјалних партнера. Чинjenica је да синдикати, као кључни социјални партнер државе и послодавца када се разговара о правима радника, нису успели да се успешно супротставе негативним тенденцијama на штету радника. Угроžаванje права запослених destabilizovalo је и синдикате, чему су они сами допринели неприлагодљивошћу, отуђивањем од радника и инертношћу³¹. Управо инертност у борби за економски и социјални интерес запослених утиче на то да се негативни трендови наставе. Активнији ангаžман у веzi са наведеном флексибилizацијом сада је и јасно propisana обавеза синдиката, а истовремено и начин да синдикати, који морају пронаћи нове циљеве и методе у деловању, оснаже свој статус тако што ће бити pokretački faktor у већем радном ангаžовању незaposlene популације, уз потпуну, континуирану и правовремену контролу примене законских норми.

³⁰ Ratimir Slijepčević, „Nedovoljno iskorišćene zakonske mogućnosti za efikasno smanjenje nezaposlenosti“, str. 9–10.

³¹ Videti više: Vesna Bilbija, „Uloga u zaštiti pojedinačnih prava zaposlenih prema izmenama i dopunama Zakona o rad“, *Radno i socijalno pravo*, br. 2/2014, str. 131–148.

Vesna Bilbija, PhD
Administrative Court of Republic of Serbia

POTENTIALS OF THE FLEXIBILIZATION OF WORK IN THE REPUBLIC OF SERBIA – Part time work

Summary

During the past twenty years or so, due to great changes in the field of the global economy as well as social, technological and other conditions concerning work, the way of conducting labour relations has been changing too. Classical, permanent work relations have been destabilized and, so called, flexible forms are being more and more implemented. Expectedly, the “flexibility of work” is especially advanced developed European countries, whose practice in this domain is characterized by great innovation. Flexible forms of work are not static, they are constantly improving. The proliferation of non-standard forms of work brings important changes in the matter of labor relations and transforms labor legislation

By the Law on Amendments and Supplements of the Labour Law from July 2014, a great number of regulations have been updated. In the Rationale of the Law Proposal it was stated, among other things, that there is a need to create a legal framework for a more flexible regulation of the relation between employers and employees, which would meet the needs of both employers and employees concerning the ordering of their interrelationships with the aim of incitement of employment and reduction of the black work market

The topic of this Paper is the legal regulation of the part-time work in the Republic of Serbia and the challenges of implementation of this flexible form of employment. More detailed regulation of the part-time work points to the intent of the legislator in the direction of its affirmation in practice

Key words: *flexible forms of work, part-time employment, the position of women in the sense of the Labour Law, black work market, unemployment.*

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 категорички 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”, Веселина Маслеше 28/1, 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
Драгиша Благић

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.