

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 54/2018

Година XV

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2018.

Година XV

Број 54/2018

ПРАВНА РИЈЕЧ



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, Ирена Мојовић, Церард Селман,
проф. др Радомир Лукић, проф. др Љубинко Митровић, Милош Комљеновић

НАУЧНИ ОДБОР:

Академик проф. др Рајко Кузмановић, предсједник Удружења правника Републике Српске, Академија наука и умјетности Републике Српске (*БиХ*) предсједник; академик проф. др Слободан Перовић, Удружење правника Републике Србије (*Србија*), члан; академик Игор Леонидович Трунов, Руска академија природних наука (*Русија*), члан; академик проф. др Владо Камбовски, Академија наука и умјетности Македоније (*Македонија*), члан; академик проф. др Снежана Савић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; академик проф. др Миодраг Симовић, Уставни суд Босне и Херцеговине (*БиХ*), члан; академик проф. др Витомир Поповић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Жељко Мирјанић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*) члан; проф. др Миле Дмичић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*) члан; проф. др Душко Медић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; проф. др Никола Мојовић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Мирјана Рађеновић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Марко Рајчевић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; проф. др Љубинко Митровић, Омбудсман Босне и Херцеговине (*БиХ*), члан; проф. др Милан Шкулић, Правни факултет Универзитета у Београду (*Србија*), члан; проф. др Добросав Миловановић, Правни факултет Универзитета у Београду (*Србија*) члан; проф. др Маринко Учур, Правни факултет Свеучилишта у Риједи (*Хрватска*), члан; проф. др Жељко Бартуловић, Правни факултет Свеучилишта у Риједи (*Хрватска*), члан; проф. др Драгана Дамјановић, Економски факултет Беч (*Аустрија*), члан; проф. др Драго Радуловић, Правни факултет Подгорица (*Црна Гора*), члан; проф. др Вид Јакулин, Универзитет у Љубљани (*Словенија*), члан

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука, Телефон/факс:051/212-320

www.udruzenjopravnika.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 ПОСЕБНЕ НАДЛЕЖНОСТИ УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ.....	11
Проф. др Миле Дмичић ДЕЈТОНСКА БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА И ЊЕН УСТАВ – ПРОБЛЕМИ У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ	33
Проф. др Боса Ненадић ОБУСТАВА ИЗВРШЕЊА АКТА И РАДЊИ У УСТАВНОСУДСКОМ ПОСТУПКУ – привремене мере пред уставним судовима –	67
Проф. др Бранко Мораит УЛОГА ОМБУДСМАНА У СУДСКИМ ПОСТУПЦИМА.....	115
Проф. др Слободан П. Орловић ДА ЛИ ЈЕ РЕГИОНАЛНА ДРЖАВА ПОСЕБАН ДРЖАВНИ ОБЛИК?.....	127
Проф. др Драган Батавељић Ружица Кијевчанин, дипл. правник УСТАВНА ЖАЛБА У ЗЕМЉАМА ЈУГОИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ	143
Др Марко Станковић ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ У УСТАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ПРИЛОГ РАСПРАВИ О ДОНОШЕЊУ ЗАКОНА О БЕСПЛАТНОЈ ПРАВНОЈ ПОМОЋИ	165
Др Мијодраг Радојевић ИНСТИТУЦИЈА ОМБУДСМАНА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – од међународног омбудсмана до националне институције за заштиту људских права –	181
Проф. др. Владан Михајловић СЛОЖЕНА И УНИТАРНА ДРЖАВА – ПРИЛОГ РАСПРАВИ О ДОБРОМ И ЕФИКАСНОМ УПРАВЉАЊУ И УРЕЂЕЊУ ДРЖАВЕ	201

Проф. др Синиша Каран
Мр Горан Џајић
РЕФЕРЕНДУМ КАО ОСНОВНИ ОБЛИК НЕПОСРЕДНЕ
ДЕМОКРАТИЈЕ – раскорак теорије и праксе..... 219

Др sc. Шахбаз Џихановић
Доц. др. sc. Селма Џихановић Gratz
УСТАВНИ ПРИНЦИП ЈЕДНАКОСТИ ПРЕД ЗАКОНОМ У ПРАКСИ
УСТАВНОГ СУДА ФЕДЕРАЦИЈЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ241

Проф. др Милорад Ћупурдија
Љиљана Ћупурдија, струч. спец. оец.
УСТАВНОПРАВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ МАЈЧИНСТВА У
КОНТЕКСТУ ДЕМОГРАФСKE ПОЛИТИКЕ263

Проф. др Милан Благојевић
НЕОПХОДНОСТ ДЕКОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ
ВИЈЕЋА НАРОДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 279

Проф. др Александар Радованов
Доц. др Јелена С. Миленковић
НЕЗАВИСНОСТ СУДСКЕ ВЛАСТИ У ПРАКСИ
ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА 301

Др Синиша Мацан
Синиша Каран
КОРИШЋЕЊЕ БИОМЕТРИЈСКИХ ПОДАТАКА У ИЗБОРНОМ
ПРОЦЕСУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ321

УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Предраг Димитријевић
Доц. др Јелена Вучковић
ЉУДСКА ПРАВА, МЕДИЈИ И НОВИНАРСКА ПРОФЕСИЈА.....343

Проф. др Зоран Лончар
ЕВРОПСКИ ПРИНЦИПИ РЕФОРМЕ
УПРАВНОГ ПОСТУПКА У СРБИЈИ 363

Доц. др Невенко Врањеш
Проф. др Владимир Ђурић
ДРЖАВНА СЛУЖБА И УПРАВЉАЊЕ ЉУДСКИМ РЕСУРСИМА
У ИНСТИТУЦИЈАМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И РЕПУБЛИЦИ
СРПСКОЈ – ЕКСТЕРНА ЕВАЛУАЦИЈА И БУДУЋИ ИЗАЗОВИ.....383

Анђелка Плавшић Нешић
МУЛТИЛАТЕРАЛНА ИНИЦИЈАТИВА ПАРТНЕРСТВО ЗА
ОТВОРЕНУ УПРАВУ СА ОСВРТОМ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ407

РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Сенад Јашаревић
ЗАШТИТА ОД ОТКАЗА У СРБИЈИ429

Проф. др Радоје Брковић
Дејан Вучинић, ма ср
НАКНАДА МАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА
ИЗ РАДНОГ ОДНОСА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....449

Проф. др Маринко Учур
ХЕТЕРОГЕНОСТИ И ЗАКОНСКЕ НЕДОРЕЧЕНОСТИ
ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ РАДНИКА463

Доц. др Радислав Лале
ПОСЕБНА ЗАШТИТА ЖЕНА И МАТЕРИНСТВА НА
РАДУ И У ВЕЗИ СА РАДОМ487

Доц. др Рајко Кличковић
ОСТВАРИВАЊЕ И ЗАШТИТА ИНДИВИДУАЛНИХ
ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ523

Недељко Милаковић
ЗАШТИТА ПРАВА ПАЦИЈЕНТА.....545

Доц. др Александра Вуковић
ЗАШТИТА ЗАПОСЛЕНИХ ЛИЦА КОЈА ПРИЈАВЉУЈУ
КОРУПЦИЈУ573

УПУТСТВО АУТОРИМА603

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 340.142:342.565.2(497.6РС)

doi 10.7251/PR5418011S

Оригинални научни чланак

ПОСЕБНЕ НАДЛЕЖНОСТИ УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Академик проф. др Снежана Савић*

***Апстракт:** Поред редовних, уобичајених надлежности, уставни судови у већини земаља имају и неке посебне надлежности. То су, најчешће, рјешавање сукоба надлежности, одлучивање о оптужбама против шефа државе и других високих државних функционера, одлучивање о забрани рада политичке странке, одлучивање о изборним споровима, одлучивање о оспоравању валидности посланичких мандата, непосредна уставносудска заштита основних људских права, праћење појава од значаја за остваривање уставности и законитости и тумачење устава, одлучивање о неспособности шефа државе да обавља своје надлежности и сл. Иако се о њима нешто рјеђе пише и расправља, ове надлежности уставних судова нису ништа мање значајне од њихових уобичајених надлежности односно надлежности у домену нормативне контроле уставности и законитости. Управо о овим надлежностима уопште, посебно о овим надлежностима Уставног суда Републике Српске, ријеч је у овом раду. У раду је извршена анализа ових надлежности, односно анализа уставних и законских рјешења као и праксе Уставног суда Републике Српске у периоду од 2000. до 2018. године.*

***Кључне ријечи:** устав, уставност, законитост, уставни суд, Уставни суд Републике Српске, посебне надлежности.*

* Уставни суд Републике Српске, Краља Алфонса XIII 11, Бања Лука, e-mail: savicpravni@yahoo.com

1. Уопште о надлежностима уставног суда

„Уставност као правни принцип, у свом нормативном значењу, нужан је предуслов успостављања правне државе. Он обавезује државну власт, ограничава је, подвргава контроли, успоставља препреке арбитрерности, уноси стабилност у правни поредак и ствара услове за једнакоправност и сигурност грађана у правном систему. Уставност као принцип исказује уједно и институционализовани захтјев за заштиту демократије и демократског поретка чије мерило су слобода и права грађана“.¹ Као независни и самостални државни органи, уставни судови пружају нарочиту заштиту уставу, прије свега, рјешавањем различитих уставних спорова. „Ти спорови настају директном повредом устава, било нормативним актима, укључујући закон, било појединачним актима и материјалним радњама службених лица или државних функционера. Због тога се уставни суд често назива чувар устава“.²

„Стварање уставног судства је последица тежње да се што потпуније оствари заштита устава и уставности и права и слобода човека и грађанина у једном демократском друштву у коме постоји владавина права (правна држава). Управо се појава уставног судства и везује за правну државу и демократско уређење, што је у историјској пракси и потврђено.“³ Смисао и циљ уставног судства је, дакле, заштита устава, која је, свакако, незамислива без његове ауторитативне интерпретације. Због свега овога, а у првом реду због најважнијег задатка уставног суда, „надлежности уставног суда се утврђују искључиво уставом. Апстрактна уставносудска функција се, дакле, не може претпостављати“,⁴ она мора бити, експлицитно, одређена уставом.

Основна надлежност уставног суда је нормативна контрола, у првом реду закона, а потом и осталих општих правних аката. „У најширем смислу, под уставним судством се разуме материјална контрола поштовања устава. У формалном погледу уставно судство обухвата сваки суд који поседује такву надлежност. За разграничење би могла да се примени следећа формула: уставно судство је сваки судски поступак који непосредно обезбеђује поштовање устава, пре свега, оценом уставности закона“.⁵

¹ М. Пајванчић, „Устав као мерило оцене уставности закона“, *Правни живот*, 12/98, 97.

² Д. М. Стојановић, *Уставно право*, књ. II, Ниш, 2006, 414.

³ П. Николић, „Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима – Скица за студију“, *Правни живот*, 12/95, 179.

⁴ Д. М. Стојановић, исто.

⁵ Исто.

2. О посебним надлежностима уставних судова уопште

У оквирима нормативне контроле, сматра се да је „језгро уставносудске заштите ... контрола уставности и законитости права, пре свега закона.“⁶ Она се означава као апстрактна, конкретна и превентивна нормативна контрола. Све остале надлежности уставних судова, као што су рјешавање компетениционих спорова, контрола избора, суђење државним функционерима, заштита слобода и права грађана повријеђених појединачним актима и др., представљају надлежности које су изведене из функције нормативне контроле и не чине суштину уставног судовања.

Дакле, може се рећи да су уставни судови, поред опште нормативне контроле, временом добијали и друге надлежности. Све ове надлежности се, једним именом, називају посебне надлежности уставних судова. „Неке од њих су комплементарне нормативној контроли, на пример, одлучивање о уставним жалбама грађана или решавање федералних спорова. Ове надлежности уставног суда такође представљају својеврсни поступак испитивања норми. С друге стране, неке надлежности уставних судова су некада припадале неким другим државним органима, али су због њиховог значаја за уставни живот појединих држава пренете у надлежност уставних судова. То је случај, на пример, са решавањем изборних спорова или компетенционих спорова. Трећа врста посебних надлежности може се означити као непосредна заштита уставног поретка, када уставни суд делује као специјални кривични суд. То је случај, на пример, са суђењем високим функционерима у држави, забраном политичких партија и индивидуалном суспензијом основних права.“⁷

Када је ријеч о рјешавању органских или компетенционих спорова, може се рећи да се у овом случају ради о сукобима надлежности или споровима чије рјешавање је повјерено уставним судовима. У овом случају уставни суд се појављује као суд који рјешава конфликт између других државних органа, законодавства, извршне власти, управе и судства, најчешће судова и органа управе. Такође, уставни суд може бити надлежан за рјешавање федералних спорова или спорова о аутономији у сложеним државама. Федерални спорови представљају посебну врсту спорова о сукобу надлежности. Код ових спорова ријеч је

⁶ Исто, 415.

⁷ Исто, 418–419.

о сукобу надлежности органа два нивоа власти: савезне власти и власти федералних јединица или о спору у коме се сукобљавају власти најмање двије федералне или аутономне јединице. „Надлежност различитих органа државне власти утврђује устав. То је основ и разлог због кога се уставном суду поверава да, уколико постоји спор о надлежности неког органа државне власти, а у случају када сукоб надлежности настане међу различитим органима државне власти, одлучује о томе и решава спор.“⁸

У остваривању неких својих функција уставни суд може дјеловати као „специјални кривични суд“.⁹ Овдје је најчешће ријеч о одговорности шефа државе, председника републике и других високих државних функционера, премијера, министара и других државних службеника из врха државног апарата, за кривична дјела учињена у вршењу службене функције. При овоме, „обично су норме о инкриминисаним делима веома уопштене, на пример, повреда устава и закона, издаја, велеиздаја, тешки злочини и сл., тако да се у пракси иза кривичне одговорности често крије политичка одговорност шефа државе и других државних функционера“.¹⁰ Сматра се да је одлучивање о оптужбама против шефа државе и других високих државних чиновника једна међу новијим надлежностима уставног суда. „Повреда устава је један од разлога за покретање поступка за разрешење шефа државе или других високих државних чиновника“. Уставни суд, као орган чија је основна надлежност заштита уставности, „укључен је у поступак утврђивања одговорности шефа државе и других високих државних чиновника за повреду устава“. Ова надлежност уставних судова није идентична у свим уставним системима који познају ову надлежност уставног суда. „Она може обухватити само право уставног суда да изнесе своје мишљење о повреди устава, или право да испитује ваљаност процедуре покретања поступка за утврђивање одговорности за повреду устава, али, у неким уставним системима и право да мериторно одлучује о повреди устава од стране шефа државе и других високих државних чиновника“.¹¹

Према мишљењу многих аутора, „компаративни преглед уставноправних решења у вези са надлежношћу уставног суда у одлучивању о оптужбама против шефа државе показује да велики број устава бивших социјалистичких земаља утврђује надлежност уставног суда у одлучивању о оптужбама против шефа државе. Запажа се, такође, велика разноликост међу уставним системима.“ Генерално говорећи,

⁸ М. Пајванчић, *Уставно право*, Нови Сад, 2011, 291.

⁹ Д. М. Стојановић, исто, 421.

¹⁰ Исто.

¹¹ М. Пајванчић, исто, 292.

може се рећи да су „уставна решења често неконзистентна. Постоји доста правних празнина и отворених питања. Све то говори да је у питању једна новија надлежност уставног суда, још увијек недовољно сериозно осмишљена и барем на нормативном плану конзистентно изведена.“¹²

„Изборни систем и изборно право, као један од његових кључних сегмената, представљају стубове политичког представништва. Стога је за сваки представнички систем веома битно да се ова област уставног права, пре свега, уреди на начин који ће подразумевати што је могуће потпунију примену основних начела демократских избора, а потом и да се обезбеде неопходне друштвене претпоставке за остваривање тих начела“.¹³ У великом броју држава у којима постоје уставни судови као посебни државни органи они имају надлежност у погледу рјешавања изборних спорова, како спорова који су произашли из парламентарних, тако и спорова у вези са предсједничким изборима. Сматра се да су темељи уставносудске заштите изборног права у Уставу Аустрије из 1920. године. „Пракса компаративне уставности даје основ за закључак да се уставни суд сматра врховним и веома поузданим арбитром ваљаности избора.“ На овај начин уставни суд се јавља као „коначни арбитар регуларности избора“. При овоме, „уставни суд одлучује, не само о регуларности стицања мандата, него и о законитости престанка мандата“.¹⁴ Тако, на примјер, Уставни суд Републике Хрватске надзире уставност и законитост избора и државног референдума и рјешава изборне спорове који нису у дјелокругу судова,¹⁵ док Уставни суд Републике Србије одлучује о изборним споровима за које законом није одређена надлежност судова.¹⁶ Одлучивање о оспоравању валидности посланичких мандата је надлежност уставног суда повезана са одлучивањем о законитости избора, изборним споровима и заштити изборног права, па неки уставни судови повезују ове надлежности уставног суда. Због тога се уставни суд може сматрати својеврсним изборним судом“. Такође, „у неким уставним системима уставни суд одлучује о законитости посланичких мандата, о законитости престанка мандата и разлозима за престанак мандата посланика, или као последња инстанца по жалби на одлуку надлежног органа о посланичком мандату“.¹⁷

¹² М. Пајванчић, „Уставни суд и оптужбе против највиших државних функционера“, *Правни живот*, 12/95, 257.

¹³ З. Ђукић Вељовић, „Уставно-судска заштита изборног права“, *Правни живот*, 12/95, 217.

¹⁴ Д. М. Стојановић, исто, 422.

¹⁵ Члан 125 Устава Републике Хрватске, исто.

¹⁶ Члан 167 Устава Републике Србије, исто.

¹⁷ М. Пајванчић, исто.

Такође, у неким државама уставни судови имају надлежност да рјешавају уставне спорове о повредама основних права и слобода грађана, независно од врсте аката којима су повреде учињене. „Битна карактеристика основних људских права је у томе што она имају или би морала да имају посебну уставноправну заштиту. У вези с тим, у теорији се истиче да су само основна права снабдевена посебним ступњем уставних гаранција. Према томе, недостајање посебне уставноправне заштите, специјализоване судске заштите, одузимало би неким правима привилегирани ранг основних права гарантованих уставом“.¹⁸ „Док се нормативном контролом права и слободе грађана штите посредно, дотле се у овом случају уставна права грађана штите непосредно.“ Сматра се да су поступком одлучивања о уставним жалбама грађана уставни судови преузели институт државноправне жалбе који је настао у Швајцарској. Може се рећи да се кроз ову надлежност уставног судства „најбоље види његов главни задатак да све активности јавне власти веже уз устав“.¹⁹ Такође, сматра се да је одлучивање о уставним жалбама грађана још увијек контроверзна функција уставног суда јер се истиче да „без обзира да ли се њоме може побијати уставност само појединачних аката или се могу оспоравати и општи акти, па и закони, уставна жалба увек отвара проблем односа уставних и редовних, најчешће управних судова. Зато се уставна жалба не предвиђа у свим државама у којима постоји уставни суд...“²⁰

У нешто мањем броју држава уставно судство штити демократски политички поредак тако што оцењује уставност дјеловања политичких партија и уставност коришћења основних права. Такође, у остваривању ове надлежности уставни суд се појављује као специјални кривични суд јер утврђује чињенично стање и изриче одговарајућу санкцију – забрану партије или одузимање основних права. Одлучивање о забрани рада политичке странке такође је једна од новијих међу надлежностима уставног суда. „Садржај ове надлежности обухвата право уставног суда да оцењује уставност аката (и деловања) политичких странака (статут или други организациони или програмски акт политичке странке), као и да одлучује о забрани деловања политичке странке (Немачка).“²¹

¹⁸ Д. М. Стојановић, „Уставно судство и заштита права и слобода човека и грађанина“, *Правни живот*, 12/95, 187.

¹⁹ Д. М. Стојановић, *Уставно право*, 424.

²⁰ Исто.

²¹ М. Пајванчић, исто.

Под надлежношћу индивидуалне суспензије основних права подразумијева се привремено одузимање неких основних права појединцу због њиховог злоупотребљеног вршења. Превентивна мјера одузимања појединцу неких основних права гарантованих уставом често се образлаже тврдњом да „до угрожавања слободе често долази од државе, али не једино од ње. Слободни демократски поредак угрожавају и лица која се позивају на основна права и њима се користе, али једино да би се помоћу њих борила против демократског поретка. Слободу и основна права демократска држава може да брани једино тако што ће њеним непријатељима да ускрати позивање на основна права, онда и уколико се она злоупотребљавају и користе за рушење демократског поретка. Ко слободу штампе, слободу удруживања, слободу наставе и друге слободе и права користи за борбу против слободног демократског поретка и тиме их злоупотребљава, губи основна права“.²²

О губљењу основних права и његовом обиму одлучује уставни суд. Наравно, то не искључује могућност да се за исто понашање води кривични, цивилни или дисциплински поступак, уколико злоупотребљено вршење основних права представља кривични, грађански или дисциплински деликт.

Наравно, поред одлучујућих, у неким државама уставни суд има и савјетодавне функције. Таква је, на примјер, функција давања мишљења о одређеним уставноправним питањима. У овом случају не рјешава се никакав спор, него се једноставно износи стручно мишљење органа чија је компетентност неспорна. Слична функцији давања мишљења је функција тумачења устава. Њоме се, такође, даје мишљење о значењу уставних норми, али са обавезујућим дејством. Сматра се да је тумачење устава такође једна од новијих надлежности уставног суда и одлика је мањег броја уставних система. „Уставносудским тумачењем устава уставни суд добија једно значајно овлашћење чијим остваривањем може фактички мењати устав не дирајући у сам текст устава. У уставности неких земаља Централне и Југоисточне Европе ова надлежност уставног суда омогућује да неке промене устава буду лакше извршене, а уставни систем брже прилагођен новим друштвеним приликама. У процесу уставне транзиције у неким земљама које нису одмах приступиле доношењу новог устава, већ су само ревидирале актуелни устав (Мађарска), уставни суд је имао велику и значајну улогу, управо кроз остваривање своје надлежности везане за тумачење устава“.²³

²² Д. М. Стојановић, исто, 427–428.

²³ М. Пајванчић, исто, 293.

У неким земљама постоје и неке друге надлежности уставних судова као што су надлежности у погледу имовинских захтјева према државите надлежност уставног суда да констатује дали постоји трајна или привремена неспособност шефа државе да обавља своје надлежности, и да ли су се испунили уставом прописани услови под којима је могуће да дође до замјене шефа државе због привремене спријечености да обавља своје функције.²⁴

3. Посебне надлежности Уставног суда Републике Српске

Према члану 115 Устава Републике Српске,²⁵ Уставни суд је надлежан да: 1) одлучује о сагласности закона, других прописа и општих аката са Уставом; 2) одлучује о сагласности прописа и општих аката са законом; 3) рјешава сукоб надлежности између органа законодавне, извршне и судске власти; 4) рјешава сукоб надлежности између органа Републике, града и општине; 5) одлучује о сагласности програма, статута и других општих аката политичких организација са Уставом и законом; прати појаве од интереса за остваривање уставности и законитости, обавјештава највише уставне органе Републике о стању и проблемима у тој области и даје им мишљења и приједлоге за доношење закона и предузимање других мјера ради обезбјеђења уставности и законитости и заштите слобода и права грађана, организација и заједница; одлучује о сагласности закона, других прописа и општих аката Народне скупштине с одредбама Устава о заштити виталних интереса конститутивних народа и одлучује о питањима имунитета која проистичу из закона којима се уређује имунитет у Републици Српској.

Из напријед наведеног може се закључити да Уставни суд Републике Српске има неколико посебних надлежности и о свима њима ће у даљњем тексту посебно бити ријечи.

Рјешавање сукоба надлежности између органа законодавне, извршне и судске власти, те рјешавање сукоба надлежности између органа Републике, града и општине је прва од њих. Устав Републике Српске о овој надлежности Уставног суда Републике Српске не садржи детаљније одредбе, док Закон о Уставном суду Републике Српске²⁶

²⁴ Шире в. исто.

²⁵ Устав Републике Српске, интегрални текст, издање Народне скупштине Републике Српске, Бања Лука, 2014.

²⁶ Закон о Уставном суду Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 104/11 и 92/12.

подробније регулише поступак пред Уставним судом у домену ове његове надлежности. Тако се чланом 44 став 1 Закона прописује да „када настане сукоб надлежности између државних органа, приједлог за рјешавање сукоба надлежности подноси један или оба органа у сукобу“. Такође, ставом 2 истог члана Закона предвиђено је да приједлог за рјешавање сукоба надлежности из става 1 овог члана може поднијети лице које због прихватања, односно одбијања надлежности није могло да оствари своја права.

Према члану 24д) Закона, у случају рјешавања сукоба надлежности, учесници у поступку су државни органи између којих постоји сукоб надлежности о којој одлучује Суд, као и свако ко због прихватања, односно одбијања надлежности није могао да оствари своје право. Према члану 45 Закона, приједлог за рјешавање сукоба надлежности из члана 44 став 1 овог закона садржи назив органа који прихватају или одбијају надлежност и разлоге на основу којих то чине. Члан 46 Закона прописује да се поступак за рјешавање сукоба надлежности из члана 4 став 1 овог закона сматра покренутим даном пријема приједлога у Суду. Такође, што је прописано чланом 47 Закона, Суд може одредити да се до доношења одлуке Суда прекине поступак пред органима између којих је настао сукоб надлежности.

Чланом 60 Закона, став 1 т. г) прописано је да Суд одлуком одлучује о сукобу надлежности државних органа.

У периоду од 2000. до краја 2017. године Уставни суд је одлучивао по осамнаест приједлога и једној иницијативи за рјешавање сукоба надлежности. Од укупног броја приједлога, Уставни суд је одбацио једанаест, у четири случаја сукоб је ријешено, а у три случаја поступак је обустављен. Једна иницијатива није прихваћена. Оно што је карактеристично, када је у питању рјешавање у домену ове надлежности Уставног суда, јесте да је до сукоба надлежности долазило најчешће између органа извршне и судске власти, као и између Правобранилаштва Републике Српске и извршне или судске власти.²⁷ Како се из наведених података може закључити, највећи број приједлога за рјешавање сукоба надлежности Уставни суд Републике Српске је одбацио, најчешће из разлога што се уопште није радило о сукобу надлежности или пак због тога што нису биле испуњене процесне претпоставке на основу којих долази до рјешавања сукоба надлежности. Разлози за обустављање поступка налазе се у чињеници да су у току поступка пред Уставним судом извршене измјене законских рјешења на основу којих је долазило до сукоба надлежности или су приједлози за рјешавање сукоба повучени.

²⁷ Шире в. С. Савић, *Оцјена уставности и законитости*, Бањалука, 2015.

Одлучивање о сагласности програма, статута и других општих аката политичких организација са Уставом и законом представља, такође, једну од посебних надлежности Уставног суда Републике Српске прописаних чланом 115 Устава. Ни о овој надлежности Уставног суда Устав не садржи детаљније одредбе. Иако би се ова надлежност, кроз контролу уставности и законитости статута и других општих аката политичких организација, могла сврстати у редовну нормативну контролу, чињеница да она обухвата и програме политичких организација, који нису општи правни акти, сврстава ову надлежност у посебне надлежности Уставног суда Републике Српске. Закон о Уставном суду не прописује посебно ко је овлашћен да покрене поступак за оцјењивање уставности и законитости ових аката те се може тумачити да су то сви овлашћени покретачи поступка пред Судом из члана 4 став 2 Закона, односно: предсједник Републике; Народна скупштина; Влада; Суд, ако се питање уставности и законитости постави у поступку пред Судом; републички тужилац, ако се питање уставности и законитости постави у раду тужилаштва; општина, град, предузеће, политичка организација, односно удружење грађана и друга организација, ако је повријеђено њихово право утврђено Уставом или законом; орган који је по Уставу и закону овлашћен да обустави извршење прописа и другог општег акта због његове несагласности са Уставом и законом, као и Суд који може и сам покренути поступак за оцјењивање уставности и законитости. Према истом члану Закона, став 1, свако може дати иницијативу за покретање поступка за оцјењивање уставности и законитости, па тако и у овом случају.

Према члану 24 Закона, учесници у поступку су, поред овлашћених предлагача и подносиоца иницијативе, уколико Суд исту прихвати, и политичка организација или удружење грађана чији се општи акт оцјењује.

Ова посебна надлежност Уставног суда Републике Српске не може се идентификовати са надлежношћу „забране политичких партија“,²⁸ већ се мора схватити као нормативна контрола општих правних аката и, само дијелом, контрола рада политичких организација и то кроз контролу програма рада, који, како је већ речено, нису општи правни акти. Сличну надлежност имао је и Савезни уставни суд СРЈ, која је била одређена чланом 124 ст. 5) и 8) Устава СРЈ. Истина, ова надлежност се у ставу 5) ограничавала на контролу сагласности општих аката политичких странака и удружења грађана са уставом и савезним законом, док је

²⁸ Д. М. Стојановић, цит. дј., 426.

ставом 8) изричито била прописана забрана рада политичких странака и удружења грађана.²⁹ Такође, чланом 167 Устава Републике Србије прописано је да Уставни суд одлучује о сагласности општих аката организација којима су повјерена јавна овлашћења, политичких странака, синдиката, удружења грађана и колективних уговора као и о забрани рада политичке странке, синдикалне организације или удружења грађана.³⁰ Уставом Републике Хрватске у члану 125, прописује се да је Уставни суд надлежан да надзире уставност програма и дјеловања политичких странака те да може, у складу с Уставом, забранити њихов рад.³¹

Њемачки Савезни уставни суд, такође, одлучује о „противуставности политичких странака које својим циљевима или понашањем својих чланова иду на то да нашкоде или укину слободни демократски уставни поредак или угрозе постојање Немачке. Партија није противуставна, ако просто не признаје и начелно идеолошки одбацује највише принципе демократског поретка. Да би била оглашена противуставном, неопходно је да партија има активно борбено, агресивно држање према постојећем поретку, да плански оштећује функционисање поретка и да у перспективи овај поредак хоће насилно да укине. Још 1955. године Уставни суд Немачке је забранио деловање једне, екстремно десне, Национал-социјалистичке, одн. Нацистичке странке и једне леве, Комунистичке партије Немачке.“³²

У досадашњој пракси, од 2000. закључно са 2017. годином, Уставни суд Републике српске одлучивао је само по једној иницијативи из домена ове његове надлежности. У овом предмету тражена је оцјена уставности и законитости статута једне политичке странке. Наведена иницијатива није прихваћена, односно Суд је утврдио да нема повреде начела уставности и законитости.

Надлежност која се односи на праћење појава од интереса за остваривање уставности и законитости, обавјештавање највиших уставних органа Републике о стању и проблемима у тој области и давање мишљења и приједлога за доношење закона и предузимање других мјера ради обезбјеђења уставности и законитости и заштите слобода и права грађана, организација и заједница такође представља једну од посебних надлежности Уставног суда Републике Српске. Устав Републике Српске не садржи конкретније уставне норме о овој надлежности. Одредба члана

²⁹ Устав СРЈ, „Службени лист СРЈ“, 36/1992.

³⁰ Устав Републике Србије.

³¹ Устав Републике Хрватске, „Народне новине“ бр. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 и 5/14.

³² Д. М. Стојановић, исто, 427.

2 Закона о Уставном суду Републике Српске има нешто другачији садржај у односу на уставну одредбу јер обухвата, поред напријед наведеног, и предузимање мјера ради обезбјеђења, поред уставности и законитости, и заштите виталних националних интереса конститутивних народа и осталих.

Слична рјешења садржи и Устав Републике Хрватске, који у члану 125 прописује да Уставни суд прати остваривање уставности и законитости те о уоченим појавама неуставности и незаконитости извјешћује Хрватски сабор.³³ У Њемачкој, на примјер, оба парламентарна дома, као и Савезна влада, могу заједнички да затраже од Савезног уставног суда правно мишљење о одређеном уставноправном питању. Право да захтијева мишљење Уставног суда има и предсједник Републике. Уставни суд даје своје мишљење доношењем одлуке на пленарној сједници. Уставни суд Аустрије, такође, даје претходна обавезна тумачења устава на захтјев Савезне владе или земаљских влада, када треба утврдити да ли доношење закона или извршног прописа спада у надлежност савезних или земаљских органа.³⁴

Уставни суд Републике Српске је до сада, у шест навратам и то: 15. 12. 1996; 15. 12. 1999; 1. 7. 2001; 1. 11. 2005; марта 2011. и 30. 10. 2013. године, Народној скупштини Републике Српске и осталим највишим уставним органима Републике достављао обавјештења о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости у Републици Српској.³⁵ Ову уставну функцију Уставни суд сматра превентивном и изузетно значајном за успјешно остваривање и заштиту уставности и законитости као и цјелине уставноправног поретка Републике Српске. Значај и позитивне ефекте ове превентивне функције Уставног суда најконкретније изражавају, између осталог, закључци Народне скупштине Републике Српске усвојени на 33. сједници, одржаној 13. 4. 2006. године, а поводом обавјештења Уставног суда Републике Српске о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости, на шта је Уставни суд посебно указао у обавјештењу из 2011. године. Наведеним закључцима, Народна скупштина, орган уставотворне и законодавне власти, у оквиру уставне организације Републике Српске (члан 69 Устава Републике Српске) позива све органе и институције у Републици да досљедно и одговорно поступају по упозорењима и препорукама Уставног суда датим у наведеном обавјештењу. Усвајајући дате оцјене,

³³ Устав Републике Хрватске, исто.

³⁴ Д. М. Стојановић, цит. дј., 428–429.

³⁵ Шире в. С. Савић, цит. дј. 185–200

мишљења и приједлоге Уставног суда, Народна скупштина се заузима за изградњу конзистентног и кохерентног уставноправног система, попуно правних празнина, замјену превазиђених и других сличних аката и за усаглашавање прописа Републике Српске са европским правом, односно правом Европске уније. Народна скупштина је стога утврдила обавезу да разматра обавјештења Уставног суда Републике Српске о појавама од интереса за остваривање уставности и законитости, а првенствено зато што Уставни суд Републике Српске својим одлукама, односно остварењем циљева својих уставних надлежности, превентивно утиче на законодавну политику и на садржај и квалитет законодавних норми и цјелине законодавне и укупне нормативне дјелатности у Републици Српској.

Начело уставности и законитости је универзално начело јер постоји у свим правним порецима и у свим државама. Оно је изузетно значајно начело и о њему, по службеној дужности, морају да воде рачуна сви доносиоци правних аката, као и извршиоци материјалних радњи. У правном смислу, начело уставности и законитости подразумијева апсолутну супериорност устава и закона у односу на све друге правне прописе. У политичком значењу, начело уставности и законитости повезује се са демократским поретком и сматра се једном од његових кључних претпоставки. Стога, функција Уставног суда да прати појаве од интереса за остваривање уставности и законитости, обавјештава највише уставне органе Републике о стању и проблемима у тој области и даје им мишљења и приједлоге за доношење закона и предузимање других мјера ради обезбјеђења уставности и законитости и заштите слобода и права грађана, организација и заједница, нема ништа мање значајну улогу у односу на његове остале функције јер без остварења начела уставности и законитости нема државноправног поретка.

Уставни суд Републике Српске је у свом обавјештењу од 30. октобра 2013. године³⁶ констатовао да „Уставни суд Републике Српске, извршавајући непосредно своју уставну функцију праћења појава од интереса за остваривање уставности и законитости, односно остваривања и заштите уставноправног поретка Републике Српске, као и кроз доношење својих одлука, даје конкретан допринос остваривању суштинских циљева и норми Устава Републике Српске, као и изградњи правног поретка Републике Српске. Изнесена мишљења о остваривању уставности и законитости, утврђене критичке оцјене као и приједлози

³⁶ Обавјештење бр. СУ-332/13 од 30. октобра 2013. год, у С. Савић, *Оцјена уставности и законитости*, 199–200.

који су дати у овом обавјештењу, битан су саставни дио уставних обавеза овог Суда, као и његових настојања да допринесе даљој афирмацији демократских односа и владавини права у Републици Српској. Положај и улога Уставног суда у цјелокупном правном поретку Републике Српске треба да осигурају остварење, односно достизање нивоа европских стандарда, принципа владавине права и остварење основних садржаја правне државе, што, наравно, укључује све демократске атрибуте правде, правичности и остваривања и заштите људских права и основних слобода.“

Уставни суд Републике Српске има Вијеће за заштиту виталног интереса, које је успостављено Амандманом LXXXVIII на Устав Републике Српске, како би одлучивало о питањима виталног националног интереса у процедури предвиђеној Амандманом LXXXII. Вијеће, у складу са Амандманом LXXXII на Устав, одлучује о питањима виталног националног интереса конститутивних народа: остваривање права конститутивних народа да буду адекватно заступљени у законодавним, извршним и правосудним органима власти; идентитет једног конститутивног народа; уставни амандмани; организација органа јавне власти; једнака права конститутивних народа у процесу доношења одлука; образовање, вјероисповијест, језик, његовање културе, традиције и културно наслеђе; територијална организација; систем јавног информисања и друга питања која би се третирали као питања од виталног националног интереса уколико тако сматрају 2/3 једног од клубова делегата конститутивних народа у Вијећу народа.³⁷

Према члану 9 став 2 Закона о Уставном суду, Вијеће за заштиту виталног интереса састоји се од седам судија, по два из реда сваког конститутивног народа и једног из реда осталих. Сагласно ставу 5 истог члана, Вијећу предсједава предсједавајући, којег бирају чланови Вијећа из свог састава, тако да је у сваком новом предмету одлучивања предсједавајући Вијећа из реда другог конститутивног народа или из реда осталих. Поступак пред Судом се, под условима предвиђеним Уставом, покреће сагласно члану 4 став 2 в) Закона о Уставном суду приједлогом Вијећа народа о питањима из оквира Уставом утврђених надлежности. Према члану 20 ст. 2, 3, 4 и 5 Закона, Вијеће одлучује о прихватљивости захтјева који се односе на витални интерес једног од конститутивних народа двотрећинском већином у року од једне седмице, а у року од мјесец дана одлучује о меритуму случајева који се сматрају прихватљивим.

³⁷ С. Савић, цит. дј., 43–44.

У случају да процедуру која се односи на витални интерес једног од конститутивних народа покрене двотрећинска већина једног од клубова конститутивних народа, потребан је глас најмање двојице судија да би Суд одлучио да је ријеч о виталном интересу. Уколико Суд донесе позитивну одлуку о виталном интересу, тај закон се сматра неусвојеним, те се документ враћа предлагачу који треба покренути нову процедуру. У том случају предлагач не може поново доставити исти текст закона, прописа или акта. У случају да Суд одлучи да се предметни закон не односи на витални интерес, сматра се да је закон усвојен – биће усвојен простом већином.

Уставни суд Републике Српске је у периоду од успостављања Вијећа за заштиту виталног интереса, односно од 2005. године, када су Суду достављени први захтјеви овог карактера па до краја 2017. године, рјешавао по стотину десет захтјева за заштиту виталног интереса, сматрајући их приоритетним и настојећи да одржи иначе веома кратке уставне рокове. Уставни суд је у својим обавјештењима констатовао да у поступку одлучивања о виталном интересу још нису успостављени адекватни критеријуми и стандарди који треба да изражавају прави смисао овог уставног института. При овоме, прије свега, треба имати у виду чињеницу да се прописана процедура одлучивања о томе недовољно поштује те да се често овакви захтјеви постављају и за питања која немају такав значај. Захтјеви који се упућују Уставном суду често су непотпуни, нејасни и без елемената који су за такве захтјеве прописани.

У току 2005. године Суду је достављено укупно четрнаест захтјева, и то девет захтјева Клуба бошњачког народа, два српског и један Клуба хрватског народа. Од тога је у осам случајева захтјев оглашен неприхватљивим, у шест случајева је утврђено да витални интерес није повријеђен, а у једном случају је поступак обустављен. У току 2006. године поднесено је шест захтјева и сви су поднесени од стране Клуба бошњачког народа. Сви захтјеви су оглашени неприхватљивим. У току 2007. године поднесено је пет захтјева, такође од стране Клуба бошњачког народа. У два случаја захтјев је оглашен неприхватљивим, у два је утврђено да нема повреде виталног интереса, док је у једном случају утврђена повреда. У току 2008. године поднесено је седам захтјева, пет од стране Клуба Бошњака, један од стране Клуба хрватског народа, а у једном предмету захтјев су поднијели и Клуб бошњачког и Клуб хрватског народа. У два случаја захтјев је проглашен неприхватљивим, у једном прихватљивим, у три случаја утврђено је да повреде виталног

интереса нема док је у једном случају утврђено да повреда постоји. У току 2009. године Суд је рјешавао по два захтјева Клуба Бошњака и у оба случаја је утврдио да повреде нема. У току 2010. године Суд је рјешавао по десет захтјева Клуба Бошњака и у три случаја је утврдио да захтјев није прихватљив, док је у преосталих седам утврдио да повреде нема. У току 2011. године Уставном суду је поднесено укупно девет захтјева за заштиту виталног интереса и сви захтјеви су поднесени од стране Клуба Бошњака у Вијећу народа Републике Српске. Од тога су три захтјева оглашена неприхватљивим, док је поводом једног захтјева утврђено да је дошло до повреде виталног интереса, а поводом пет захтјева Суд је констатовао да повреде виталног интереса нема. У току 2012. године Вијеће за заштиту виталног интереса разматрало је укупно три предмета из своје надлежности. Један захтјев поднесен је од стране Клуба бошњачког и Клуба хрватског народа, а два захтјева је поднио Клуб бошњачког народа. У сва три случаја је утврђено да нема повреде виталног интереса. У току 2013. године поднесена су три захтјева Клуба бошњачког народа и у два случаја Суд је утврдио да витални интерес није повријеђен, док је један захтјев оглашен неприхватљивим. У току 2014. године поднесена су три захтјева Клуба бошњачког народа и у сва три случаја је утврђено да повреде виталног интереса нема. У току 2015. године поднесена су четири захтјева, такође од стране Клуба бошњачког народа. У два случаја захтјев је оглашен неприхватљивим, док је у два случаја утврђено да витални интерес није повријеђен. У току 2016. године Вијеће је одлучивало по шеснаест захтјева за заштиту виталног интереса. Сви поступци су вођени поводом захтјева Клуба бошњачког народа. У четири случаја Вијеће је захтјеве огласило неприхватљивим, у четири је утврдило повреду виталног националног интереса, док је у осам случајева утврдило да повреде није било. У току 2017. године поднесено је осам захтјева Клуба бошњачког народа. У два случаја Уставни суд је утврдио да нема повреде виталног националног интереса, док је шест захтјева оглашено неприхватљивим.

На основу своје досадашње праксе, Уставни суд је констатовао да су захтјеви клубова, у процедуралном смислу, редовно прихватљиви, али су често непотребни и нецјелиходни и не односе се на витални интерес. То, објективно, отежава рад Суда, односно Вијећа за заштиту виталног интереса.³⁸ Оно што се у поступцима вођеним пред Уставним судом Републике Српске, у овој врсти његове надлежности, односно у

³⁸ Обавјештење о неким појавама од интереса за остваривање уставности и законитости, Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 18, 2014, 497–517.

домену надлежности Вијећа за заштиту виталног интереса, појавило као проблем који је Суд ријешило тумачењем уставних норми, јесте питање врсте правних аката чију контролу врши Вијеће. Наиме, уставна рјешења у односу на ово питање нису конзистентна. Чланом 115 Устава Републике Српске прописано је да Уставни суд, између осталог, одлучује о сагласности закона, других прописа и општих аката Народне скупштине са одредбама Устава о заштити виталних интереса конститутивних народа. Чланом 116 став 2 Устава прописано је да се Вијеће за заштиту виталног интереса Уставног суда Републике Српске оснива како би одлучивало о питањима виталног интереса у процедури описаној у Амандману LXXXII. Ово вијеће разматра сва питања која су од виталног интереса. Чланом 70 Устава, који је допуњен Амандманом LXXXII, прописано је да ће се закони или други прописи или акти које изгласа Народна скупштина доставити и разматрати од стране Вијећа народа ако се исти односи на витални интерес дефинисан у Амандману LXXVII, а да се „уколико Суд донесе позитивну одлуку о виталном интересу, тај закон ... сматра неусвојеним, те се документ враћа предлагачу који треба покренути нову процедуру. У том случају предлагач не може поново доставити исти текст закона, прописа или акта“. Међутим, истим амандманом се прописује „у случају да Суд одлучи да се предметни закон не односи на витални интерес, сматра се да је закон усвојен/биће усвојен простом већином“.

На основу наведеног, може се видјети недоследност у уставном регулисању предметне материје. Наиме, из уставних рјешења није видљиво, односно није јасно каква је природа правних аката чију контролу може да врши Вијеће за заштиту виталног интереса и да ли је ријеч само о правним актима. Наиме, није јасно да ли су то само правни или и политички акти, да ли су то само општи или пак и општи и појединачни правни акти. С обзиром на уставне одредбе о надлежности Уставног суда, па тиме и Вијећа као саставног дијела Уставног суда, Суд је заузео становиште да су то само правни акти, односно огласио се ненадлежним да врши контролу декларација и резолуција као политичких аката које усваја Народна скупштина. Тако је, на примјер, у једној од својих одлука, Суд стао на становиште да „није прихватљив захтјев Клуба делегата бошњачког народа у Вијећу народа Републике Српске за утврђивање повреде виталног националног интереса бошњачког народа у Декларацији поводом захтјева за оцјену уставности Закона о празницима Републике Српске пред Уставним

судом Босне и Херцеговине у предмету број У- 3/13, коју је изгласала Народна скупштина Републике Српске под бројем 02/1-021-457/15 од 17. априла 2015. године“, са образложењем да „у конкретном случају, из садржине предметне декларације, као и питања која третира, по оцјени Вијећа, произлази да овај акт не садржи правну норму општег карактера, односно да правно не обавезује субјекте на које се односи. Овом декларацијом се изражава политички став Народне скупштине у погледу одређених питања политичке природе. С обзиром на то да наведена декларација садржи наводе као што су да Народна скупштина сматра, истиче, наглашава, потврђује, позива, обавезује и сл., Вијеће је утврдило да наведена декларација ни по садржини ни по форми нема карактер општег правног акта“.³⁹

Такође, Суд је стајао на становишту да су то само општи правни акти. Међутим, одлуком број УВ-1/09 од 27. маја 2009. године стао је на становиште да то могу бити и „појединачни правни акти које доноси Народна скупштина Републике Српске уколико се акт односи на витални интерес једног од конститутивних народа.“⁴⁰ Таква пракса Суда је настављена, што је видљиво из, на примјер, рјешења бр. УВ-3/15, којим је утврђено да је прихватљив захтјев Клуба делегата бошњачког народа у Вијећу народа Републике Српске за утврђивање повреде виталног националног интереса бошњачког народа у Одлуци о избору чланова у Регулаторну комисију за енергетику Републике Српске...“⁴¹

Посебна надлежност Уставног суда Републике Српске која се односи на „питања имунитета, која проистичу из закона којима се уређује имунитет у Републици Српској“, како је то прописано чланом 115 Устава,⁴² није посебно прецизирана Законом о Уставном суду Републике Српске, а Уставни суд у својој досадашњој пракси није одлучивао у њеном оквиру, тако да остаје да се у будућности, кроз судску праксу, односно тумачење Устава и закона од стране Уставног суда, установе стандарди одлучивања у оваквим предметима. Иначе, питањима имунитета Уставни суд Републике Српске бавио се у оквиру редовне контроле уставности и законитости као што је био случај у предметима У-24/96, У-18/99, У-38/10 и У-42/12.⁴³ У прва два предмета Суд је одлучивао о уставности

³⁹ Одлука Уставног суда Републике Српске бр. УВ-1/15, Билтен Уставног суда Републике Српске бр. 20, Бања Лука, 2016, 541–542.

⁴⁰ Билтен Уставног суда Републике Српске бр. 14, Бања Лука, 2010, 270.

⁴¹ Билтен Уставног суда Републике Српске бр. 20, Бања Лука, 2016, 555.

⁴² Устав Републике Српске, исто.

⁴³ Билтени Уставног суда Републике Српске бр. 1-5, 1999, 60–62; бр. 6, 2000, 43–45; бр. 16, 2012, 317–321, бр. 18, 243–247.

и законитости статута јединица локалне самоуправе, а у друга два о уставности закона. У свим овим случајевима Суд је утврдио постојање повреде начела уставности и законитости.

4. Закључна разматрања

Из напријед наведеног можемо закључити да посебне надлежности уставних судова нису неуобичајена појава и да су присутне у готово свим уставним рјешењима. То говори о њиховом значају и њиховој улози у остваривању начела уставности и законитости. Такође, може се примијетити да се оне разликују од једног до другог уставног рјешења. Међутим, неке од њих су готово уобичајене. Када је ријеч о оваквим надлежностима Уставног суда Републике Српске, може се примијетити да у постојећим уставним рјешењима неке од њих нису заступљене или су заступљене само дјелимично. То су, на првом мјесту, надлежности које се односе на заштиту људских права и основних слобода, укључујући ту и заштиту изборних права као и заштиту изборних процеса уопште. Међутим, с обзиром на чињеницу да те надлежности има Уставни суд Босне и Херцеговине (кроз његову апелациону надлежност), оваква уставна рјешења се могу прихватити, истина само дјелимично. Наиме, стандард контроле у поступку пред Уставним судом Босне и Херцеговине јесте Устав Босне и Херцеговине, Европска конвенција о људским правима и основним слободама, као и читав низ међународних конвенција из Анекса I на Устав Босне и Херцеговине. Међутим, уставна рјешења (у овом домену) из Устава Босне и Херцеговине и Устава Републике Српске нису идентична као ни стандард контроле, па би било логично да Уставни суд Републике Српске има одређене надлежности и у оквиру овог простора.

Када је ријеч о контроли рада политичких странака и удружења грађана, сматрам да и ту постоји одређена празнина, односно да је потребно ту надлежност Уставног суда Републике Српске регулисати на другачији начин, односно онако како је то уобичајено у оквиру посебних надлежности других уставних судова, о чему је било ријечи. Надлежности које се односе на одговорност шефа државе, у овом случају ентитета, и других високих ентитетских функционера такође није дата Уставном суду Републике Српске, што би свакако било нужно. И на крају, надлежност која се односи на питања имунитета потребно је уставом

подробније регулисати. Наравно, све ово требало би се имати у виду уколико Република Српска уђе у процес доношења новог устава, о чему се у последње вријеме често говори и што се, на неки начин, најављује. На овај начин би се побољшао механизам заштите начела уставности и законитости, односно заштите самог устава, што је основна надлежност Уставног суда Републике Српске.

Литература

Вељовић, Ђукић, З., „Уставно судска заштита изборног права“, *Правни живот*, 12/95.

Николић, П., „Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима – скица за студију“, *Правни живот*, 12/95.

Пајванчић, М., „Уставни суд и оптужбе против највиших државних функционера“, *Правни живот*, 12/95.

Пајванчић, М., „Устав као мерило оцене уставности закона“, *Правни живот*, 12/1998.

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

Савић, С., *Оцјена уставности и законитости*, Бањалука, 2015.

Срдић, М., *Правна заштита пред Уставним судом*, Београд, 1993.

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

Стојановић, Д. М., *Уставно право*, књ.2, Ниш, 2006.

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

Favoreau, L., Gaia, P., Ghevontian, R., и др., *Droit constitutionnel*, Paris, 1999.

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

Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 1-5, Бањалука, 1999.

Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 6, Бањалука, 2000.

Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 14, Бањалука, 2010.

Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 16, Бањалука, 2012.

Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 18, Бањалука, 2014.

Билтен Уставног суда Републике Српске, бр. 20, 2016.

Устав Републике Српске, Народна скупштина Републике Српске, интегрални текст, Бањалука, 2014.

Устав СРЈ, „Службени лист СРЈ“ бр. 36/92.

Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 98/06.

Устав Републике Хрватске, „Народне новине“, бр. 56/90; 135/97; 113/00; 28/01; 76/10; 5/14.

Закон о Уставном суду Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 104/11 и 92/12.

SPECIAL COMPETENCIES OF THE REPUBLIC OF SRPSKA CONSTITUTIONAL COURT

Academician Professor Snežana Savić, PhD*

***Abstract:** In addition to regular, usual competencies, constitutional courts in most of the countries, have some special competencies. Most often, they are related to deciding on competencies conflicts, formal accusations against the president of the state or other public officials, requests to dismantle or ban political parties cases, electoral disputes, political representatives' mandates validity, constitutional human rights protection, legality and constituency issues monitoring, constitutional interpretation, presidential inability etc. These competencies are not that much analysed or discussed, although they appear to be equally important when compared to the regular competencies. This paper deals with this kind of constitutional courts competencies, paying attention to the special competencies of the Republic of Srpska Constitutional Court. The Author analyses both the legislative and the case-law aspect during the period from 2000 to 2018.*

***Key words:** constitution, constituency, legality, constitutional court, the Republic of Srpska Constitutional Court, special competencies*

* Vice President of the Republic of Srpska Constitutional Court

УДК 341.382(771 Dayton) “1995“

doi 10.7251/PR5418033D

Оригинални научни чланак

ДЕЈТОНСКА БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА И ЊЕН УСТАВ – ПРОБЛЕМИ У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ –

Проф. др Миле Дмичић*

Апстракт: У овом раду сагледани су дејтонска босанскохерцеговачка држава и њен устав у свјетлу теоријских и практичних аспеката међународног мировног споразума и уставних промјена у Босни и Херцеговини. Тежиште је на њеном унутрашњем уставноправном моделу, постепеном и нормалном процесу у даљем конституисању и функционисању државе и друштва. Основни услов за то су очување дејтонских рјешења и претходно утврђени циљеви, садржај и обим њихових евентуалних промјена, обезбјеђење пуног консензуса двају ентитета и трију равноправних конститутивних народа и уважавање Уставом утврђеног поступка уставних промјена.

Све то подразумејева да се задржи и очува утврђени уставноправни статус, територијални интегритет и равноправност ентитета, што претпоставља пуна сагласност, повјерење и равноправност конститутивних народа, грађана и осталих.

Истовремено, потребно је успостављање и одржавање искреног дијалога, отвореног и заједничког односа и разумијевања о свему ономе што је претходило дејтонским рјешењима у Босни и Херцеговини и што подразумејева и оправдава њихову пуну имплементацију.

Кључне ријечи: међународни мировни споразум, Општи оквирни споразум за мир у БиХ, устав, држава, ентитет, реформе, конститутивни народ, ентитетски и витални интерес, уставне промјене.

* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Булевар војводе Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука, e-mail: mile.dmicic@pf.unibl.org

Уводно разматрање о међународним мировним споразумима

Ратни и политички сукоби међународног или локалног карактера завршавају се, по правилу, мировним споразумима или уговорима.¹ То се, углавном, чини посредством међународног фактора, најчешће великих сила – међународних или регионалних организација. Таква врста међународних споразума или уговора спада у ред веома чврстих аката, јер нису подложни брзом, а посебно неовлашћеном мијењању. На такве врсте уговора, односно споразума, у цјелини се односи стара правна максима и општи принцип међународног права „*pacta sunt servanda*“², према којој се сви морају држати и проводити их, а не мијењати.³ То је уставни захтјев, јер су међународно право и Устав БиХ нераздвојиво повезани поријеклом и статусом Устава, као међународног споразума (Анекс 4), и статусом различитих споразума о људским правима у складу са чланом 2 Устава.⁴

Начин, циљеви и садржај међународних споразума или уговора потврђују, у великој мјери, константност њихових политичко-правних рјешења. Балканске земље су након честих локалних или свјетских сукоба – ратова, устанака, револуција – добијале споразуме односно уговоре о миру са далекосежним државноправним посљедицама, као што су Берлински уговор, Санстефански уговор, Рапалски уговор, Версајски уговор и други.⁵

¹ М. Дмичић, В. Којовић, „Политичко-правни аспекти међународних мировних споразума и уставне промјене у Босни и Херцеговини“, АНУРС, Бања Лука 2007, стр. 157–180; Балкански уговорни односи 1876–1996, II том, Београд, 1998.

² „*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 у доброј вјери.“ Вид. Б. Кривокапић, *Лексикон међународног права*, Радничка штампа и Институт за упоредно право, Београд, 1998, стр. 329.

³ Навешћемо неке од најзначајнијих међународних уговора и споразума:

Бечки конгрес, одржан 1815. године у Бечу, Уговор из Константинопоља, закључен 1832. године, Санстефански уговор, закључен 1878. године, Берлински конгрес, одржан 1878. године, Лондонски споразум, закључен 1913. године, Букурешки споразум, из 1913. године, Версајски уговор, закључен је 1918. године, Тријанонски уговор, закључен 1920. године, Париски мировни уговори, закључени 1947. године, Уговор из Сан Франциска, закључен 1951. године, Споразум о аустријској држави, закључен 1955. године, Париски мировни уговор, закључен 1973. године, Израелско-египатски мировни споразум, закључен 1979. године.

⁴ М. Н. Симовић, *Могућности за промјену Устава БиХ у контексту примјене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, зборник радова „БиХ петнаест година након Дејтона“, Сарајево, 2010, стр. 87.

⁵ Вид. В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007, *Балкански уговорни односи 1876–1996*, Београд, 1998.

Босанскохерцеговачка државност и уставност

С обзиром на то да није било довољно сагласности да се усвоји било које од понуђених рјешења која су се односила на будући државноправни статус раније Југославије и БиХ у оквиру југословенске федерације, као тада јединог субјекта међународног права, започео је процес признавања појединих држава „...условљен политичком констелацијом односа и одређеним интересима (економске, војне или политичке природе) и као такав постаје све више политички, а све мање правни акт.“⁶

Са распадом друге југословенске државе пропао је и пројекат Босне и Херцеговине као „Југославије у малом“.

Једностраном одлуком представника бошњачког и хрватског народа, без сагласности српског народа као државотворног, Босна и Херцеговина се прогласила самосталном, сувереном и јединственом државом.

Међународно признање новоствореног босанскохерцеговачког дијела раније југословенске федералне јединице имало је декларативно, а не конститутивно значење, којим је добило свој нови статус. Тако су распад и дисолуција Југославије утицали на процес дисолуције БиХ, па је и интервенција међународне заједнице тиме правдана као неопходна за рјешавање државног статуса БиХ и међунационалних односа у њој.

Уставноправни модел БиХ није резултат само мировних преговора и коначно постигнутог дејтонског споразума, него и четворогодишњих активности током „трагичних сукоба у региону“ и мировних планова, уз стално присуство и ангажовање међународне заједнице, почев од Кутиљеровог, преко Венс–Овеновог, Овен–Столтенберговог, Вашингтонског, плана Контакт групе, Женевског, Њујоршког до Дејтонског мировног споразума. У основи, рјешења најповољнијег модела државног уређења за БиХ била су могућа и прихватљива само у смислу сложеног, федерално-конфедералног, а не централизованог и унитарног модела државе и друштва.⁷

Општи оквирни споразум за мир у БиХ (Дејтонски мировни споразум), на основу начела утврђених Женевским и Њујоршким споразумом (септембар 1995), постигнут је и парафиран 21. новембра 1995. године у Дејтону, у држави Охајо (САД), а потврђен и потписан 14. децембра

⁶ Љ. Мијовић, *Нека од питања међународноправног субјективитета Републике Српске*, Зборник реферата са научног скупа „Изградња и функционисање правног система Републике Српске“, Бања Лука, 1997, стр. 124.

⁷ Р. Кузмановић, *Бесједе – прилог афирмацији науке и умјетности*, Бања Лука, 2016, стр. 309.

1995. у Паризу, када је и ступио на снагу. Уз Дејтонски мировни споразум утврђено је још 11 анекса, који представљају битне конститутивне акте. Међу њима, најважнији је Анекс IV – Устав БиХ, односно њен највиши општи правни акт, којим је „...потврђено уставноправно уређење државе, према којем се БиХ састоји од два равноправна и јединствена ентитета као конститутивних и државотворних јединица – Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине“.⁸ Дејтонски мировни споразум прихватиле су све три стране у БиХ, а овјерен је од стране пет великих сила⁹ и двије сусједне државе, Србије и Хрватске.

Процес формирања Републике Српске текао је истовремено са процесом рјешавања статуса БиХ. Република Српска, правно и фактички је настала 1992. године, као израз воље српског народа у БиХ, с „циљем да осигура право да самостално одлучује о својој судбини, свом политичком, економском, културном и сваком другом развоју, односно о свим суштинским питањима важним за живот народа.“¹⁰ Федерација БиХ¹¹, настала на основу Вашингтонског споразума (1994), склопљеног прије Дејтонског мировног споразума, има сложен облик уставног уређења, јер се састоји од десет кантона. Специфичност БиХ је и у томе што се, осим од два ентитета, састоји и од Брчко дистрикта БиХ, чији је статус посебан, због чега се понекад истиче да је ријеч о „трећем ентитету у БиХ“. Брчко дистрикт БиХ се актима о његовом проглашењу одређује као „...јединствена административна јединица локалне самоуправе која је под суверенитетом Босне и Херцеговине“.¹² Однос између Брчко дистрикта и институција БиХ и ентитета може се уредити законом који доноси Парламентарна скупштина БиХ.

⁸ М. Дмичић, *Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине*, Зборник радова са научног скупа „Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума“, АНУРС, Бања Лука, 2005, стр. 158.

⁹ Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини потписали су Босна и Херцеговина, Савезна Република Југославија и Република Хрватска, као уговорне стране и свједоци – представници Европске уније, Република Њемачка, Руска Федерација, Република Француска, Велика Британија и Сједињене Америчке Државе.

¹⁰ П. Кунић, *Република Српска – држава са ограниченим суверенитетом*, Бања Лука, 1997, стр. 72.

¹¹ Доношење Устава Федерације БиХ, 30. марта 1994. године, израђеног на темељу Вашингтонских споразума од 18. марта 1994, а договореног на међународној конференцији у Бечу и затим прихваћеног од Уставотворне скупштине, био је још један покушај да се примјеном сложеног федеративног устава ријеше сукоби интереса конститутивних народа, Хрвата и Бошњака, и ранија унитарна држава преобрази у федерацију. Вашингтонски споразум садржавао је и оквирни споразум о будућој конфедерацији Федерације БиХ са Републиком Хрватском.

¹² Статут Брчко дистрикта БиХ – пречишћени текст, члан 1 (1) („Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“ бр. 17/08 и 39/09).

Постојећи уставноправни систем Босне и Херцеговине зајемчен је њеним Уставом.¹³

Дејтонски мировни споразум један је од најбољих међународних споразума постигнутих у новијој свјетској историји, на истеку двадесетог вијека. БиХ је успостављена као сложена држава коју чине два равноправна државотворна ентитета и три конститутивна народа.¹⁴ „Све државне функције и надлежности које Уставом БиХ нису изричито дате институцијама БиХ, припадају ентитетима“.¹⁵

Очување и спровођење дејтонских рјешења, обезбјеђење напретка, обнова повјерења и помирење међу народима и грађанима, што је обавеза и одговорност и домаћих и међународних субјеката, уз веће или мање тешкоће – могуће је.

Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини

Дејтонски мировни споразум, са Уставом, одговорио је на два највећа и најзначајнија захтјева: прво, да се, без одлагања, зауставе ратни сукоби, и друго, да се прихваћеним уставним поретком обезбиједи дугорочнија стабилизација стања у БиХ.¹⁶ Високи представник нема никаква законодавна, извршна нити наредбодавна овлашћења нити овлашћење за смјењивање или постављање лица, а посебно доношење закона и других прописа умјесто легалних и легитимних органа и

¹³ З. Миљко, *Уставно уређење Босне и Херцеговине*, Загреб, 2006, стр. 51. Према овом аутору, Устав БиХ „...од ступања на снагу добио је називе, као што су: ‘октроисани’, ‘семантички’ и сл. Многи су у њему видјели конфедералне елементе одричући му и само значење државног устава (З. Шаркић). Бројни домаћи и страни писци називају га ‘уставном илузијом’, ‘уставом сегментираних државе’ или пак ‘унија самосталних политичких ентитета са заједничком средишњом влашћу’“.

¹⁴ У Преамбули Устава БиХ, посљедњи став гласи: „...Бошњаци, Хрвати и Срби, као конститутивни народи (у заједници са осталима) и грађани БиХ овим утврђују Устав БиХ“.

¹⁵ Такође. Одлука Уставног суда БиХ у предмету: У-5/98 III од 1. јула 2000. године („Службени гласник БиХ“ број: 23/00). У циљу провођења ове одлуке потписан је споразум о њеном провођењу (2002), којим су предвиђени механизми, поступци и процедуре за заштиту виталних националних интереса.

¹⁶ Члан III 3.1) Устава БиХ, члан 3 Устава Републике Српске и члан I „Успостављање Федерације“ (1) и (2) Устава Федерације БиХ.

¹⁶ Постоје бројна, веома различита мишљења о дејтонској БиХ: не постоји заједнички политички идентитет; видљив је етнички, културни, национални и идеолошки антагонизам; да је пропашћу демократске Југославије пропао и пројекат „дејтонске БиХ“; да у оваквим околностима постоји стална дилема хоће ли и до када опстати.

институција БиХ и ентитета.¹⁷ Као посебан облик сложене државе, односно заједнице, БиХ се налази под савременим обликом међународног протектората. Међутим, неопходно је имати у виду, како истичу неки аутори, бојазан за судбину Дејтонског мировног споразума у смислу да су „...амерички правни стручњаци унапријед рачунали с могућношћу да поједине кључне одредбе Дејтонског споразума тумаче и примењују како у потоњим околностима нађу за сходно, независно од пристанка самих страна уговорница“.¹⁸

Промјене дејтонских рјешења су чињене, и даље се чине у пракси, јер се стално изналазе услови и разлози да се споразум *de facto* мијења у интересу, у првом реду, бошњачке стране. И лидери хрватског народа инсистирају на промјенама дејтонских рјешења, јер су против двоентитетског уређења, наглашавајући да су тако маргинализовани као конститутивни народ, нарочито у Федерацији БиХ.¹⁹ 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 овај споразум на штету ентитета и уставног уређења земље.

Дејтонски мировни споразум, иако је измијењен одлукама високог представника или његовим притиском на ентитете, што је вршено по три основа: промјене надлежности институција БиХ, промјене у институционалном систему и промјене у уставном систему ентитета, и које су супротне аксиому *pacta sunt servanda*, и даље је темељ конституције БиХ и ентитета. Али, када је ријеч о овом споразуму и статуту Републике Српске у оквиру БиХ „...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 самоопредјелјење и тада у тој празнини сама ће слободно одредити свој политички, економски, културни и социјални статус... Дејтонски мировни споразум је акт ниже хијерархије који се има поштовати као *lex specialis*, који не сме бити у супротности са *lex generalis*, али кад њега више нема, онда нема друге

¹⁷ М. Пилиповић, *Устав БиХ – нормативно и стварно*, Бања Лука, 2008, стр. 121–125.

¹⁸ К. Чавошки, *Од слова до духа Дејтона*, Српско Сарајево, 1999. стр. 7.

¹⁹ Вид. 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 отцјепљењем Социјалистичке Републике Словеније, Хрватске па и Македоније и њиховим конституисањем као самосталних, у основи националних држава, учинио је апсурдним постојање БиХ у ранијем мултиетничком саставу и положају“.

него се враћати на акте више хијерархије и највише хијерархије, а то су конвенције Уједињених нација. Према томе, да закључимо ...ми се морамо борити правним аргументима и свим правним средствима за очување тог темеља овакве конституције државе.²⁰

Обавеза је свих страна уговорница, међународне заједнице, да поштују слово овог споразума, као трајног и свеобухватног рјешења сукоба и државног уређења БиХ.²¹

Неопходно је постићи оптималну мјеру између онога што представљају општи и посебан интерес два ентитета и три конститутивна народа и заједнички интерес свих народа и грађана у БиХ.²² О томе се морају рјешења и одговори наћи у њој самој. Све одлуке морају се доносити сагласношћу и компромисом, посебно у процесу европских интеграција, примјеном постојећих механизма одлучивања, уз заштиту ентитетских и виталних националних интереса конститутивних народа, грађана и осталих.²³ Равноправност ентитета, остваривање њихових уставних надлежности и досљедно поштивање начела о подјели надлежности између заједничких органа и ентитета кључно је питање организације, структуре и функционисања државе.

Постајање, развој и функционисање БиХ мора уважавати њену мултинационалну, мултикултуралну и мултиконфесионалну особеност, историју и традицију, ентитетску заступљеност те гласање и механизме заштите виталног националног интереса. Ови принципи су уставноправно обавезујући, на њима се заснивају институционална организација, структура и функционисање укупног друштва и државе БиХ.

²⁰ С. Перовић, Ријеч на Савјетовању „Октобарски правнички дани”, *Правна ријеч*, часопис за правну теорију и праксу, Бања Лука 30/2011, 25.

²¹ Вид. Н. Чомски, *Контролисана демократија*, ЦИД Подгорица 1999, стр. 432.

Процеси транзиције, демократизације и тражења одговарајућег уставноправног модела БиХ могуће је посматрати у контексту оцјене стања у свијету на почетку овог вијека кога овај аутор карактерише да се „...преферисање сасвим природно арена силе као и мјере економског рата и притисака...“.

²² Види: З. Сеизовић, *Конститутивни народи и уставне промјене*, Сарајево, 2008, стр. 169. Аутор истиче да термин конститутивност потиче од латинске ријечи *constitutio*, што значи „уређење“. Ријеч *constitutus* значи „сздан“. Зато, термин „конститутиван“ би се, у духу језика конститутивних народа, могао превести са „творан“, „створитељски“, или дескриптивно речено „онај који нешто твори, чини“. При томе, истиче, да је витални национални интерес жива материја, односно процес прожет вишеструким нитима бројних „референци“, дакле, различитих потреба, стремљења, активности на уважавању онога што чини, односно од чега се састоји стварни или претпостављени национални интерес.

²³ „Остали“ односно националне мањине су: Албанци, Италијани, Јевреји, Мађари, Македонци, Нијемци, Пољаци, Роми, Румуни, Русини, Словаци, Словенци, Турци, Украјинци, Црногорци, Чеси.

Република Српска је, путем Народне скупштине као највишег народног представничког, уставотворног и законодавног органа, потврдила своју посвећеност провођењу, поштивању и очувању дејтонских рјешења, чиме је потврђена и њена оријентација и приврженост испуњавању услова на путу Босне и Херцеговине ка чланству у Европској унији.

Обавезност консензуса о државном и друштвеном уређењу Босне и Херцеговине

Садашњи уставноправни систем земље зајемчен је њеним Уставом.²⁴ Њена специфичност као сложене државне заједнице је у томе што се, осим од два ентитета, она састоји и од Брчко дистрикта БиХ, чији је статус посебан, због чега се често истиче да је ријеч о „трећем ентитету БиХ“. Један од њених ентитета, Федерација БиХ, такође има сложен облик уставног уређења, јер се састоји од десет кантона. Она је уређена по Вашингтонском споразуму, донесеном прије Дејтонског мировног споразума. Надаље, нерационалност организације 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 коалиција против српског народа. Оваква ситуација у цјелини, као и одлучујућа улога „међународне заједнице“ у БиХ, одражавају се, између осталог, и на правни поредак ове сложене државне заједнице, за коју неки аутори сматрају да је она као „...симболична творевина, циљ међународне заједнице, али не и као држава властитих народа нити држава коју су они створили...“.

Државно уређење БиХ могуће је посматрати са аспекта организације и функционисања њених институција и односа државе са ентитетима који је чине, с циљем одређивања његове правне природе, специфичности у односу на друге моделе сложеног федералног или конфедералног уређења и еволуције коју је доживјела у послиједејтонском периоду.²⁵ При томе, тежиште је на Уставу БиХ (Анекс 4). „...Премда

²⁴ Види шире: Анекс IV – Устав БиХ; Касим Трнка, Неђо Миличевић, Миодраг Н. Симовић, Миле Дмичић, *Коментар Устава Федерације БиХ и Републике Српске*, Центар за промоцију цивилног друштва, Сарајево 2004.

²⁵ Вид. Ж. Папић, *Босна и Балкан – могућности и услови опоравка*, Сарајево 2002, 141. Аутор је, говорећи о три битна проблема Босне и Херцеговине, поред осталог истакао да је Дејтонски

међународни уговор, Дејтонски устав је, по свом дејству и примјени, постао акт унутрашњег, уставног права. Ријеч је о октроисаном уставу, који ни формално нису усвојиле институције БиХ.²⁶

Анализа организације, надлежности и међусобних односа институција БиХ и ентитета након њихових неформалних реформи, односно преноса надлежности са ентитета на ниво државе, врши се еволуција БиХ у сложену, федералну државу *sui generis*.

Незаобилазне су, при томе, и сљедеће чињенице:

– у току „ратних сукоба у региону“ и у БиХ су формиране три ограничено суверене (међународно непризнате) националне државе, које су настале фактичким путем, као резултат одређене политике и оружаних сукоба,

– нови уставни систем БиХ проистекао је из међународног уговора, односно споразума, у чијем су настанку и успостављању грађани БиХ имали занемарљиву улогу,

– Устав је регулисао да је БиХ држава са сложеним обликом државног уређења и владавине, у којима су изражени елементи федерализма и конфедерализма, а уставноправна рјешења садрже доста недоречености, правних празнина и института који су непознати у теорији и пракси сложених држава и у упоредном уставном праву и политичким системима.²⁷

Босна и Херцеговина је суверена држава само нормативно, али не и стварно, због улоге институција међународне заједнице, мада то не проистиче из њеног устава.

Уз све њене специфичности, она је, у основи, сложена држава, с тенденцијом доградње њеног уставноправног система и истовремено појаве, односно наглашене тежње за елементима унитаризма и централизације.

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

мировни споразум зауставио рат и отворио мировни процес у БиХ, али да Устав БиХ, који је дио овог споразума, изражава логику тог мировног споразума а не логику „нормалног“ устава и који не гарантује развој модерног, цивилног друштва.

²⁶ В. Петров, Д. Симовић, *Функције модерног устава: Пример Дејтонског устава*, Симпозијум: Дејтонски мировни споразум и будућност БиХ, Академија наука и умјетности БиХ, Сарајево, 2016, стр. 80 и даље.

²⁷ Вид. Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, ЈП Службени гласник, Београд и University press, Сарајево, 2012; „Босна и Херцеговина петнаест година након Дејтона“, *Зборник радова ФПН*, Сарајево 2010. и др.

Транзицијски карактер Устава Босне и Херцеговине

Устав БиХ је „...ушао у правни живот заједно с једним међународним споразумом, и то као његов дио... Он се, након ступања на правну снагу, примјењује као акт домаћег права, којег мијења Парламентарна скупштина БиХ као уставотворна власт, а не потписнице Дејтонског мировног споразума.“²⁸ Међутим, и са формалног и са материјалног аспекта, Устав БиХ је непознат у досадашњој уставноправној теорији и пракси. Посебност у формалном смислу се огледа у начину настанка овог устава. Он није настао као резултат одређене политичке воље и учешћа грађана БиХ и са примјеном процедура које би му дале демократски легитимитет (народи и грађани нису имали никакву улогу у доношењу устава, устав није ратификован у парламенту, неизабрани међународни представник може да игнорише представнике народа). Устав је производ воље међународне заједнице и резултат компромиса представника сва три народа.²⁹ У материјалном смислу, између осталог, посебност се огледа у томе да је Уставом БиХ одређено да се „...држава састоји од два ентитета, са разграниченим надлежностима између ентитета и институција БиХ“.³⁰

Устав БиХ је устав транзиције, урађен по мјери и моделу новог свјетског поретка. Поред осталих, о даљој правној судбини Устава постоји и мишљење да он не врши своје основне функције и не обезбјеђује економску, културну и конвенционалну интеграцију, политичко јединство заједнице, функцију уређења, стабилизације, интегративног учинка, рационализације и заштите.³¹ Зато, свако приступање промјени овог Устава би морао бити „...подухват којим се они који владају, као и сами грађани, препоручују сопственом оданошћу суштинским вриједностима у датом друштву, својом зрелошћу, знањем, умијећем и разумијевањем.“³²

Уставом³³ је, поред осталог, утврђено да дотадашња „Република Босна и Херцеговина, чије је званично име од сада ‘Босна и Херце-

²⁸ Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд–Сарајево 2012, стр. 71.

²⁹ С. Савић, *Конститутивност народа у БиХ*, Правна природа преамбуле, Бања Лука, 2000, стр. 55; Р. Кузмановић, *Уставно право*, Правни факултет, Бања Лука 2002, стр. 305–306.

³⁰ Р. Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука 2002, стр. 306–307.

³¹ Е. Шарчевић, „Дејтонски устав: Карактеристике и карактеристични проблеми“, фондација „Конрад Аденауер“, Сарајево 2009, стр. 61.

³² D. Johnstone, *Nato and the New World Order*, London 2000, стр. 14.

³³ Устав Босне и Херцеговине, у књизи: В. Поповић, В. Лукић, *Документи Дејтон–Париз*, Бања Лука, 1997, стр. 72–73.

говина', наставља своје правно постојање по међународном праву као држава, са унутрашњом структуром измијењеном овим Уставом и са постојећим међународно признатим границама... Она ће се састојати од два ентитета: Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске³⁴. Дакле, Дејтонским мировним споразумом, односно Уставом БиХ, нестале су све дотадашње државне творевине: Република БиХ и Хрватска Република Херцег-Босна – само су остале Федерација БиХ (1994) и Република Српска (1992), које су створиле Босну и Херцеговину као „...фактички постојеће, мада међународно непризнате државе“.

Прокламовано је асиметрично уређење³⁵ што се посебно види у расподјели надлежности³⁶ између институција БиХ и ентитета у структури, начину избора, карактеру мандата и статусу функционера, као и у веома компликованом начину одлучивања у заједничким институцијама, нејасноћи тзв. допунских надлежности, неповољној структури и начину одлучивања у заједничким органима и институцијама, а посебно у Уставном суду БиХ.³⁷ Првенствено, у том оквиру, остваривање усвојеног модела подјеле надлежности између институција БиХ и ентитета представља средишње и веома комплексно питање. Тако се, посебно „из расподјеле надлежности нове сложене државе јасно види да је нова држава основана на међународном праву (чл. II Устава), а не на државном...“³⁸

Члан 2 „Продужење закона“ Анекса II на Устав БиХ гласи: „Сви закони, прописи и правила који су на снази на територији Босне и Херцеговине у тренутку ступања на снагу овог устава остаће на снази у оној мјери у којој нису у супротности са Уставом, док друкчије не одреди надлежно државно тијело БиХ“.

Ентитети су, у ствари, двије државе са ограниченим суверенитетом, које имају два различита правна, политичка и економска система, унутрашњи суверенитет, линију разграничења, територијални интегри-

³⁴ Види шире: Р. Кузмановић, Зборник радова „Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета“, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2000.

³⁵ Г. Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, Београд–Сарајево, 2012, стр. 81.

³⁶ Радомир В. Лукић, *Прилог расправи о подјели надлежности између институција БиХ и ентитета*, Зборник реферата са округлог стола „Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета“, Академија наука и умјетности Републике Српске, 1999, стр. 42, и напомиње „да је то двочлано уређење асиметрично, јер Република Српска има сасвим другачији облик државног уређења од Федерације БиХ.“

³⁷ Види: П. Кунић, „Уставни суд БиХ“, у књизи: *Промјене Устава БиХ, pro et contra*, Бања Лука, 2015, 83–106.

³⁸ Види шире: Р. Кузмановић, Зборник радова „Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета“, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2000.

тет, легализовану војску, полицију и друге институције, које имају самосталне и суверене државе у свијету.³⁹ Примијењена су два сасвим различита и супротна облика унутрашњег уређења – федеративно и унитарно, прво изузетно децентрализовано, а друго централизовано. Неопходно је нагласити да је Устав БиХ прихватио рјешење по коме је претпоставка надлежности у корист ентитета.

Устави морају бити прихваћени као основни и највиши општи правни акти којима се вјерује, којима се стварно жели њихова примјена, који су донесени у демократској процедури, који су општеприхваћени и ближи тежњама и спремности друштвених снага. Зато су непотребни стални захтјеви за мијењање Устава БиХ, његово тумачење и објашњење, што његово остваривање чини видно ограниченим и неизвјесним. То се одражава и на стање у којем се бројне правне норме, посебно тзв. „крвни закони“ БиХ, а који су већином и наметнути, са тешкоћама и неконзистентно проводе.

БиХ као држава још увијек се конституише.

Устав БиХ је „у ствари мултилатерални међународни уговор”.⁴⁰ И за нашу стварност, реалан и добар устав је „када он одговара стварном стању, реалним односима сила које у земљи постоје. Дакле, само овакви устави могу бити, истински, оствариви – они живе у пракси.”⁴¹

Европске интеграције захтијеваће и одређену доградњу уставноправног уређења БиХ. Међутим, нису прихватљива становишта по којима, да би се процес уставне транзиције привео крају, главни изазов ће бити како интернализирати Устав БиХ, а један од првих корака могао би бити одредба о ЕУ интеграцији, коју треба укључити у Устав⁴², односно у будућа уставна рјешења укључити тзв. „европску клаузулу“. Том кораку уставним промјенама потребно је да претходи да се БиХ стабилизује и учврсти свој уставни поредак на дејтонским рјешењима, што значи да ће ова држава остати сложена и да су њени ентитети државотворне јединице без којих она не би могла ни опстати нити функционисати као државна заједница.

³⁹ П. Кунић, *Република Српска држава са ограниченим суверенитетом*, Бања Лука 1997, 10.

⁴⁰ М. Поповић, *Правна природа Републике Српске*, Научни скуп: Изградња и функционисање правног система Републике Српске, Бања Лука 1977, 54.

⁴¹ Р. Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука 2002, 65.

⁴² Ј. Woelk, *Балансирање идеје „Уједињени у различитости“*, *Федерализам и уставна реформа у БиХ*, у Зборнику „БиХ петнаест година након Дејтона“, Сарајево, 2010, стр. 47–75.

Подјела надлежности и неоправданост преноса са институција Републике Српске на институције Босне и Херцеговине

Као сложена држава *sui generis*, коју чине два ентитета: Федерација БиХ и Република Српска, БиХ не испуњава ни све федералне ни конфедералне стандарде, што најбоље свједочи уставни положај ентитета.⁴³

Надлежности институција БиХ и ентитета утврђене су непосредно Уставом⁴⁴ и то – прве методом позитивне енумерације, а друге – принципом генералне клаузуле, односно пресумпцијом надлежности у корист ентитета, тако да све државне функције и овлашћења која Уставом нису изричито дати институцијама БиХ, припадају ентитетима.⁴⁵ Устав БиХ има још двије значајне, али проблематичне и деликатне одредбе. Првом (под насловом „Координација“) омогућава се надлежност БиХ (III, 4), а другом (под насловом „Допунске надлежности“) омогућава се БиХ преузимање одговорности за све друге послове о којима се ентитети сагласе, затим за послове из анекса од пет до осам, и то за послове неопходне за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног субјективитета БиХ, а за чије обављање се могу образовати и додатне институције.⁴⁶ Све ово само потврђује тенденцију да се надлежности БиХ шире на рачун надлежности Федерације БиХ и Републике Српске.

Додатне надлежности посебно су проблематично и осјетљиво питање, јер озбиљно ремете Уставом утврђену равнотежу између државотворних субјеката у БиХ и посебно стимулишу тенденцију централизације и унитаризације. Такође, оне су извор и за даље проширивање надлежности и умножавање институција БиХ, јер је и по том основу донесено низ нових закона, других прописа и општих правних аката, као и успостављен велик број нових, додатних институција – министарстава, завода, агенција на нивоу БиХ, па и њихових подручних органа у ентитетима.

У циљу сачувања дејтонских рјешења, утврђене равнотеже између државне заједнице и ентитета, упитан је даљи пренос овлашћења, а намећу су и озбиљни захтјеви за враћање неких пренесених надлежности, посебно оних које нису дале очекивани ефекат.

⁴³ А. Фира, *Уставно право Босне и Херцеговине*, Нови Сад, 2002, стр. 73 и даље.

⁴⁴ Устав Босне и Херцеговине, члан III, Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у БиХ, Документи Дејтон–Париз, Бања Лука, 2002, стр. 68–80.

⁴⁵ Члан III, 3, а) Устав Босне и Херцеговине.

⁴⁶ Члан III, 5, а) Устава Босне и Херцеговине.

У синтези посматрано, могуће је закључити да је доминирајући став да је до преноса надлежности, углавном, долазило директним или индиректним наметањем од стране високог представника, уз дискретну или отворену пријетњу употребом силе према институцијама или функционерима Републике Српске. Зато се оправдано тражи да Народна скупштина Републике Српске и Уставни суд Републике Српске пониште све нелегалне и недемократске делегације и надлежност на нивоу заједничких институција и органа државне заједнице. Дејтонски мировни споразум садржи одредбе којима се регулише организација сложене заједнице, као и подјела надлежности између државе и ентитета.

Неопходно је указати на сву штетност тенденције умањења надлежности ентитета и на императивност захтјева да се обустави ерозија ентитетских надлежности и да се не прихвата ревизија дејтонских рјешења и успостављеног модела сложене државе БиХ са два једнакоправна ентитета – Републике Српске и Федерације БиХ.⁴⁷ У циљу спровођења неопходних реформи, често је долазило до преношења надлежности са ентитетских на државни ниво, што је резултирало и оснивањем великог броја органа и институција БиХ. Иако је до преноса надлежности долазило и сагласношћу ентитетских власти, значајну улогу је имао високи представник и Савјет за имплементацију мира, који су од домаћих власти захтијевали да спроведу реформу у многим областима, што је условило преношење низа послова на државни ниво и оснивање многобројних институција БиХ. У преко 75 случајева пренесена је или преузета надлежност ентитета на институције БиХ, а само у три случаја дата је сагласност у смислу члана III 5 Устава да Парламентарна скупштина БиХ може донијети законе којима се врши пренос надлежности са ентитета на институција БиХ. Стога, евентуалне уставне промјене којима се врши пренос надлежности са ентитета на институције БиХ, или повратак истих, требало би да има карактер уставних промјена, а процедура преноса надлежности била би на начин и по поступку за промјене утврђене Уставом Републике Српске.⁴⁸

⁴⁷ Види шире: Р. Кузмановић, *Нарушавање надлежности између ентитета и БиХ* (стр. 27–35); С. Савић, *О облику државног уређења БиХ* (стр. 70–84); В. Поповић, *Неки аспекти апелационе јурисдикције Уставног суда БиХ у свјетлу подјеле надлежности између институција БиХ и ентитета* (стр. 89–93); П. Кунџић, *Односи између институција БиХ и ентитета у домену јавне управе* (стр. 95–100); М. Симоновић, *Надлежност Републике Српске и ФБиХ у кривичноправној материји* (стр. 101–109) и др.; Округли сто Академије наука и умјетности Републике Српске, књига III, Бања Лука – С. Сарајево, 2000.

⁴⁸ Високи представник донио је одлуку о укидању Закључака Народне скупштине Републике Српске бр. 01-787/09 и бр. 01-788/09, који су донесени 14. маја 2009. године.

Одбрана и заштита Уставом успостављених институционалних односа, уставног статуса БиХ и ентитета, степен њихове самосталности, државности и суверенитета подразумејува континуирано анализирање ефеката пренесених надлежности и (не)оправданости формирања преко седамдесет институција на нивоу БиХ (министарства, агенције, дирекције, заводи, комисије и сл.), као и онемогућавање покушаја мијењања, деградирања и деформисања тих односа противно уставима утврђеном поступку.

Реформски процеси, европске интеграције и евентуалне уставне промјене

На сложеност уставних промјена утиче чињеница да у БиХ постоје два ентитета и три конститутивна народа, грађани и „остали“ и да они изражавају различите и посебне интересе. 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. Политичка пракса, међутим, потврђује да се не ради о демократским процесима, него о тежњама и захтјевима за мајоризацију, дискриминацију и нетолеранцију.

Све то не доприноси очувању и нормалној, ефикасној и самоодрживој организацији и функционисању БиХ. У пракси, она је држава која се састоји од „...два дијела“ (В. И. Клинтон, 1995), у којој постоји међусобно неповјерење и национални и религијски антагонизам. Добија се утисак да њена три конститутивна народа не желе заједнички живот, а „разједињена кућа не може да опстане“ (А. Линколн, 1858). Стога се њен Устав мора чувати за дужи период, све док се не стабилизује стање у земљи и не смире екстремне политичке, националне и религијске страсти. Како је БиХ земља компромиса, уставна реформа је немогућа без договора свих страна о свим питањима па и онима о уставној реформи. Без таквих договора промјене би могле бити извор нових неспоразума, подјела и тензија, а што није жеља народа БиХ. Оцјене о обиму, дometу и дубини уставних промјена код народа и њихових политичких представника су веома различите и крајње противурјечне. Уставне реформе, са правног становишта, немају никакве сметње, али покретање иницијативе за промјену Устава мора почети од за то легитимних субјеката и у Уставом утврђеном поступку.

Уставна и политичка теорија и пракса потврђују да се мора знати када треба покренути промјене, а то је увијек онда када се иде ка бољим, примјенљивијим и од свих субјеката прихваћеним рјешењима. Углавном, досадашње иницијативе за уставне промјене су и биле непотпуне, па и недобронамјерне, а често и утопистичке, јер предвиђају неоствариву државу и тиме руше саме темеље дејтонских рјешења. И даље се у први план ставља укидање ентитета, односно Републике Српске, унитаризација државе, централизација власти и стварање 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.⁴⁹

Ни улазак у евроатлантске интеграције⁵⁰ 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. Уставна реформа, уз реформе које се проводе и које ће се водити, 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.

Постоји и мишљење о томе да преговори са Европском унијом траже институције на државном нивоу са неопходним способностима и стручношћу да рјешавају широк спектар питања. При томе, мора се имати у виду да се уставним промјенама врши и 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”.⁵¹ Разумљиво 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.”⁵²

⁴⁹ Историјски и правно гледано, БиХ као ранија федерална јединица је авнојевска и завнобиховска тековина у Другом свјетском рату, створена у доба најстрашнијег геноцида у историји ових простора, вођеног државном политиком Независне Државе Хрватске, чији је циљ била ликвидација Срба, Јевреја и Рома.

⁵⁰ На основу Вашингтонског споразума истовремено је почетком 1994. године донесен Устав Федерације БиХ и тиме утемељена Федерација БиХ и пројектована конфедерација Федерације БиХ и Реп. Хрватске.

⁵¹ Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука 2004, стр. 381.

⁵² М. Екмечић, Предговор у књизи: *Српски писци и научници о БиХ*, приредио Здравко Антонић, “Службени лист СРЈ”, Београд 1995, стр. 9.

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. Стога се, и убудуће, морају заштитити интереси двају ентитета и трију конститутивних народа, с једне стране, и обезбиједити одговорна, дјелотворна и ефикасна власт на свим нивоима, с друге стране.⁵³ Карактеристичан је став М. Филиповића, једног од кључних пројектаната и идеолога тзв. „бошњачке нације“ који у својој књизи „Ко смо ми Бошњаци“ износи тезу према којој, у данашњој БиХ, живе Бошњаци муслиманске, католичке и православне вјере, чиме се прокламује, односно поистовјећује историјско поријекло и садржај националног и вјерског идентитета српског и хрватског народа са бошњачким народом.⁵⁴ Говорећи о распаду раније југословенске државе С. Аврамов истиче да је у том процесу проблем „...искрсао у БиХ, јер ту није постојала босанска нација, него су ту били Срби, Хрвати и Муслимани, исламизовани Словени.“⁵⁵ Уставни систем БиХ, тих деведесетих година прошлог вијека, према овом аутору, „...почивао је на консензусу тих народа, а не на већинском систему. При томе, ниједна одлука није могла бити ваљана без сагласности било ког од три конститутивна народа.“⁵⁶

У Закључцима Савјета Европе детаљније је разрађена „стратегија у шест тачака“, која је дата у форми Заједничког извјештаја високог представника Европске уније за спољну и безбједносну политику и комесара за проширење од 10. новембра 2008. године.⁵⁷ У овом извјештају истиче се потреба да се у БиХ покаже више политичке одговорности и већа посвећеност реформским процесима.

И искључивање грађана и “осталих”, који не припадају једном од конститутивних народа у кандидовању и бирању за члана Предсједништва и за чланове Дома народа Парламентарне скупштине БиХ представља, према Европском суду за људска права, расну дискриминацију која крши Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода.⁵⁸

⁵³ Р. Кузмановић, “Савремене уставне промјене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва“, у књизи *Устав lex superior*, Београд, 2004, стр. 270.

⁵⁴ М. Филиповић, *Ко смо ми Бошњаци*, Сарајево, 2007, стр. 19.

⁵⁵ С. Аврамов, *Постхеројски рат Запада против Југославије*, Иди, Ветерник, 1997, стр. 147.

⁵⁶ Исто, стр. 149.

⁵⁷ Summary note on the joint report by Javier Solana, EU High Representative for the CFSP, and Olli Rehn, EU Commissioner for Enlargement, on „EU’s policy in Bosnia and Herzegovina: the way ahead“, S367/08, Brussels, 10 November 2008.

⁵⁸ Вид. S. Hammer, „Ко је господар Дејтонског устава“? Импликације пресуде Европског суда за људска права у предмету *Сејдић и Финци у процесу уставне реформе*, у Зборнику „БиХ пет-

У контексту евентуалних уставних промјена, потребно је указати и на то да је Уставни суд БиХ (Одлука, број У-5/04) одбио тумачење Европске конвенције у смислу њене надређености осталом дијелу Устава БиХ. “Посљедица оваквог тумачења положаја Европске конвенције унутар правног система Босне и Херцеговине значи да се евентуални антагонизми или антиномије унутар самог Устава БиХ не могу отклонити нити путем законодавца нити путем Уставног суда БиХ, већ искључиво путем уставотворца, тј. измјенама и допунама самог Устава БиХ.”⁵⁹

„...Уставни суд БиХ није дио ни законодавне, ни извршне власти, ни редовне судске власти. Он је, Уставом БиХ позициониран као посебна, самостална и независна власт која, на основу тог Устава, дјелује као корективни фактор за остала три сегмента власти...“⁶⁰ Међутим, у пракси Уставни суд БиХ је четврта власт, својеврсна уставотворна и законодавна власт, који потпуно независно одлучује о сопственој организацији и функционисању и да само он може да доноси и опште правне акте који се тичу његовог рада и његове улоге утврђене Уставом БиХ. Неопходно је, стога, донијети Закон о Уставном суду БиХ, којим се ближе уређују састав, избор, надлежност, организација, начин одлучивања и друга питања његовог рада. Првенствено, у циљу елиминисања прегласавања, Уставни суд мора да одлучује већином гласова свих судија, која укључује најмање глас једног судије из реда сваког конститутивног народа БиХ и из једног ентитета о питањима прописаних овим законом. Истовремено, за судију могу бити бирани само држављани БиХ, управо у складу са чланом 6 „Уставни суд“, тачка 1 подтачка (д) Устава БиХ, да „...Парламентарна скупштина може законом одредити другачији начин бирања три судије које бира предсједник Европског суда за људска права.“

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

1) усаглашена политика на свим нивоима и у свим областима и искрена и пуна политичка воља да се то проводи, и

2) преузимање одговорности од стране домаћих органа за судбину и развој Босне и Херцеговине од високог представника или његову

наест година послје Дејтона“, уредили: Дино Абазовић и S. Hammer, ФПН, Сарајево 2010, стр. 109.

⁵⁹ М. Симовић, *Могућност промјене Устава БиХ у контексту примјене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Зборник радова „БиХ петнаест година након Дејтона“, Сарајево 2010, стр. 89–90.

⁶⁰ Правила Уставног суда БиХ – пречишћени текст („Службени гласник БиХ“ број 57/14)

убрзану трансформацију, односно замјену за представника-партнера за помоћ од стране Европске уније.

Неаргументоване су и интерпретације о томе да се мора успоставити централизован институционални систем и унитарно државно уређење у БиХ, нити је, пак, тачно да се тзв. европским пословима, односно административним активностима везаним за процес европских интеграција, могу искључиво бавити заједничке институције БиХ. Напротив, ови послови треба да буду распоређени и на ниже нивое власти, примарно на ентитетски ниво.

Устав БиХ може се мијењати искључиво у Парламентарној скупштини БиХ и мора проћи уставну и демократску процедуру⁶¹ и провјеру, јер је одавно речено да “нема устава ако га не прихвати народ”. И јавна расправа о његовим промјенама, “могла би послужити уклањању слабости у Уставу које је пракса показала, а Устав би добио на легитимитету”.⁶² У свијету, у посљедња два вијека, преовлађују народни уставни, којима је “...основна одлика то што потичу од народа, што их народ доноси и тако се коначно јавља као уставотворац, утемељитељ свих најважнијих правних правила од којих полази и на којима се заснива цјелокупан правни поредак у држави, под којима сам и живи, ови уставни имају очекивани демократски предзнак и у односу на своју садржину.”⁶³ У њеном постдејтонском развоју, након “трагичних сукоба у региону”, Босна и Херцеговина не посједује консензус владајућих политичких странака за промјене Устава.

Осврт на иницијативе за промјену Устава Босне и Херцеговине

Било је више иницијатива за уставне промјене, а најзначајније су:

„Априлски пакет амандмана на Устав Босне и Херцеговине“. У Парламентарној скупштини БиХ, током априла 2006. године, дошло је до конфронтације унутар владајућих странака о предложеним пром-

⁶¹ Члан 10 тачка 1 Устава Босне и Херцеговине предвиђа поступак његових промјена, тако да „...устав може бити мијењан и допуњаван одлуком Парламентарне скупштине, која укључује двотрећинску већину присутних и који су гласали у Представничком дому.” У процесу промјене Устава није предвиђена надлежност Вијећа народа, али се, при томе, мора имати у виду то да је чланом IV, тачка 3, подтачка ц) (Процедуре), у погледу законодавног поступка, предвиђено да ће сваки законски акт захтијевати пристанак оба дома.

⁶² М. Ловичић, „Референдум у свету и код нас“, *Страни правни живот* 39 (1963) Београд, 5.

⁶³ О. Вучић, „Промјена и трајање устава“, *Досије*, Београд 2005, стр. 55.

јенама Устава, тзв. “априлском пакету амандмана на Устав БиХ”. Исход расправе и гласања био је такав да предложени амандмани нису могли добити двотрећинску већину. Политичке странке које су одбиле да гласају за “априлски пакет” браниле су своје становиште критиком да промјене Устава БиХ не укидају ентитетско гласање, које се, по њиховом мишљењу, у процесу одлучивања најчешће употребљава за блокаду у одлучивању приликом доношења најважнијих закона у Парламентарној скупштини БиХ.

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

Поводом “априлског пакета” и “бутмирске иницијативе” изнесене су оцјене о томе да су искуства “огољела отпорност домаћег политичког естаблишмента на компромис, али још више заблуде на којима је почивао тзв. приступ међународне заједнице у БиХ”. Истовремено, наглашавајући то да је “БиХ прикована за дно евроатлантских процеса, на некој врсти нулте ситуације која за час може клизнути у минус – нестабилност регионалних димензија”, указује се могућност да таква ситуација може потрајати јако дуго и захтијевати неодређено продужење присуства међународних представника.

„Иницијатива њемачке канцеларке.“ Влада Њемачке (посебно њена канцеларка Ангела Меркел) покренула је иницијативу да се путем разговора са лидерима водећих парламентарних странака покушају наћи рјешења за суштинска питања у БиХ (формирање функционалне власти, вођење основних реформских процеса, посебно на путу према европским интеграцијама).⁶⁴ Након 1. јануара 2011. године услиједио је други круг консултација у Берлину, након којих се јасно показало да Њемачка не намјерава утицати на формирање власти, јер жели да се постулавним измјенама у земљи уставни и правни систем дугорочно учини функционалним и самоодрживим; да ништа не предузима без консултација са својим кључним партнерима, да ће намјера постати иницијатива тек када се сви политички лидери сложе око политичког плана за промјене у БиХ, и да не намјерава посебно протежирати било коју политичку опцију.

⁶⁴ Одлучено је да се лидери политичких странака који су добили највише гласова на изборима позову на разговоре у Берлин како би им се саопштила намјера која ће вјероватно постати иницијатива тек када се испитају њихови ставови о суштинским питањима и свима дало до знања да иза овог напора стоји њемачка канцеларка.

„Њемачко-енглеска иницијатива“. Премијери Њемачке и Енглеске покренули су иницијативу којом би путем разговора са представницима парламентарних странака у БиХ био постигнут консензус о покретању уставних промјена у циљу успостављања ефикаснијег уставног и политичког модела и бољег функционисања органа и институција и вишег нивоа стабилности и безбједности стања у БиХ.

Досадашње иницијативе за евентуалне уставне промјене показале су да политичке странке са парламентарном већином, у основи, имају два приступа уставним промјенама: први приступ заговара поступне промјене у више фаза, тако да се у првој фази усвоје амандмани на основу којих би биле проширене функције и оснажена ефикасност и рационалност институција, дакле, повећан њихов капацитет у одлучивању о реформама од којих зависи интеграција БиХ у Европску унију, а други приступ заговара доношење новог устава, који би имао рјешења према европским стандардима. Ради се, у основи, о различитости становишта о уставним промјенама, тако да:

- нема ни одговорности ни интереса за усаглашен модел јачања капацитета заједничких институција БиХ;
- тражи се више федералних јединица у уређењу БиХ, на националној основи, са циљем успостављања равноправности трију конститутивних народа;
- истичу се идеје по којима је рјешење у доношењу новог устава са европским стандардима, за што нема могућности за постизање консензуса унутар владајућих парламентарних странака;
- заговара се еволутивна доградња Устава БиХ, уз подржавање поступности извођења уставне реформе у више фаза;
- истичу се захтјеви за новим рјешењима унутрашњег територијалног и политичког уређења БиХ.

Стога је евентуалне уставне промјене могуће очекивати када странке постигну консензус о промјени Устава БиХ са или без ангажовања, утицаја или помоћи међународне заједнице у процесу припремања и извођења уставних промјена.⁶⁵ То питање јесте и мора бити у надлежности и одговорности парламентарних странака и институција у БиХ и ентитетима. Такође, неопходно је, уз услов претходно утврђених циљева, садржаја и обима евентуалних промјена дејтонских уставних рјешења, об-

⁶⁵ Вид. Амандман на Устав БиХ (“Службени гласник Босне и Херцеговине” број 25/09, Сарајево, 2009.

езбиједити пуни консензус два њена ентитета и три равноправна конститутивна народа. Јер, Устав је “или супериоран и највиши суверени закон, који се обичним средствима не може мијењати, или је пак на нивоу обичних законодавних аката и као остали акти може бити промијењен када се легислатури допадне да га промијени...”⁶⁶ То подразумијева задржавање и очување уставноправног статуса, територијалног интегритета и равноправности оба ентитета, те сагласност и пуно повјерење равноправних, аутохтоних и конститутивних народа и осталих, као и успостављање искреног дијалога, заједничког односа и разумијевања о свему ономе што је претходило дејтонским рјешењима у БиХ.

Босна и Херцеговина ће извршити прилагођавање свог устава ради стварања правног основа за приступање Европској унији⁶⁷, када буде потребно да се у Устав угради одредба која ће уредити однос између ентитетског нивоа власти и заједничких институција БиХ у обављању европских послова, а да се при томе испоштује начело супсидијарности и омогући ентитетима да заштите своје интересе. И Уговор о оснивању Европске заједнице, дефинишући састав Савјета Европске уније, предвиђа да државе чланице које су сложене структуре може представљати ресорни министар из неке од федералних јединица који за то буде овлашћен.⁶⁸ Зато је вриједно рјешење које је успостављено у неким од чланица Европске уније као што су Њемачка и Аустрија.⁶⁹ Наиме, “пракса је да уколико је у питању доношење акта који се *ratione materiae* односи на надлежност чланица федерације или аутономних области, ову државу чланицу ће представљати ресорни министар једне од федералних јединица. Приликом доношења одлука које се тичу питања из надлежности нивоа власти који је нижи од федералног, мора се узети у обзир и мишљење чланице федерације.”⁷⁰

Дакле, не постоји јединствена формула за то како је потребно уредити питања стварања правног (уставног) основа за чланство у Европ-

⁶⁶ Наведено према: R. J. Tresolini, *American Constitutional Law*, New York, 1959, 70–71. Вид. Гашо Мијановић, *Судска контрола уставности у САД*, у Зборнику радова „Два века савремене уставности“, САНУ, Београд 1990, стр. 178–179.

⁶⁷ БиХ је 16. јуна 2008. године у Луксембургу потписала Споразум о стабилизацији и придруживању са Европском унијом.

⁶⁸ Члан 203 Уговора о оснивању Европске заједнице утврђује: “Савјет је састављен од представника сваке државе чланице на министарском нивоу, који је овлашћен да обавезе владу те државе чланице.”

⁶⁹ М. Благојевић, „Европске интеграције и Република Српска“, *Значења*, број 62, Добој 2008, стр. 53–55.

⁷⁰ М. Herdegen, *Europosko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2003, стр. 76.

ској унији. Уставне промјене које једна држава спроводи да би припремила свој правни систем за ступање у чланство у Европској унији, према компаративном искуству, требало би:

- прво, увести одредбу којом се обезбјеђује уставноправни основ за чланство у Европској унији, као и питање преноса одређеног дијела државног суверенитета на институције Европске уније и
- друго, уредити однос између комунитарног и националног права, тј. правни статус извора примарног и секундарног права Европске уније у унутрашњем правном поретку.

Поједини аутори указују на то да би уставне промјене требало да уреде и функционисање институција државе чланице у односу на европски институционални оквир и прецизирање уставносудског дјелокруга у условима чланства.⁷¹ При томе, „...када је у питању организација државне власти ... институције БиХ треба и даље да буду састављене по принципу паритета и да одлучују консензусом кад год је то потребно и могуће.“⁷²

И постдејтонска пракса, у којој умјесто „слова Дејтона“ доминира „дух Дејтона“, потврђује да ова држава не може бити унитарна нити централизована, нити може опстати са доминацијом било којег народа. Она може бити само сложена и децентрализована држава, јер такав облик државног уређења никада и нигдје није означавао као слабост и нестабилност, с обзиром на то да је данас преко стотину држава у свијету мање или више сложених.

У циљу успјешног спровођења неопходних реформи потребно је успоставити бољу и квалитетнију међуентитетску сарадњу, повећање ефикасности и функционалности свих институција БиХ (Предсједништво је, према Уставу, орган извршне власти; Савјет министара је помоћно тијело Предсједништва; у пракси је доминација Савјета министара над Предсједнишвом...), у сврху остваривања обавеза и задатака на европском путу, стварања демократске државе, владавине права, заштите људских права и слобода, обавезности поштовања и међународних и европских стандарда. То подразумијева очување уставног статуса, територијалног интегритета, сагласност и пуно повјерење конститутивних народа и осталих о заједничкој истини која је претходи-

⁷¹ С. Родин, *Придруживање Хрватске Европској унији: преобразба правног састава*, Загреб 2003, стр. 229.

⁷² Г. Марковић, *Идеолошко-политичке концепције српске политичке елите о државном уређењу БиХ*, у Зборнику радова „БиХ петнаест година након Дејтона“, Сарајево, 2010, стр. 142.

ла дејтонским рјешењима у БиХ. Треба истаћи да се у БиХ „не може ни случајно уставним промјенама постојећег уређења оживјети идеја унитарне Босне и Херцеговине са доминацијом једне (било које) нације“.⁷³

Успостављање институције високог представника⁷⁴ и њеног функционисања и даље је предмет оспоравања и захтјев да коначно мора престати функција високог представника, који је према Анексу 10 Дејтонског мировног споразума⁷⁵, настала сагласношћу пет уговорних страна, које су му одредиле и ограничиле мандат и овлашћења на то да „надгледа, одржава контакте, подстиче сарадњу, координише активности, поштује аутономију, даје опште смјернице“. Не постоји ниједна формулација која даје било какво овлашћење за вршење уставних промјена, доношење закона и других прописа и одлука нити за смјене легално изабраних функционера. „Ово је сасвим разумљиво, јер би било какво друго овлашћење, а поготово поступање, било у директној супротности са чланом 1.2. Анекса 4 – Устава БиХ који одређује да Босна и Херцеговина дјелује по закону и у складу са слободним и демократским изборима. Високи представник није овлашћен да супституише легитимно установљене и изабране органе у БиХ – парламенте, владе, судове, нити да поступа мимо Устава и закона.“⁷⁶ Зато је, поступајући по захтјеву из Резолуције Савјета Европе, Венецијанска комисија још у марту 2005. године констатовала да: „ако је постојала у ранијем периоду, након закључења Мировног споразума, потреба да високи представник врши широка овлашћења, сада је такав аранжман фундаментално некомпатибилан са демократским карактером државе и суверенитетом БиХ. Што дуже постоји, то постаје проблематичнији.“

У контексту мјеста и улоге међународне заједнице у БиХ и овом приликом има оправдања за актуализацију првобитних ставова који су се односили на међународну конференцију о успостављању нове структуре за руковођење примјеном мира, што је учињено успостављањем и

⁷³ Р. Кузмановић, *Нови есеји о уставности и државности*, Бања Лука 2010, стр. 85.

⁷⁴ У БиХ су високи представници међународне заједнице до сада били: Carl Bildt, Carlos Westendorp, Wolfgang Petrisch, Paddy Ashdown, Christian Schwarz-Schilling, Miroslav Lajčak и Valentin Inzko.

⁷⁵ У Анексу 10 Дејтонског мировног споразума наведено је да уговорне стране, тадашња Република БиХ, СР Југославија, Република Хрватска, Република Српска и Федерација БиХ захтијевају именовање високог представника у складу с резолуцијама Савјета безбједности, при чему није остављен било какав простор да неформална група земаља именује високог представника или да му одређује дјелокруг и надлежности. Види шире: М. Благојевић, *Хрестоматија технологије охаеризма (Хроника једне националне и уставне патологије)*, Бања Лука, 2018, стр. 113.

⁷⁶ М. Додик, „Вријеме да БиХ изађе из заробљеништва ОХР-а“, *Аргументи*, Бања Лука 2009, стр. 20–21.

Савјета за примјену мира, првенствено у смислу шта треба бити постигнуто у БиХ. Ријеч је о сљедећим циљевима:

„Креирање климе стабилности и безбједности у БиХ и постизање трајног и одрживог политичког рјешења;

- Успостављање нових политичких и уставних аранжмана за БиХ који ће довести до успостављања оквира за демократију и владавину права;
- Заштита и промоција људских права и рани повратак избјеглица и расељених лица;
- Успостављање отвореног и слободног економског тржишта у БиХ;
- Брзи почетак економске реконструкције;
- Нормализација односа између БиХ и њених сусједа, региона и осталог дијела међународне заједнице;
- Креирање директног и динамичног уговорног односа између БиХ и Европске уније.⁷⁷

Међутим, још увијек, и поред значајних резултата, упитна је конзистентност, досљедност и дјелотворност међународне заједнице према БиХ, поготово стању супервизорства, туторства и старатељства над овом државом – чланицом ОУН.

Елементи могућег уређења Босне и Херцеговине као федерације *sui generis*

Облик државног уређења зависи од низа фактора, а посебно од политичке воље водећих партија или народа. Најчешћи облик сложеног државног уређења је федерација (савезна држава, савез држава, или модел њемачког федерализма са савезном државношћу).⁷⁸ Од врсте федерације зависи које ће главне полуге власти бити утврђене уставом, као и то да ли ће функције – овлашћења бити потпуна или редукована. Ако се ради о чврстом, класичном типу федерације, тада су у уста-

⁷⁷ Conclusions of the Peace Implementation Conference held at Lancaster House London; објављено на веб-страници Канцеларије високог представника на адреси http://www.ohr.int/print?content_id=5168. Приступ од 4. јануара 2002. године.

⁷⁸ Вид. М. Јовичић, *Савремени федерализам*, Савремена администрација, Београд 1973; Војислав Становчић, *Федерализам/конфедерализам*, НИО Универзитетска ријеч, Титоград 1986 и др.

ву надлежности држава-чланица односно федералних јединица еnumerативно наведене. А ако је лабавији тип федерације, надлежности федерације нису еnumerативно наведене.⁷⁹ То се посебно односи на сувереност. Ради се о томе да ли треба да буде суверена сложена држава или државе чланице, или пак народи. Ови односи се могу уређивати уставом сложене државе.⁸⁰

Као сложени облик државног уређења федерација се појавила као врло погодан и виталан облик државног уређења,⁸¹ погодна форма која повезује и различитост и сличности уз висок степен јединства. Исто тако, федерација се појављује и као новонастала држава која се издиже изнад добровољно удружених државних колективитета, – чланица, које имају скоро све елементе државе, које творе федерацију – може бити најмање двије, или више.⁸² „Иако имају своје уставе, своје уставоправне и законодавне, извршно-управне и судске органе, свој круг функција у надлежности њихових органа, иако располажу правом на (допунско) регулисање, нису и не могу бити *stricto sensu*. Разлог је једноставан: оне су само саставни дијелови федерације, подређени овој јединој правој држави. За разлику од федерације, која је субјект међународног права, оне су субјект само интерног, националног права”.⁸³ Надаље, „федерација представља најпогоднији облик државе чије се друштво одликује економском, културном, националном и другом сложености и различитости”.⁸⁴ Федерализам, у ствари, почива на „вољи за очувањем аутономије и различитости федералних јединица”, што је у духу европског гесла „јединство у разноликости”.

Истовремено, о правној природи државног уређења БиХ, неопходно је постићи сагласност у смислу утврђивања коначног модела државе БиХ. Излаз је могућ у одређењу као „федерације *sui generis*“. Неодговоран однос политичких субјеката према тражењу одговарајућег модела

⁷⁹ В. Становчић, *Федерализам/конфедерализам*, Београд 1986, 38.

⁸⁰ Вид. М. Јовичић, *Велики уставни системи*, Београд 1984. и др.

⁸¹ Федерализам је једна деликатна равнотежа, облик у сталним промјенама или под притисцима да се мијења, облик који подразумева компромис, дијалог, и тражење колико год је то више могуће рјешења око којих ће се постићи консензус како би овај облик пружио што боље оквире за заједнички живот.

⁸² Постоји 37 федералних држава, 97 са сложеним државним уређењем. Опредјељујући се за дејтонска рјешења, али и за функционалност БиХ, Република Српска је већ пренијела 68 надлежности на ниво државне заједнице.

⁸³ М. Јовичић, *Државност федералних јединица*, Научна књига, Београд 1992, стр. 68.

⁸⁴ С. Перовић, „Остваривање људских права у Републици Српској према међународним стандардима”, Научни скуп „Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума“, АНУРС, Бања Лука 2005, 149.

уставноправног уређења БиХ омогућио је појаву различитих приједлога који нису ни правно утемељени ни стручно образложени. При томе се занемарује да је свуда у свијету промјена устава процес и да није ограничен временом.

Уколико се и даље наставе антидејтонске тенденције и са примјенама метода притисака на органе и институције Републике Српске, неопходно је да она, с циљем заштите свог територијалног интегритета и очувања националног интереса, предузме сва институционална, политичка и демократска средства.⁸⁵

Заштита ентитетског и виталног националног интереса конститутивних народа

Уставна категорија „конститутивност Бошњака, Хрвата и Срба”, као један од темеља босанскохерцеговачког друштва и државе, са мултинационалном и мултиконфесионалном особенешћу и традицијом, мора се посматрати заједно са основним елементима цивилног друштва, прије свега, остваривања индивидуалних и колективних људских права и слобода и функционисања демократских институција. Због традиционалне измијешаности нација, религија и култура, цјелокупна структура јавне власти изворно произлази из суверености, конститутивности и равноправности Бошњака, Хрвата и Срба и положаја припадника осталих народа и грађана. Зато је стабилан развој демократских односа и институција тешко и замислити без остваривања конститутивности сва три њена народа на цијелој територији⁸⁶, што подразумијева његово пуно утемељење у правном систему ентитета, као и у организацији и функционисању њихових институција, остваривању пуне националне равноправности и свих других слобода и права за све грађане БиХ без дискриминације, мајоризације и нетолеранције.⁸⁷

Анализа уставних одредаба не оставља никакву сумњу да је у питању један специфичан и до сада у компаративној савременој уставно-

⁸⁵ Р. Кузмановић, „Вријеме старатељства и туторства, прошлост“, *Аргументи*, Бања Лука 2009, стр. 17.

⁸⁶ Један од најважнијих услова који Лијпхарт истиче за одржавање и функционисање сложених вишенационалних заједница или саудружених заједница тиче се сарадње елита које воде те заједнице.

⁸⁷ То се види и у Федерацији БиХ и у Републици Српској. У Републици Српској хрватски представници заузимају трећу позицију (у Влади је осам Срба, пет Бошњака и три Хрвата), а у Федерацији БиХ заузимају другу позицију (у Влади је осам Бошњака, пет Хрвата и три Србина).

сти непознат модел организације, структуре и функционисања јавне власти. Ентитетска заступљеност је трајна категорија. Са њом је неоспорно и ентитетско гласање и заштита виталног интереса. Истовремено, у свим представничким органима морају бити заступљене и етничке групе у домовима парламента.

Ни држава ни друштво се не гради честим мијењањем устава, већ његовом примјеном и активним радом институција.⁸⁸ 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. 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.⁸⁹

Изборни систем, изборно законодавство и избори

Анализа изборног законодавства Босне и Херцеговине, као специфичне државне творевине, показује да она и даље нема цјеловит, профилисан и властити изборни систем. Њен изборни систем садржи комбинацију скоро свих познатих рјешења: већински принцип и једночлане изборне јединице за Предсједништво; пропорционални приступ и вишечлане изборне јединице за парламенте; изборни праг од 3%; преферцијално гласање; компензационе мандате; постојање и непрофесионални рад изборне администрације; ниски критеријуми за кандидовање независних кандидата; од 2008. године принцип позитивне дискриминације за представнике националних мањина приликом избора за скупштине локалних заједница.

Народна скупштина је, уз пуни консензус политичких партија из Републике Српске, заузела став о провођењу одлуке Европског суда за људска права у „Предмету Сејдић и Финци против БиХ“. Члан Предсједништва БиХ из Републике Српске бирао би се на територији Републике Српске као једној изборној јединици, директним гласањем, без означања националне припадности. У Вијећу народа Парламентарне скупштине БиХ, могуће је увести и клуб „осталих“, слично вијећима народа у ентитетима, потребно је предвидјети број чланова који се бира у Републици Српској, односно у Федерацији БиХ.

⁸⁸ Р. Кузмановић, *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука 2004, стр. 381.

⁸⁹ М. Ловичић, „Референдум у свету и код нас“, *Страни правни живот* 39, Београд 1963, стр. 5.

Бројни проблеми настају због тога што, према Изборном закону БиХ (чл. 1.9 став (1), „...мандат припада изабраном носиоцу мандата, а не политичкој странци, коалицији или листи независних кандидата...“.

Постоје бројне дилеме и тешкоће: „компензациони мандат“ је недемократски и није познат у изборним системима, нити у добрим изборним праксама у свијету; у изборном законодавству БиХ постоје: поновни, одгођени и пријевремени избори, а неопходно је постојање и ванредних избора, који се, према упоредним искуствима, могу одржавати због различитих криза или ургентних друштвених стања, потребе тражења нових и способнијих састава изабраних тијела, већег јединства и окупљања бирача и изабраних; начин кандидовања, односно начин подношења кандидатских листа и начин гласања („слободне“ и „везане“, „отворене“ и „затворене кандидатске листе“) неопходно је, у циљу рационалности и економичности изборног система и избора, као и из других оправданих разлога, обезбиједити истовремено одржавање локалних и општинских избора у БиХ; избори у граду Мостару и положај српског народа као бирача представља веома значајно питање, посебно са становишта стања неконститутивности Срба у Херцеговачко-неретванском кантону и у граду Мостару. Одлука Уставног суда БиХ из 2010. године није проведена па се заштитило основно демократско право грађана Мостара да гласају на локалним изборима; од конституисања Вијећа народа, избори за Дом народа Парламента Федерације БиХ су нерегуларни са становишта интереса српског народа, првенствено због немогућности попуњавања Дома народа делегатима из реда српског народа. Посебне тешкоће су и због тога што у четири кантона Срби нису конститутиван народ, нити су равноправна оба писма – ћирилица и латиница.

Уставни суд БиХ је у децембру 2016. године прогласио неуставним одредбе Изборног закона које се односе на избор делегата у Дом народа Федерације БиХ. Парламентарна скупштина није провела одлуку у датом року од шест мјесеци, па су у јулу 2017. укинуте неуставне одредбе, чиме је створена правна празнина, што може отежати провођење резултата општинских избора 2018. године.

У садашњим условима и због проблема у функционисању Парламентарне скупштине БиХ, немогуће је постићи консензус о измјенама у изборном законодавству БиХ, или доношењу новог изборног закона БиХ, а посебно о евентуалним уставним промјенама које нужно морају претходити реформи изборног законодавства и изборног система у цјелини.

Закључак

Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонски мировни споразум), са једанаест анекса, спада у ред најзначајнијих међународних споразума. Он је трајна правна и политичка категорија. Уобичајено је у међународном праву да се овакви трајни споразуми или уговори, којима припада и Општи оквирни споразум, као међународни уговор јавноправног карактера, могу дограђивати, али не и укинути.

Садашњи уставноправни систем земље зајемчен је њеним Уставом.

За евентуалну уставну реформу у БиХ, дејтонска рјешења морају за то бити основа, јер није ни предвиђена могућност њихових промјена.

То подразумијева задржавање и очување уставноправног статуса, територијалног интегритета и равноправности оба ентитета, те сагласност и пуно повјерење равноправних, аутохтоних и конститутивних народа и осталих, као и успостављање искреног дијалога, заједничког односа и разумијевања о свему ономе што је претходило дејтонским рјешењима у Босни и Херцеговини.

Уколико се и даље наставе антидејтонске тенденције и са притиском на органе и институције Републике Српске, неопходно је, с циљем заштите њеног територијалног интегритета и очувања ентитетског и националног интереса, предузимати сва институционална, политичка и демократска средства.

Литература

Дмичић, М., Којовић, В., *Политичко-правни аспекти међународних мировних споразума и уставне промјене у Босни и Херцеговини*, АНУРС, Бања Лука, 2007.

Кривокапић, Б., *Лексикон међународног права*, Радничка штампа и Институт за упоредно право, Београд, 1998.

Ђурић, В., *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007.

Поповић, В., *Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума*, Бања Лука, 2005.

- Перовић, С., Ријеч на Савјетовању „Октобарски правнички дани”, *Правна ријеч*, часопис за правну теорију и праксу, Бања Лука, 30/2011.
- Кузмановић, Р., „Вријеме старатељства и туторства, прошлост“, *Аргументи*, Бања Лука, 2009.
- Трнка, К., Миличевић, Н., Симовић, М. Н., Дмичић, М., *Коментар Устава Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске*, Центар за промоцију цивилног друштва, Сарајево, 2004.
- Најден, Р. М., *Скице за подељену кућу – Уставна логика југословенских сукоба*, Београд, 2003.
- Лукић, В., Поповић, В., *Документи: Дејтон–Париз*, Институт за међународно право и међународну пословну сарадњу, Бања Лука, 1999.
- Марковић, Г., *Босанскохерцеговачки федерализам*, ЈП „Службени гласник“, Београд, и University press, Сарајево, 2012, „Босна и Херцеговина петнаест година након Дејтона“, Зборник радова, ФПН, Сарајево, 2010.
- Екмечић, М., *Почетак рата у Босни и Херцеговини, спољни узроци грађанског рата у БиХ*, Београд, 2001.
- Савић, С., *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*, Правна природа преамбуле, Бања Лука, 2000.
- Кузмановић, Р., *Уставно право*, Правни факултет, Бања Лука, 2002.
- Johnstone, D., *Nato and the New World Order*, London, 2000.
- Поповић, М., *Правна природа Републике Српске*, Научни скуп „Изградња и функционисање правног система Републике Српске“, Бања Лука, 1977.
- Кузмановић, Р., *Есеји о уставности и државности*, Бања Лука, 2004.
- Екмечић, М., Предговор у књизи: *Српски писци и научници о Босни и Херцеговини*, приредио З. Антонић, “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.
- Јовичић, М., „Референдум у свету и код нас“, *Страни правни живот* 39 (1963) Београд.
- Вучић, О., „Промјена и трајање устава“, *Досије*, Београд, 2005.
- Hammer, S., *Ко је господар Дејтонског устава? Импликације пресуде Европског суда за људска права у предмету Сејдић и Финци у процесу уставне реформе*, у Зборнику „Босна и Херцеговина петнаест година после Дејтона“, уредили: Д. Абазовић и S. Hammer, ФПН, Сарајево, 2010.
- Tresolini, R. J., *American Constitutional Law*, New York, 1959.
- Мијановић, Г., *Судска контрола уставности у САД*, у Зборнику радова „Два века савремене уставности“, САНУ, Београд, 1990.
- Благојевић, М., Европске интеграције и Република Српска, у: *Значења*, Добој, број 62, год. 2008.
- Симовић, М., *Могућност промјене Устава БиХ у контексту примјене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Зборник радова „БиХ петнаест година након Дејтона“, Сарајево, 2010.
- Herdegen, M., *Europско право*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003.
- Rodin, S., „Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji: preobrazba pravnog sustava“, стр. 229. http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030528/rodin_cro.pdf.
- Кузмановић, Р., *Нови есеји о уставности и државности*“, Бања Лука, 2010.
- Додик, М., „Вријеме да Босна и Херцеговина изађе из заробљеништва ОХР-а“, *Аргументи*, Бања Лука, 2009.
- Јовичић, М., *Савремени федерализам*, Савремена администрација, Београд, 1973.
- Ристић, П., *Проблем односа између федерације и федералних јединица*, Научна књига Београд, 1967.
- Становчић, В., *Федерализам/конфедерализам*, Београд, 1986,

- Јовичић, М., *Велики уставни системи*, Београд, 1984.
- Марковић, Р., *Уставно право и политичке институције*, Београд, 1995.
- Кузмановић, Р., *Уставно право*, Бања Лука, 2002.
- Фира, А., *Уставно право Босне и Херцеговине*, том IV, Нови Сад, 2002.
- Николић, П., *Уставно право*, Београд, 1993.
- Пајванчић, М., *Уставно право (уставне институције)*, Нови Сад, 2005.
- Сокол, С., Смердл Б., *Уставно право*, Загреб, 1998.
- Трнка, К., *Уставно право*, Сарајево, 2000.
- Побрић, Н., *Уставно право*, Мостар, 2000.
- Бачић, А., *Уставно право*, Сплит, 1997.
- Миљко, З., *Уставно уређење Босне и Херцеговине*, Загреб, 2006.
- Стојановић, Д. М., *Уставно право I и II*, Ниш, 2005. и 2006.
- Јовичић, М., *Државност федералних јединица*, Научна књига, Београд, 1992.
- Перовић, С., *Остваривање људских права у Републици Српској према међународним стандардима*, реферат на научном скупу „Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума“, АНУРС, Бања Лука, 2005.

**BOSNIA AND HERZEGOVINA AND ITS CONSTITUTION
BASED ON THE DAYTON AGREEMENT
– PROBLEMS IN THEORY AND PRACTICE –**

Mile Dmičić, PhD, Full Professor*

Summary

The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, also known as the Dayton Agreement, with its eleven annexes, is one of the most important international agreements. It is a permanent legal and political category. In the international law, it is common for these permanent agreements or contracts, to be open for revision and upgrade, but not for nullification.

The present constitutional state legal system is guaranteed by the Constitution. The Dayton Agreement has to be the basis for the eventual constitutional reforms in Bosnia and Herzegovina, as there is no legal assumption proposed for this in the agreement itself.

This implies the retention and preservation of the constitutional and legal status, the territorial integrity and the equality of the two entities, and the consent and the very existence of equal, autochthonous and the constituent peoples and the rest, as well as the establishment of a genuine dialogue and a lasting relationship and understanding of everything that has happened in Bosnia and Herzegovina before the Dayton agreements were reached.

If the anti-Dayton tendencies continue to persist with the pressure on the institutions and bodies of the Republic of Srpska, in order to protect its territorial integrity and preserve the entity and national interests, it is necessary to undertake all institutional, political and democratic means.

* Faculty of Law of the University in Banja Luka

УДК 342.565.2:340.142(094.5)

doi 10.7251/PR5418067N

Оригинални научни чланак

ОБУСТАВА ИЗВРШЕЊА АКТА И РАДЊИ У УСТАВНОСУДСКОМ ПОСТУПКУ

– привремене мере пред уставним судовима –

Др Боса М. Ненадић*

***Апстракт:** Предмет овог рада су овлашћења уставних судова за доношење привремених мера о обустави (одлагању, суспензији, забрани) извршења аката и радњи чија се уставност испитује пред овим судовима. Како се покретањем поступка пред уставним судовима не зауставља извршење оспорених аката и радњи, то се предузимањем мера обуставе од стране уставних судова жели избећи стварање „непоправљивих чињеница или правних односа“ који би могли настати извршењем оспорених аката и радњи до доношења коначне одлуке суда. У тексту се чини посебан осврт на привремене мере пред Уставним судом Србије, а пре свега на привремену меру која се предузима у поступку контроле уставности права са циљем да спречи наступање озбиљне штете, која се коначном одлуком Суда не би могла отклонити.*

***Кључне речи:** уставни суд, уставносудски поступак, контрола уставности закона и других прописа, обустава и одлагање (суспензија) извршења аката и радњи, привремена мера у уставном судству, својства и дејство привремених мера.*

* Уставни суд Србије, Булевар краља Александра 15, Београд, e-mail: bnenadic@yahoo.com

1. Општи осврт на мере обуставе, односно одлагања извршења аката и радњи у уставносудском поступку

Пружање заштите уставности од стране уставног судства одвија се у уставносудском поступку који је, као и сваки други поступак пред органима јавне власти, правно уређен (поступовним, процедуралним правилима)¹ као низ узастопних и узајамно повезаних радњи суда и других учесника поступка, усмерених на то да се испита и оцени да ли је општим правним актом дошло до повреде устава као права највишег ранга, те да ли је појединачним актом или радњом државног органа дошло до повреде устава или ускраћивања основног права или слободе зајемчене уставом. Уставносудске поступке чини низ радњи које воде одлуци уставног суда: мериторној (материјалној) или процесној; коначној или привременој; потпуној (целовитој) или делимичној; потврдној (позитивној – утврђујућој) или негативној (одбијајућој или одбацујућој). Без спровођења уставносудског поступка нема одлуке уставног суда (*nulla decisio sine processu*), којом се неуставни акт или радња лишава правне снаге и одстрањује из важећег правног поретка. Према томе, покретање, спровођење и окончање поступка пред уставним судом, нема за циљ судско решавање спора између две стране које се надмећу за „победу“ у судској расправи (што је својствено поступању редовног судства), већ заштиту устава и основних уставних вредности.

Разноврсност уставних спорова до којих може доћи у једном друштву, а чије је решавање стављено у надлежност уставних судова као „чувара и заштитника устава“, претпоставља и посебне процедуре по којима поступају ови судови. Без обзира на одређене специфичности (посебности) поступања уставних судова у зависности од предмета уставног спора, мериторни уставносудски поступци се без изузетка окончавају доношењем одлука о (не)уставности правних норми, односно аката и радњи јавне власти. Но, поред одлука којима уставни судови коначно одлучују о самом предмету уставног спора и решавају спорно уставно питање, ови судови у току поступка могу доносити и друге ак-

¹ Као посебан, особен поступак који се својом суштином разликује од осталих, традиционалних судских и управних поступака, поступак пред уставним судовима се уређује правним нормама различите правне снаге (уставним, законским, пословничким). Овим нормама регулишу се претпоставке за покретање (иницирање) уставносудског поступка, облици и субјекти његовог покретања, вођење поступка, начин одлучивања суда о поднетим захтевима, акти којима суд одлучује и бројна друга питања од значаја за уставносудско поступање.

те.² То су акти којима се одлучује о испуњеност процесних претпоставки за покретање и вођење поступка, акти којима се управља поступком, али и акти којима се одлучује о посебним захтевима учесника поступка који се подносе уз главни захтев (као што су захтеви за застој поступка, обуставу поступка, организовање јавне расправе и др.). Међу важнијим захтевима који се могу изјавити пред уставним судовима уз главни захтев, односно који могу „пратити основни захтев“, у упоредном праву срећу се: захтев за обуставу извршења оспореног закона и другог општег акта, захтев за обуставу појединачних аката и радњи донетих на основу закона или другог општег акта чија се уставност оспорава, захтев за одлагање извршења појединачних аката и радњи којим се повређују или ускраћују права и слободе зајемчене уставом, захтев за прекид поступка пред органима у сукобу надлежности, захтев за суспензију вршења највиших државних функција и др. Одлуку којом се прихватају ови захтеви уставни судови доносе у току поступка, пре коначног мериторног одлучивања о предмету уставног спора. То нису одлуке којима се коначно решава предмет уставног спора, нити су по својој садржини такве да се њима прејудицира коначна одлука уставног суда.

У уставној теорији и компаративној пракси наведене одлуке се срећу под различитим називима: „привремена мера“, „привремени налог“, „привремена наредба“, „мера суспензије“, „мера обуставе“, „мера одлагања“, „мера забране“, „мера задржавања“ и сл. (који ће у овом тексту бити коришћени равноправно), али њихова сврха и циљ су у основи исти – да се њиховим предузимањем спречи стварање тешких, непоправљивих штетних последица које би могле настати до коначне одлуке уставног суда.³ Како покретање поступка пред уставним судом (без обзира на начин покретања и предмет спора), само по себи не зауставља извршење акта и радње чија се уставност оспорава, те како је поступак контроле уставности због свог предмета изузетно сложен и деликатан (у питању је процес одлучивања да ли је дошло до повреде устава као највишег права у држави), то поменуте мере пружају могућност уставном суду да, на захтев учесника у поступку или по сопственој иницијативи, пре доношења коначне одлуке о уставности, привремене

² Одлуке – акти које доносе уставни судови у упоредној пракси су срећу под различитим називима (одлуке, пресуде, решења, закључци, налози, мишљења, апели и др.), као и са различитом формом и садржином.

³ О томе колико се уставносудски поступак разликује од осталих поступака који се воде пред судовима и другим државним органима, види се и по привременим мерама, односно њиховом циљу, правној природи и дејству, које су задуго биле својствене само редовном, а не и уставном судству.

но обустави (суспендује, одложи, одгоди, заустави, забрани) извршење оспорених закона или других прописа, или пак појединачних аката и радњи у чију се сагласност са уставом озбиљно сумња. Одређивање обуставе, односно одлагања извршења аката и радњи у уставносудском поступку је мера коју уставни судови изузетно примењују: у нарочитим случајевима и под унапред одређеним условима.

До примене ове мере у уставносудској пракси у принципу долази ако би извршењем поменутих аката и радњи, по оцени уставног суда, могла наступити „озбиљна штета која би се тешко могла неутралисати и касаторном одлуком суда“, односно ако би „извршење спорних аката подносиоцу проузроковало штету која би се тешко могла поправити“, а „одлагање није супротно јавном интересу, нити би се одлагањем неке нанела већа штета“. Ове последице се у упоредној легислативи квалификују и као: „озбиљне штете“, „тешко отклоњиве последице“, „тешко поправљиве штетне последице“, „штетне неотклоњиве последице“ и сл. Речју, привремене мере у поступку пред уставним судом се предузимају ради спречавања настанка озбиљних штета и „из других важних разлога за опште добро“, који се утврђују уставом или законом. Према томе, свака штетна последица не може бити основа за привремену меру, већ само она коју би по њеном настанку било тешко поправити, односно она која није надокнадива (рефундабилна), тј. она која је непоправљива или неотклоњива. Тешко поправљива, односно неотклоњива штетна последица је појам који се, по правилу, не дефинише ни уставом ни законима. Он је више стандард који само уставно судство мора градити у својој јуриспруденцији.

Из свега наведеног следи да мера обуставе у поступку контроле уставности не „штити само појединца који је реалном и уверљивом учинио опасност“ да би му „чекање на коначну одлуку о неуставности неког закона или другог прописа, нанело штетне неотклоњиве последице“, него и општи интерес, а коначној одлуци уставног суда осигурава ефективност (учинковитост) „очувањем чињеничних и правних односа на које та одлука треба деловати“.⁴

⁴ C. Hillgruber, C. Goos, наведено према D. Krapac, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Zagreb 2014, 120.

2. Неколико напомена о мерама обустави извршења у савременом уставном судству

У савременом европском уставном праву преовлађују земље које познају могућност предузимања мера одлагања (обуставе) извршења и од стране уставних судова, до коначне одлуке суда, како би се спречило наступање озбиљне штете. Увид у нормативна решења и праксу ових судова показује да се, уопштено речено, привремене мере које могу изрећи уставни судови у суштини огледају у: обустави извршења оспореног закона и другог прописа чија се уставност испитује, односно одлагању извршења аката и радњи које се предузимају у њиховој примени; одлагању извршења аката и радњи органа и тела јавне власти у поступку по правним средствима за заштиту основних људских права и слобода⁵ (укључив и обуставу извршења судске одлуке о забрани деловања политичких партија); прекиду поступка преддржавним органима који су у сукобу надлежности; суспензији вршења највиших државних функција (председника републике и министара) у случају покретања поступка утврђивања одговорности због противуставног деловања или извршења најтежих кривичних дела и сл. Овлашћења уставних судова за предузимање наведених мера у упоредном праву одликују одређене специфичности и разлике, како у погледу обухвата самог овлашћења⁶, тако и у погледу форме и садржине акта којим се ове мере предузимају, рока трајања мера, њиховог дејства и сл.

Основни (темељни) закон Савезне Републике Немачке (1949)⁷ изричито не предвиђа привремене мере, односно мере обуставе, већ су ове мере уведене чланом 32 Закона о Савезном уставном суду⁸. Од тада, примена ових мера је постала саставни део немачке уставносудске праксе. Немачко право предвиђа да *Савезни уставни суд* ове земље, одно-

⁵ Пре свега, мислимо на меру одлагања извршења појединачног акта или радње који се оспоравају уставном жалбом (тужбом, апелацијом, предлогом). Ова мера је независна од могућности законског одлагања извршења пресуда и других одлука, коју подносилац уставне жалбе има пред редовним судовима или другим државним органима. Изузетно, у уставним системима појединих земаља она је супсидијарна.

⁶ Свакако, најширим овлашћењем располажу они уставни судови који имају могућност да обуставе извршење закона и других прописа делимично или у целини, као и да предузму мере суспензије и у свим поступцима које воде. Затим следе судови који овим овлашћењем располажу само у појединим поступцима. На сасвим супротној страни су они уставни судови који уопште не располажу овим овлашћењем.

⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438).

⁸ Bundesverfassungsgesetz-VerfGG, art. 32, на: www.bundesverfassungsgericht.de. Као уставна подлога законских одредаба, у литератури се наводе одредбе чл. 93 и 94 Основног закона.

сно његов Сенат⁹ може, у свим својим поступцима донети „привремени налог“, односно „привремену наредбу“ на предлог подносиоца или *ex officio*, под следећим условима: а) ако у предмету постоје претпоставке за одлучивање о бити ствари; б) ако доношење налога не би негативно утицало на одлуку о главној ствари, о којој одлука још није „зрела“ за доношење; в) ако постоји за то оправдан интерес на страни подносиоца; г) ако је то неопходно за отклањање озбиљне штете, спречавање претеће силе или због другог важног разлога за опште добро. У немачкој уставној литератури стоји записан став по коме њихови аутори сматрају да уставни суд *мора* донети „привремени налог“ о суспензији прописа ако су испуњени поменути разлози и услови. Ако је „привремени налог“ донет или одбијен, може се изјавити приговор, сем у поступку по уставној жалби. О приговору одлучује Савезни уставни суд у року од две недеље. Важење „привременог налога“ је начелно ограничено на шест месеци, али се он након истека тог рока може поновити. Иначе, уколико Сенат нема кворум за одлучивање, а привремена мера је „посебно хитна“, тада меру може да донесе и троје присутних судија једногласно, с тим да овако донета мера траје месец дана, а ако је накнадно потврди Сенат шест месеци након доношења.¹⁰ У *Аустрији* се, под законом прописаним условима може одложити дејство акта оспореног у поступку по уставној жалби. Ова одлука се доноси по захтеву подносиоца, а може се донети: а) ако се томе не противе принудни јавни интереси; б) ако би, по одмеравању свих интереса повезаних са извршењем или са вршењем овлашћења која су оспореном одлуком додељена трећем лицу, за подносиоца настала несразмерна штета.¹¹ Одлуком се у суштини најчешће одлаже извршење оспореног управног акта. И Уставни суд *Руске Федерације* може „предложити надлежним органима суспензију спорног акта“, односно изрећи „временују меру“ (*временная мера*).¹² Законодавство о уставним судовима *Грузије*, *Украјине*¹³, *Литваније*¹⁴ такође познаје привремену меру у поступку апстрактне контроле уставности

⁹ Привремену наредбу којом се обуставља примена закона у целини или делимично може изрећи искључиво Сенат, док привремени налог у поступку по уставној жалби доноси одбор Сената.

¹⁰ О томе више М. Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, Tubingen, 2010.

¹¹ *Verfassungsgerichtshofgesetz-VfGG*, art. 85 (Закон о Уставном суд Аустрије), на www.vfgh.gv.at/legal_basis.

¹² Федералний конституционний закон „О Конституционном Суде Российской Федерации“ (Федерални уставни закон о Уставном суду Руске федерације), на <http://www.ksrf.ru/ru/Info/LegalBases>.

¹³ Закон про Конституційний Суд України (Відомості Верховної Ради України, 2017 № 35), на www.ccu.gov.ua/docs/176.

¹⁴ The Law on Constitutional Court of the Republic of Lithuania, на www.lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-law-on-the-constitutional-court/19

права. Чешки Закон о Уставном суду¹⁵ изричито утврђује да уставна жалба нема суспензивно дејство, осим на одлуку о распуштању политичких странака и других одлука о суспензији (забрани) њихових активности. Међутим, Закон предвиђа могућност изрицања привремене мере и овлашћује Суд да може одложити извршење оспорене одлуке, по захтеву подносиоца уставне жалбе, ако то није у супротности са јавним интересом, и ако би подносилац жалбе претрпео несразмерно већу штету од оне коју би претрпела друга лица због одлагања (члан 79). Такође, уколико је жалба усмерена на прекорачење овлашћења јавног органа, тада Уставни суд доноси „привремену меру“, односно даје налог јавном (државном) органу да обустави своје даље поступање. Ова привремена мера се издаје како би се спречила „озбиљна штета или штета“, односно да „би се спречила опасност од насилне (принудне) акције“, тј. акције силом или „озбиљна повреда значајнијег јавног интереса“. Она се може донети без расправе, а у посебно хитним случајевима Суд не тражи ни изјаве друге стране, ни трећих заинтересованих лица. Одлука о привременој мери истиче објављивањем пресуде Уставног суда, сем уколико је Уставни суд раније није поништио, због престанка или непостојања разлога због којих је мера наложена (члан 80). У основи исто решење садржи и Закон о Уставном суду Словачке¹⁶, док правни системи Мађарске (члан 31 Устава) и Пољске (члан 50 Устава) познају и меру суспензије вршења функције председника републике у случају покретања *impeachment*-а. И на крају, у појединим земљама, легислатива изричито не познаје привремене мере, већ су оне резултат уставносудске праксе. Тако је турски Уставни суд у одлуци Суда 21/10-1993, која своје утемељење нашла у начелима и одредбама устава изаконана, утврдио став о могућности предузимања привремених мера и у уставносудском поступку. Из овог става следи да Уставни суд располаже овом мером као битним инструментом за обезбеђивање делотворности и ефикасности уставносудских одлука.

И у свим државама насталим на тлу некадашње Југославије, уставни судови располажу овлашћењем да могу, зависно од предмета, тј. врсте уставног спора, пре његовог окончања, односно доношења коначне одлуке, доносити и акте којима одлучују о посебним захтевима учесника

¹⁵ Čl. 79 i 80 Zákona o Ústavním soudu České Republiky (182/1993Sb, 331/1993Sb... 303/2013Sb), nawww.usoud.cz/.

¹⁶ Упор. одредбе čl. 55 и 65 Zákona č. 38/1993 Z.z.Zákon Národnej rady Slovenskej republiky o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov (v znení č. 293/1995 Z. z.72/2017 Z. z.) на <http://www.concourt.sk/>

поступка, укључив и захтев за обуставом извршења. Када су у питању ови судови, овлашћење за предузимање привремених мера садржано је у различитим правним изворима: негде је оно уставног, негде законског, а негде пословничког ранга. Тако, овлашћење уставног ранга имају, поред Уставног суда Србије, уставни судови Словеније, Црне Горе и Хрватске, док уставни судови Босне и Херцеговине (у даљем тексту: БиХ) и Македоније овлашћење за предузимање привремених мера црпе из правила о свом раду.

Уставни суд Словеније располаже врло широким уставним овлашћењем за предузимање привремених мера у поступку нормативне контроле – ширим од осталих уставних судова насталих у југословенској уставној пракси. Тако према члану 161 став 1 Устава, Уставни суд може, под условима предвиђеним законом, да обустави, *у целини или делимично, извршење акта чија се уставност (или законитост) оцењује до коначне одлуке*¹⁷. Поступајући по налогу уставотворца, законодавац је у члану 39 Закона о Уставном суду¹⁸ утврдио да Уставни суд може, до доношења коначне одлуке, „у целини или делимично да задржи извршење закона или другог прописа или општег акта“, ако “њихова имплементација може довести до тешко поправљивих штетних последица“. Кад Суд обустави примену прописа, он располаже и овлашћењем да “може утврдити начин како ће се та одлука извршити. „Решење о привременој мери по Закону мора бити образложено и објављено у Службеном гласнику Републике Словеније и у службеном гласилу у коме је објављен пропис или општи акт који је суспендован. Задржавање извршења, односно суспензија ступа на снагу наредног дана од дана објављивања у Службеном гласнику, а у случају јавног изјашњавања Суда о тој мери, даном њеног проглашења. Примену мере задржавања законодавац је изричито утврдио и у поступку по уставној тужби, уколико би извршење оспореног акта изазвало озбиљне штетне последице, односно уколико би извршењем настале „тешко поправљиве штетне последице“ (члан 58). Овлашћење за предузимање привремене мере Закон познаје и у поступку за утврђивање одговорности председника Републике по оптужби за кршење Устава и озбиљно, тешко кршење закона (члан 64 став 3). Наиме, до доношења коначне одлуке, већином од две трећине гласова свих судија, Уставни суд може одлучити да председник Републике при-

¹⁷ Čl. 160 do 187 Ustava Republike Slovenije („Uradni list RS“, št. 33/91, 42/97, 66/2000... 47/13 in 75/16).

¹⁸ Čl. 39 i 49 Zakona o Ustavnom sodišču („Uradni list RS“, št. 64/07 – uradno prečišćeno besedilo in 109/12).

времено не може обављати своју функцију док се не донесе коначна одлука Суда по оптужби¹⁹. И најзад, с обзиром на одредбу члана 49 Закона, у којој стоји да се одредбе овог закона посвећене поступку нормативне контроле права „сходно примењују и на поступак и одлучивање о другим питањима из надлежности Уставног суда, ако овим законом није друкчије одређено“, могло би се закључити да је ту меру могуће применити и у другим поступцима.

Уставни суд Црне Горе, према члану 150 став 4 Устава, у току поступка нормативне контроле уставности „може наредити да се обустави извршење појединачног акта или радње који су предузети на основу закона, другог прописа или општег акта чија се уставност или законитост оцјењује, ако би њиховим извршењем могле наступити неотклоњиве штетне последице“.²⁰ И према Закону о Уставном суду Црне Горе,²¹ Суд у току поступка за оцену сагласности закона са Уставом и потврђеним и објављеним међународним уговорима, односно других прописа и општих аката са Уставом и законом „*може наредити* да се обустави извршење појединачног акта или радње до доношења коначне одлуке, на захтјев подносиоца предлога, односно иницијативе за оцјену уставности закона, другог прописа или општег акта, уколико подносилац предлога, односно иницијативе учини извјесним наступање неотклоњивих штетних последица“ (члан 63). Мада Устав не садржи решење по коме би Уставни суд могао да „налаже обуставу извршења“ у другим уставносудским поступцима који се воде пред овим судом, то није била сметња да законодавац то овлашћење дâ Уставном суду и у поступку по уставној жалби и у поступку решавања сукоба надлежности. Одређујући да уставна жалба не задржава извршење појединачног акта против којег је изјављена, законодавац пружа могућност Уставном суду да „изузетно, у току поступка може наредити да се обустави извршење појединачног акта до доношења коначне одлуке, на захтјев подносиоца жалбе, уколико подносилац жалбе учини извјесним наступање неотклоњивих штетних последица“ (члан 73). Такође, законодавац је без прописивања било каквог услова овластио Уставни суд да „може одредити да се, до доношења одлуке о рјешавању сукоба

¹⁹ О нормативним решењима и пракси Уставног суда Словеније вид. А. Mavčič, *Zakon o Ustavnem sodišču s pojasnilom*, Ljubljana 2000, 211–217.

²⁰ *Ustav Crne Gore* („Službeni list Crne Gore“, br. 1/07 i 38/13).

²¹ *Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore* („Službeni list Crne Gore“, broj 11/2015). Према члану 49 Закона, Уставни суд на седници одлучује о обустави „извршења појединачног акта, односно радње, укида мјеру обуставе или одбацује захтјев за обуставу извршења појединачног акта или радње“.

надлежности, прекине поступак пред органима између којих је настао позитивни сукоб надлежности“ (члан 88). Ову мере Уставни суд предузима *proprio motu*, што не значи да је не би могло затражити и лице о чијем праву се одлучује пред органима у сукобу. У другим уставносудским поступцима предузимање ове мере се не предвиђа, нити је у пракси она предузимана.

Према *Уставном закону о Уставном суду Републике Хрватске*²² (акту уставног ранга), Уставни суд може у поступку апстрактне уставне контроле правних норми (до доношења коначне одлуке) „привремено обуставити“ извршења појединачних аката и радњи које се предузимају на основу закона или других прописа чија се сагласност с Уставом, односно законом, испитује – ако би њиховим извршењем могле наступити „тешке непоправљиве последице“. Ова мера се најчешће одређује на предлог иницијатора или предлагача апстрактне уставне контроле закона или другог прописа, као заинтересованих лица. По мишљењу хрватских аутора, Уставни суд меру суспензије може одредити и *proprio motu*, а посебно под условом ако сам одлучи да покрене контролу уставности одређеног закона или другог прописа.²³ Ово мишљење потврђено је и праксом Суда. Надаље, према члану 67 став 2 Уставног закона, на предлог подносиоца уставне тужбе Суд може „одгодити извршење појединачног акта који се оспорава уставном тужбом, до доношење одлуке“ ако би „извршење подносиоцу тужбе проузроковало штету која би се тешко могла поправити“, а „одлагање није супротно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела неке већа штета“. При томе, ова мера и хрватског Уставног суда је независна мера од могућности законског одлагања извршења грађанских или кривичних пресуда коју подносилац уставне тужбе има пред редовним судовима. И на крају, овај суд је овлашћен (члан 81) да у поступку решавања „сукоба надлежности из међутијела законодавне, извршне исудбене власти“ може „одредити да се, до његове одлуке прекине поступак предтијелима међу којима је дошло до сукоба надлежности.“

Одредбама члана 64 *Правила Уставног суда БиХ*,²⁴ овај суд је овлашћен на доношење привремених мера, и то са овлашћењима која се ретко срећу у компаративној пракси. Тако, Суд „може, на сопствену иницијативу или на захтјев подносиоца захтјева или апеланта“, да

²² Čl. 45 i 67 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 99/99, 29/02 i 49/02 –pročišćen tekst).

²³ О мерама обуставе, односно суспензије пред Уставним судом Хрватске и пракси овог суда, D. Кгарас, 119 до 124.

²⁴ Чл. 25, 57 и 64 Правила Уставног суда Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, бр. 22/14 и 57/14).

одреди „сваку привремену мјеру за коју сматра да треба да је донесе у интересу странака или правилног вођења поступка“. Овлашћењем да одреди привремену меру, по Правилима, располаже и председник Уставног суда у случају „немогућности сазивања сједнице“ Суда. Наведено решење је особено у упоредном праву, као и решење по коме је захтев за доношење привремене мере супсидијаран. Њега „може да поднесе учесник у поступку пред Уставним судом“ само ако је „претходно, у складу с могућношћу прописаном законом, тражио одлагање извршења одлука редовних судова или органа управе у поступку који је вођен пред тим судовима, односно органима“. Поступак за доношење привремене мере је хитан, а одлука којом се усваја захтев за доношење привремене мере је обавезујућа до доношења коначне одлуке Уставног суда. Правилима је наложено и да се одлука о привременој мери одмах доставља доносиоцу оспореног акта, странци и другим органима надлежним за њено извршење.

И Уставни суд Македоније овлашћење за предузимање привремене мере не црпи ни из Устава, ни из закона, већ из сопственог пословника (деловника).²⁵ Према судском пословнику, привремене мере Суд може предузети у поступку нормативне контроле, у поступку по уставној жалби и у поступку решавања сукоба надлежности до доношења коначне одлуке. Када се ради о привременој мери у поступку нормативне контроле Уставни суд решење о обустави (забрани) извршења појединачних аката или радњи предузетих на основу закона, другог прописа или општег акта чија се уставност или законитост оцењује, може донети „ако би њиховим извршењем могле настати тешко отклоњиве последице“. У овом случају Суд је обавезан „да што пре оконча поступак“. И у поступку заштите одређених уставних права и слобода македонски Уставни суд може донети решење о забрани извршења појединачног акта или радње до доношења коначне одлуке. При доношењу ове мере Суд није везан било каквим условима. Слично је и са привременом мером коју Суд може донети у току поступка решавања сукоба надлежности, а која се огледа у забрани „извршења појединачних аката органа поводом којих је изазван сукоб надлежности, до доношења коначне одлуке“.²⁶

На први поглед могло би се констатовати да поменути уставни судови уживају широку аутономију у изрицању привремених мера, тј. у

²⁵ Вид. чл. 27, 57, 66 и 71 Деловника на Уставниот суд на Републиката Македонија („Службен весник на Републиката Македонија“, број. 70/92), на www.ustavensud.mk.

²⁶ Исто.

оцени да ли је привремена мера „целисходна мера“, односно „разумна и сврсисходна“ или није. Но, ипак треба имати у виду чињеницу да се овлашћење уставних судова на суспензију аката и радњи органа државне власти (које се у теорији уставног права сматра изузетно снажним)²⁷, установљава као изузетак, за чију су примену, сем ретких изузетака, прописују веома захтевни услови. Дајући приоритет обезбеђивању поштовања устава као темеља уставне државе, односно заштити основа демократског друштва, у уставним и законским решењима савремених европских држава о условима изрицања привремене мере води се рачуна и о очувању функционалне поделе овлашћења, односно да се та решења обликују тако да се у њиховој примени што мање ремете уставом успостављени односи између органа законодавне, извршне и судске власти и уставног суда као „чувара устава“ и гаранта његове примене. У истој мери води се рачуна и о принципу правне сигурности: па су отуда и одлуке које се доносе по основу овог овлашћења не само изузетне и веома ретке међу одлукама уставних судова, већ и одлуке које су строго привременог карактера и јасно утврђеног дејства. Не спорећи сврху овог овлашћења уставних судова, односно института привремених мера када се ради о „спречавању наступања непоправљивих штетних последица“ до којих би могло доћи у примени прописа, односно аката и радњи у чију се уставност озбиљно сумња, ово овлашћење уставних судова ипак није општеприхваћено, нити пролази без приговора и озбиљних резерви. Тако се, пре свега, истиче да се овде ради о овлашћењу у чијем се коришћењу уставни судови не крећу само на граници (међи) „политике“ и „права“, нити им је устав једино мерило у одлучивању по захтеву за предузимање привремених мера. Хтели не хтели (*volens nolens*), у његовом вршењу судови су више на терену процењивања, неголи строго правног резоновања, што их свакако приближава начину одлучивања својственом законодавној и извршној власти. Стога, у вршењу овог овлашћења, уставни судови лако долазе у ситуацију у којој је уочљива оријентација ка поступању које их удаљава од строго правног резоновања, односно стање у коме је видно улажење контролора уставности у надлежност органа којима је уставотворац поверио функцију стварања и примене права. Ма колико била „корисна за појединце“ па и шире, са правним дејством које има мера суспензије донета у вршењу овог овлашћења је увелико спорна са демократског становишта, јер ремети и нарушава уставом успостављене односе у правном поретку. Све

²⁷ Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2008, 556.

у свему, према наведеним становиштима не може се избећи закључак да ово снажно овлашћење додатно доприноси концентрацији моћи у рукама „неконтролисаног контролора“ у односу на све друге државне органе чији су акти и радње предмет уставног надзора и да оно уставном судству омогућава непосредни уплив у вршење функција власти, при чему у тој ситуацији уставни суд поступа као „надуставни орган“ који више врши политичку, него уставну контролу. Најоштрије замерке ипак долазе од оних аутора који сматрају да овлашћење уставног судства за доношење мера суспензије важећег законодавства, аката извршне власти и правноснажних пресуда највиших судова у земљи, није само некомпатибилно принципу поделе власти на коме се темељи уређење модерних држава, већ оно истовремено директно угрожава правну сигурност као битан елемент уставне државности. Наглашава се да ове мере потенцијално рађају такву правну несигурност какву не изазива ни коначна касаторна одлуке уставног суда „као негативног законодавца“. Стварно дејство ове мере у периоду њеног важења је „равно касаторној одлуци“, јер оспорени акт се не може извршавати, упркос чињеници да је он формалноправно на снази, да је део правног поретка и да важи. И на крају, чињеница је да нису ни малобројне земље које не предвиђају могућност суспензије оспорених аката од стране уставног судства²⁸, пре свега с позивом на потребу посебне заштите принципа правне сигурности као темеља правне државе.

Због свега реченог, у уставним државама утемељеним на владавини права и поштовању уставом извршене функционалне поделе овлашћења међу органима и телима јавне власти, нужно се подразумева да уставни судови у својој пракси, поред доследног кретања у границама устава и закона у изрицању поменутих мера, изграде поуздане критеријуме (стандарде) за прихватање, односно одбијање или одбацивање захтева за предузимање привремених мера, који би са своје стране додатно обезбеђивали да мере суспензије аката и радњи у пракси доживе потврду да је њихово предузимање од стране уставног суда у конкретном случају било заиста неопходно и оправдано. Вршење овог овлашћења на прописани и предвидив начин, уз поштовање изграђених стандарда примерених демократској уставности, не би значило неосновано задирање устав-

²⁸ Од европских држава тако су поступиле: Андора, Белорусија, Бугарска, Кипар, Француска, Мађарска, Молдавија, Португал и Румунија. Упор. G. Harutunyan, A. Nussberger, P. Paczolay, *Study on individual access to constitutional justice*, Venice Commission 85th Plenary Session, 17-18 December 2010, CDL- AD(2010)039rev. Но, ваља указати на то да су многе од ових земаља прихватиле модел претходне контроле уставности – контроле *a priori*, са којом привремене мере у бити нису компатибилне.

ног контролора у надлежност законодавца или других државних органа, већ поступање Суда по налогу уставотворца, да у изузетним околностима предузме привремену меру до коначне одлуке уставности, којом ће обуставити извршење закона или дугог прописа у чију се уставност озбиљно сумња или дати другу „привремену наредбу“ у односу на спорне акте или радње да би се спречило наступање „неотклоњивих штетних последица“.

3. Мере обуставе извршења пред Уставним судом Србије

У остваривању бројних надлежности које су му Уставом додељене (члан 167) Уставни суд Србије (у даљем тексту: Уставни суд) поступа по специфичним правним правилима, односно процедурама, у зависности од предмета и природе главног (основног) уставног спора. Према важећем праву, пред Судом се води више различитих поступака, али су два основна и најважнија: *један*, који за предмет има објективни уставни спор – поступак нормативне контроле (апстрактне, инцидентне, накнадне превентивне) чији је циљ заштита Устава као највишег правног акта у земљи и основног, темељног закона; *други*, који за предмет има конкретни, субјективни уставни спор – поступање по уставним жалбама и другим правним средствима (жалбе, предлози, захтеви и сл.), – и који за примарни циљ има заштиту људских и мањинских права и слобода. Остали уставносудски поступци показују обележја једног од ова два основна облика поступања Суда.²⁹ Уставни суд припада породици уставних судова којима је уставотворац дао и „снажно уставно овлашћење“³⁰ да по покретању поступка нормативне контроле права, као примарном и најзначајнијем поступку, могу обуставити извршење појединачног акта и радње предузете на основу закона или другог општег акта чију

²⁹ Сагласно важећем законодавству, поред „поступка за оцењивање уставности (и законитости) општих аката“ и „поступка по уставној жалби“, то су следећи поступци: 1) поступак за оцену уставности закона пре његовог проглашења; 2) поступак одлучивања о одлагању ступања на снагу одлуке органа аутономне покрајине; 3) поступак решавања изборних спорова; 5) поступак решавања сукоба надлежности; 6) поступак одлучивања о забрани рада политичке странке, синдикалне организације, удружења грађана или верске заједнице; 7) поступак одлучивања о повреди Устава од стране председника Републике; 8) поступак по жалбама судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца на одлуку о престанку функције; 9) поступак по жалби на одлуке Високог савета судства; 10) поступак по жалби за заштиту локалне самоуправе; 11) поступак по жалби за заштиту територијалне аутономије; 12) поступак заштите посланичког мандата и др.

³⁰ Р. Марковић, 556.

уставност или законитост оцењују до доношења коначне одлуке. И док је могућност предузимања привремене мере³¹, у току трајања уставно-судског поступка предмет уређивања Устава, дотле су „услови“ за њено предузимање предмет уређивања Закона о Уставном суду (у даљем тексту: Закон).³² Устав у суштини ову меру познаје само у поступку нормативне контроле, и то у поступку оцене уставности (и законитости) правних норми *a posteriori* (члан 168 став 4) у којој се остварује примарна надлежност Уставног суда, која има за циљ заштиту уставности и обезбеђивање склада општих аката у јединственом правном поретку земље.

Када је у питању предузимање привремене мере у наведеном поступку, из одредаба Устава следи: *а)* да Уставни суд спада у уставне судове који располажу овлашћењем да у најважнијем поступку који води³³, може да обустави извршења „појединачног акта или радње предузете на основу закона или другог општег акта чију уставност или законитост оцењује“, *б)* да се ова мера доноси у току већ покренутог поступка пред Судом (предлогом овлашћеног предлагача или доношењем решења о покретању поступка по иницијативи физичких и правних лица или *proprio motu*); *в)* да се мера обуставе може изрећи (донети) од момента покретања поступка па до доношења коначне одлуке Суда; *г)* да се услови за њено доношење одређују законом. Поступајући по утврђеном налогу уставотворца, законодавац је утврдио само један услов, иако Устав говори о „условима“ за предузимање ове мере. Тако, Суд ову меру може донети ако би извршењем појединачних аката и радњи које се предузимају на основу оспореног закона или другог прописа „могле наступити неотклоњиве штетне последице“.

Основна карактеристика одлуке о обустави, односно одлагању извршења аката и радњи у нашем уставном поретку јесте да је ово изузетна мера, да је темпоралног карактера, да овом мером Суд не одлучује о самом уставном спору, нити она сама по себи прејудицира коначну одлуку Суда. Отуда, након доношења ове мере Суд може поступати на

³¹ У нашој уставној пракси, али и у правној литератури, за ову меру усталио се назив „привремена мера“, са значењем утврђеним Уставом, па га и ми у тексту користимо равноправно са називом који следи из текста Устава.

³² Вид. члан 58 Закона о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр.109/2007, 99/2011, 18/13 – Одлука УС, 40/15 и 103/15).

³³ О важности овог поступка говори чињеница да се у овом поступку врши контрола уставности норми свих аката у правном поретку: потврђених међународних уговора, закона, других општих аката; статута и општих аката аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе; општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења, општих аката политичких странака, синдиката, удружења грађана и колективних уговора.

различите начине, укључив и њено укидање пре доношења коначне одлуке о уставности оспореног закона или другог прописа³⁴. И приликом доношења коначне одлуке о главном спорном уставном питању, Суду у принципу стоји на располагању неколико могућности: *а)* да се донесе мериторна утврђујућа (касаторна, односно усвајајућа) одлука о повреди Устава и укине решење о привременој мери;³⁵ *б)* да се одбије предлог за утврђивање неуставности и укине решење о привременој мери³⁶; *в)* да се одбаци предлог за оцену уставности и укине решење о привременој мери; *г)* да се обустави поступак за оцену уставности и укине решење о привременој мери³⁷.

Поред наведене привремене мере установљене Уставом, наш правни поредак познаје још две врсте ових мера: *једну*, коју Суд може издати у поступку решавања сукоба надлежности; *другу*, коју Суд доноси у поступку непосредне заштите основних људских и мањинских права зајамчених Уставом. Наиме, у поступку уставне заштите принципа поделе власти – када Суд наступа као „конфликтни суд“ и у поступку непосредне заштите субјективних људских слобода и права – када Суд делује као „жалбени суд“ и „суд обичних грађана“, мере привремене суспензије су у целини креација законодавца, јер посебних уставних одредаба о овим мерама нема.

Тако, сагласно члану 73 Закона, Уставни суд вршећи своју Уставом утврђену надлежност решавања компетенцијских спорова „може одредити да се до окончања поступка решавања сукоба надлежности прекине поступак пред органима између којих је настао сукоб надлежности“. Из наведеног законског решења произлази да Уставни суд ужива апсолутну слободу при изрицању ове мере, јер га законодавац није вегао ни једним посебним условом у њеном изрицању, што није случај са привременим мерама у другим поступцима. Но, у досадашњој пракси Уставни суд није посезао за коришћењем овог свог овлашћења, иако је последњих неколико година, као ретко кад у својој дугогодишњој пракси, решио више стотина ових спорова.³⁸

³⁴ Суд се у овим случајевима, у посебној тачки изреке (по правилу, последњој) одређује према привременој мери, тј. изричито је укида. Званичним објављивањем коначне одлуке Суда привремена мера престаје да важи.

³⁵ Вид тако одлуке Суда у предметима IV-42//2008, IV-166//2009, IVз-361/2012, IVз-68/2013, IVз-244//2015 и др.

³⁶ Суд је тако поступио само у предмету IУо-152/2004.

³⁷ Вид тако одлуке Суда у предметима IV-183//2003, IV-166//2009, IУо-242/2012, IУо-254/2017 и др.

³⁸ Према Прегледу рада Уставног суда за 2015. годину, Суд је тако само у 2014. години у раду имао више од 350 предмета формираних по захтевима за решавање сукоба надлежности.

Суштина привремене мере установљене законом у поступку по уставној жалби, огледа се у привременој суспензији извршења појединачних аката и радњи државних органа и организација које врше јавна овлашћења чија се уставност оспорава непосредно пред Уставним судом због повреде основних слобода и права гарантованих Уставом и потврђеним међународним уговорима, односно међународним правом на чије се поштовање обвезала наша земља. Утврђујући као полазно решење да уставна жалба, као правно средство којим се пред Уставним судом тражи заштита субјективних права „по правилу, не спречава примену појединачног акта или радње против кога је изјављена“, законодавац је одмах потом предвидео могућност да изјављивање уставне жалбе изузетно може спречити извршење појединачног акта или радње чија се уставност оспорава, али под законом прописаним условима. Да би дошло до суспензивног дејства уставне жалбе, из одредаба Закона следи да је неопходно постојање одређених претпоставки и услова: *прво*, да је поднета уставна жалба (уредна); *друго*, да постоји захтев подносиоца уставне жалбе за одлагање извршења, јер Суд не може ову врсту привремене мере одредити *ex officio*³⁹; *треће*, да су кумулативно испуњена три разлога: *а)* опасност настанка тешко поправљиве штете подносиоцу, односно како то каже законодавац „ако би извршење проузроковало ненадокнадиву штету“ подносиоцу, *б)* да одлагање није супротно (да не противречи) јавном интересу, *в)* да одлагање неком трећем не наноси већу штету, *четврто*, да постоје озбиљни наводи и докази за усвајање уставне жалбе.

Како би примена овлашћења Суда да изузетно може да „обустави извршење појединачних аката и радњи“ у поступку нормативне контроле и у поступку по уставној жалби, или да прекине поступак у органима између којих је наступио сукоб надлежности“ остала у границама циља због кога је привремена мера уведена, то нужно захтева и од самог Суда да с посебном пажњом и одговорношћу разматра захтеве за њено предузимање и „брижљиво вага, одмерава и цени“ да ли је предузимање ове мере неопходно и оправдано, пре свега са становишта последица

³⁹ Ова законска могућност у ствари је право установљено у корист подносиоца уставне жалбе, које је независно од могућности одлагања извршења пред редовним судовима и другим државним органима и телима, коју му пружају законска решења у појединим областима процесног права. Отуда, Уставни суд не тражи да је подносилац уставне жалбе пре захтева за одлагање извршења исцрпео редовна правна средства за одлагање извршења оспореног акта или радње пред редовним судовима или другим надлежним органима. У случају кумулације са тим средствима, Уставни суд би или одлучио о захтеву или би застао са одлучивањем до одлуке надлежног органа, у зависности од околности конкретног случаја.

које могу настати. На такво поступање се самообвезао и Суд, када је усвојио пословничко решење по коме ће о захтеву за обуставу, односно одлагање извршења одлучити „у примереном року, водећи рачуна о разлозима и последицама које производи појединачни акт или радња“.

Снабдевање Уставног суда овим уставним овлашћењем не значи уздизање Суда од стране уставотворца (а потом и законодавца) на пијадестал „надуставног органа“, са овлашћењем универзалног контролора аката и радњи законодавне, извршне и судске власти. Напротив, на Суду је велика одговорност како за коришћење, тако и за некоришћење овог овлашћења, због последица које може произвести његова примена, али и његова непримена. У бити, ово овлашћење Уставног суда мора бити схваћено као још један Уставом дат (наложен) задатак Суда, који Суд врши у изузетним ситуацијама, на посебан начин и под прописаним условима, али и уз изграђене уставносудске стандарде (критеријуме)⁴⁰ примерене снази овог овлашћења, односно посебном циљу и дејству привремене мере – спречавање наступања „неотклоњивих штетних последица“ које се ни коначном одлуком Уставног суда не би могле отклонити или неутралисати. О наведеном се увек мора водити рачуна у разматрању захтева за обуставу извршења и коришћењу привремених мера. У супротном, неуједначена и неконзистентна пракса Суда у примени овог овлашћења, односно непотребно и неадекватно посезање за привременом мером или пак непосезање за овом мером када је она нужна, води додатној напетости у односима Суда и органа законодавне, извршне, управне и судске власти и нарушавању правне сигурности (извесности и предвидљивости) у правном поретку. Таква пракса, сама по себи, говорила би не само да Уставни суд није вршио одговорно свој Уставом наложени задатак, већ и да Суд, игноришући своју уставну улогу, и сам повређује темељне вредности уставне, демократске државности.

⁴⁰ У том погледу илустративни су и ставови Уставног суда Хрватске исказани у Рјешењу U-III-6481/2012 од 14. III 2013.

3.1. Обустава извршења појединачних аката и радњи у поступку апстрактне уставне контроле права

Мера обуставе извршење појединачног акта или радње подузете на основу закона или другог општег акта чију уставност или законитост оцењује Уставни суд, уставотворац је везао за поступак накнадне контроле уставности закона и других прописа, тј. за контролу *a posteriori*. Када је у питању оцена уставности текста закона пре његовог проглашења и ступања на снагу – контрола *a priori*, уставотворац, а ни законодавац, с разлогом не утврђују могућност предузимања привремених мера у овом поступку. То је сасвим логично, ако се има у виду циљ и сврха претходне контроле уставности закона и њен предмет, време када се претходна контрола уставности спроводи и рок у коме се ова контрола мора окончати. Прописивање мере обуставе извршења, чак би било и бесмислено у односу на текст закона усвојеног од стране парламентарне већине, који није постао правно перфектан (јер није проглашен, нити објављен у службеном гласилу, те стога није ни ступио на снагу). Законски текст који није постао део важећег правног поретка не може се ни применити, нити производити било какве правне последице, нити се на основу њега може приступити доношењу појединачних правних аката или предузимању одређених радњи од стране органа надлежних за њихово спровођење. Стога нема ни основних претпоставки за предузимање привремених мера у овом поступку.

Како је мера суспензије изузетно важна не само за подносиоца предлога тј. учеснике у поступку нормативне контроле, већ и за све оне на које се оспорени закон или други општи акт односи, по свом дејству и последицама које производи, поставља се питање да ли Уставни суд има потпуну слободу у процењивању да ли је привремена мера неопходна или није. Суд неспорно овде има широк „маневарски простор“, јер он је тај који самостално и, по правилу, без учешћа других органа (па и оних о чијим актима се ради) одлучује да ли ће изрећи ову меру или неће. Међутим, питање је да ли је Суд по Уставу дужан предузети ту меру увек кад су испуњене претпоставке за њено доношење, односно да ли Суд мора удовољити захтеву учесника поступка за предузимање привремене мере, ако је уз процесне претпоставке испуњен и Законом прописани услов – наступање „неотклоњивих штетних последица“. У уставносудској пракси се усталило становиште да је предузимање ове мере искључиво „уставносудска ствар“, односно дискреционо право, а не обавеза Суда,⁴¹

⁴¹ А. Мавчић, 213.

јер је уставотворац утврдио да Суд „може“ да је предузме, а не да је под одређеним условима, „дужан“ или да „мора“ да је предузме.⁴² Наша правна литература се овим питањем није посебно бавила, као ни питањем које се то последице могу подвести под законски појам „неотклоњиве штетне последице“. По правилу, у текстовима најчешће срећемо само парафразирана уставна и законска решења о овој мери. Компаративно искуство показује да постојање ближих критеријума за утврђивање испуњености услова за предузимање ове мере омогућава већу извесност и уједначенију праксу у њиховом изрицању, јер су уставни судови тада у позицији да примарно испитују да ли су ти критеријуми испуњени или нису, а не да буду органи који по сопственој процени и резонувању, од случаја до случаја, „мери и вага“ да ли би извршење правних аката и радњи евентуално водило настанку „неотклоњивих штетних последица“ или не.

Наш Уставни суд још увек није изградио одређеније ставове о томе када се има сматрати да се ради о „неотклоњивим штетним последицама“ и који су то критеријуми од којих ће Суд полазити приликом оцене да ли треба донети привремену меру или захтев за њено предузимање треба одбацити. Утврђивање ових стандарда и њихово придржавање од стране Уставног суда је свакако нужно, како због дејства ове мере, тако и осетљивости односа између носилаца законодавне, извршне и судске власти с једне стране и с друге, контролора уставности који формалноправно обуставља појединачне акте и радње, а *de facto* привременом мером, и то у форми „решења“, обуставља, односно „забрањује“, или „суспендује“ примену и извршење закона или другог прописа у чију се уставност сумња. Привременом мером се ствара једна правно и фактички необична ситуација, која изазива небројена питања. То је, формалноправно гледано, ситуација у којој је оспорени закон или други општи акт на снази (његова уставност још није испитана – то тек следи), он важи, његово извршење, односно извршење појединих одредаба формалноправно није обустављено (ни делимично ни у целини), већ извршење појединачних аката (а шта је са општим актима чији је правни основ садржан у оспореним одредбама?) и радњи које су предузете (а шта са оним које ће се бити предузимане – ако се уопште могу предузимати?) на основу оспорених одредаба закона (а оне су на снази) и сл.? Али, у реалности стање је такво да је закон „искључен“ из важећег правног поретка на

⁴² Подсетимо да је Савезни уставни суд Немачке дужан издати “привремени налог“ ако су испуњени прописани услови. И не само то, учесници поступка имају право и на приговор Суду на донету одлуку (усвајајућу и одбијајућу).

одређено време, па се отуда „једно стање које је уређено општим актом провизорно уређује судском одлуком“.⁴³

Анализа до сада донетих мера обуставе извршења појединачних аката и радњи у нормативној контроли, као и оних одлука којима су захтеви одбацивани, даје одређене назнаке у ком правцу би се могли градити ставови Суда. Наиме, увид у досадашњу праксу указује на то да се неки критеријуми полако граде, пре свега с ослонцем на уставне одредбе о јемствима и заштити појединих личних и политичких слобода и права и одредбе о основним уставним начелима. Тако је у досадашњој пракси Суда исказано становиште да би се о „неотклоњивим штетним последицама“ радило у случају ако би својом садржином и према свом правном дејству општи акт снажно захватао (задирао) у основна људска права или слободе; ако би се актом без уставног основа установиле одређене привилегије или погодности за поједине групе; ако би постојала основана сумња да је оспорена законска или друга правна норма супротна начелу забране дискриминације, или начелу једнакости свих пред уставом и законом, и сл. Увидом у досад донете одлуке о привременим мерама може се констатовати да је Суд овим мерама штитио: право на судску или другу правну заштиту, право на здравствену заштиту, равноправност полова, изборно право, доступност јавних функција под једнаким условима, заштиту посебних права националних мањина и сл. Такође, може се констатовати да наступање материјалне, имовинске штете (без обзира на њене размере и висину) задуго у пракси Суда није сматрано разлогом за предузимање ове мере. И у својој новијој пракси Суд је у принципу био доследан у погледу овог критеријума за (не)предузимање мере обуставе извршења у поступку нормативне контроле⁴⁴, али не и кад

⁴³ Д. Стојановић, *Уставно правосуђе*, Ниш 2016, 175. Слично је и у ситуацији када Суд прекине поступак пред органима међу којима је дошло до (позитивног) сукоба надлежности, или пак када одложи извршење правоснажне, коначне и извршне судске пресуде (укључив неретко и пресуде највишег суда у земљи) или појединачне одлуке било ког уставног или државног органа или организације која врши јавна овлашћења.

⁴⁴ Једна од привремених мера, упитна по много чему, садржана је у Решењу ГУо-242/2012 од 18. октобра 2012. којим је “обуствављено извршења Јавног конкурса за избор корисника места за постављање плутајућег објекта на делу обале и водног простора на територији града Београда, расписаног 7. марта 2012. Решењем, којим је прихватио иницијативе за покретање поступка за уврђивање незаконитости појединих одредаба Одлуке о постављању пловила на делу обале и водног простора на територији града Београда (‘Службени лист града Београда’, бр. 32/10 и 10/11), Правилника о избору корисника места за постављање плутајућег објекта на територији града Београда (‘Службени лист града Београда’, бр. 24/11 и 5/12) и поступка доношења Плана места за постављање пловила на делу обале и водног простора на територији града Београда (I фаза) (‘Службени лист града Београда’, бр. 10/11 и 52/11), Суд је истовремено обуставио ‘извршење поменутог Јавног конкурса’. У образложењу Решења стоји да је Суд оценио ‘да би

су у питању уставне жалбе. Напротив, највећи број привремених мера по уставним жалбама изјављен је због повреде права имовинског карактера.⁴⁵

Другим речима, уколико предузимање ових мера не би било изузетак, већ производ арбитрарног поступања, могло би се десити у пракси да Уставни суд у суштини „обезвреди улогу законодавца“ и других нормотвораца и озбиљно угрози њихову позицију искључивих носилаца нормативне функције, али и позицију других државних органа и тела у чију уставну надлежност спада извршавање и примена закона и других прописа. У тој ситуацији Уставни суд би за одређени временски период, чије трајање није извесно, у суштини преузео не само вршење законодавне функције, већ и функције извршења и примене права, што би очигледно водило угрожавању функционалне поделе власти која је установљена као водеће темељно начело уставног уређења савремене Србије. *A contrario*, уколико би ова мера остала само као могућност записана у уставном тексту, а не и мера која има и своју практичну примену и живот, тј. ако би се Суд клонио да је предузме у ситуацији када је очигледно да за њено предузимање постоје основани разлози и када је њено предузимање нужно, то би свакако била потврда небриге Уставног суда за поштовање и примену Устава и водило би обезвређивању функције уставне контроле и урушавању ауторитета Суда.

даље спровођење Конкурса могло произвести неотклоњиве штетне последице’, јер би ‘власници плутајућих објеката који годинама фактички користе места за постављање ових објеката обухваћена Конкурсом, на коме нису учествовали управо из разлога што сматрају да је незаконито расписан, морали да уклоне своје објекте како би на ова места своје објекте поставила друга лица која су Конкурсом добила одобрење за њихово постављање и која су носила одређене трошкове на име учешћа на Конкурсу. Уколико би Уставни суд оспорени Правилник прогласио незаконитим, тада би власници плутајућих објеката који су добили одобрење за њихово постављање применом оспореног акта, били у обавези да уклоне своје објекте, чиме би се озбиљно довео у питање уставни принцип правне сигурности. Крајњи исход наведене ситуације би био да ни власници објеката којима је одобрено коришћење одређеног места за постављање објеката, ни ранији фактички корисници ових места, не би могли даље да их користе, а Скупштина града Београда би пропустила могућност да уведе у правне оквире стихијско и неконтролисано коришћење места за постављање наведених објеката на делу обале и водног простора на територији града Београда. С тим у вези, Суд је утврдио да је наводима иницијатора *учињено вероватним* да би извршењем Конкурса могле *настати штетне последице које се не могу у потпуности отклонити*, те је стога Суд оценио да су испуњени услови прописани одредбом члана 56 став 1 Закона...“.

⁴⁵ Вид. тако одлуке Суда у предметима Уж-1581/2010, Уж-1645/2011, Уж-5057/2010, Уж-3456/2013, Уж-1868/2013, Уж-5322/2012, Уж-6172/2011, Уж-624/2013 и Уж-6808/2015 и др.

3.2. Поступак одлучивања о захтеву за обуставу извршења у поступку нормативне контроле

Како Устав у принципу садржи само неколико основних поступовних правила по којима Уставни суд поступа у вршењу нормативне контроле уставности, та правила треба тражити преважно у закону, с обзиром на то да је уставотворац препустио законодавцу да у целини уреди “поступак пред Уставним судом и правно дејство његових одлука”. Но, оно што из одредаба Устава о нормативној контроли уставности неспорно следи јесте да се Уставном суду у овом поступку, уз основни (главни, примарни) захтев упућен Суду (да испита уставност закона или другог општег акта и да након спроведеног поступка утврди да тај акт у целини или делимично није у складу са Уставом), може поставити и посебни (секундарни) захтев: да Суд до доношења коначне одлуке о уставности обустави извршење појединачног акта или радње која је предузета на основу општег акта чија се уставност или законитост оспорава, али под условима и по поступку прописаном законом. Када је у питању законско уређивање поступања Уставног суда по наведеном захтеву, може се констатовати да законодавац том питању није посветио дужну пажњу, те да је ово питање остало поднормирано. Тако је овом институту тематски посвећен само један члан Закона (члан 56), у коме је најпре *in texto* преузета уставна одредба, уз прописивање услова за његово коришћење – а то је: спречавање наступања „неотклоњивих штетних последица“. Одредбама ст. 2 и 3 овог члана утврђени су разлози за укидање изречене мере, односно доношење акта о одбацивању захтева. Поред тога, у законским одредбама о начину одлучивања Суда и акти којим Суд одлучује о питањима из своје надлежности, стоји да Суд о предметном захтеву одлучује на седници великог већа (члан 42б тач. 2), и да то чини решењем.⁴⁶ У прилог потврде наведене оцене је и чињеница да и судски пословник такође у једној одредби (члан 70) говори о поступању Суда по овом захтеву, и то само поступку покренутом предлогом овлашћених предлагача. Но, потреба за ефикасном уставносудском контролом, уз што мање ремећење правне сигурности, нужно тражи да се поступање по захтеву за предузимање привремених мера додатно уреди процедуралним правилима, с обзиром на специфичност предмета овог захтева, начин и мерило његовог испитивања и одлучивање Суда у односу на основни

⁴⁶ Тако је у члану 46 тач. 3) Закона утврђено да Судрешењем “обуставља извршење појединачног акта, односно радње и укида меру обуставе или одбацује захтев за обуставу извршења појединачног акта или радње“.

предмет уставносудског поступка у којем се ова мера може изрећи, те дејство привремене мере. За овај степен поднормираности овог важног института у нашем законодавству нема разумног оправдања, јер се ради о неспорно исказаној потреби уређивања изузетно важног овлашћења са којим наше уставно судство у одређеном облику располаже још од свог установљења; да је оно било предмет ближег уређивања ранијих уставних, законских и пословничких текстова⁴⁷, у чијој примени Суд има одређено искуство. Уређивању се могло приступити и по угледу на упоредна нормативна решења и праксу узорних уставних судова.

У ситуацији очигледне поднормираности појединих питања од значаја за поступање Суда у вршењу овог овлашћења, једина смислена констатација која следи, с обзиром на то да се овај захтев истиче у поступку нормативне контроле уставности, јесте да се и на питања поступања Суда по захтеву за обуставу извршења појединачног акта или радње, која нису уређена Законом, сходно примењују опште одредбе Закона о „поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука“ (чл. 20 до 49) и одредбе поступка „за оцењивање уставности општих аката“ (чл. 50 до 65).

Прво питање које се намеће у вези са поступањем Уставног суда у одлучивању о захтеву за обуставу извршења у поступку нормативне контроле, јесте питање ко тај захтев може поднети Суду, односно ко има својство овлашћеног предлагача. Иако је за опредељивање домашаја ове мере од изузетног значаја ко све може имати ово својство, у нашој важећој легислативи нема одредаба о томе ко је „овлашћени предлагач“, односно ко може захтевати од Суда да обустави извршење појединачног акта и радње предузете на основу прописа чија се уставност оспорава. Имајући у виду целину уставних и законских решења о поступку нормативне контроле, а посебно циљ мере обуставе извршења и њено дејство, неспорно је да ово право припада предлагачу, односно иницијатору

⁴⁷ Одмах по увођењу уставног судства у СФРЈ и њеним републикама чланицама (1963), Законом о Уставном суду Србије било је предвиђено овлашћење Суда да „може одредити привремене мере“ ако је „за време трајања поступка заштите права самоуправљања и других уставних права и слобода потребно спречити дејство појединачног акта или радње“ (члан 39), а чланом 22 Пословника (1964) било је утврђено: (1) „Ако судија у току претходног поступка нађе да треба одредити привремене мере за спречавање повреда неког основног права или слободe..., затражиће да Суд о томе одлучи на седници или на основу расправе. (2) После одлуке Суда о одређивању привремених мера предмет се поново даје судији ради даљег вођења претходног поступка. (3) Предлоге учесника у поступку да се привремене мере укину судија износи на решавање на седници Суда. (4) Ако у року од три месеца од дана одређивања привремене мере Суд не донесе коначну одлуку о заштити основних права или слобода, судија ће затражити да Суд на седници одлучи да ли привремене мере и даље остају на снази или се укидају“.

покретања поступка за оцењивање уставности пред Судом као заинтересованом лицу.⁴⁸ Захтев за обуставу извршења појединачних аката и радњи у поступку нормативне контроле се, по правилу, поставља истовремено са покретањем, односно иницирањем уставног поступка од стране предлагача или иницијатора. У уставносудској пракси то је било и најчешће. Међутим, захтев може да се постави и након тога, све до доношења коначне одлуке Суда. Да би захтев био размотрен и прихваћен од стране Уставног суда, он мора бити квалитетно припремљен – треба да садржи ваљане и уверљиве разлоге за предузимање привремене мере⁴⁹, да буде поткрепљен доказима од значаја за одлучивање Уставног суда. Или, како се то уобичајено каже у уставносудској пракси, „изнети разлози морају бити убедљиви, како би уверили Суд да има места предузимању ове мере.“

Надаље, питање је и да ли се из уставних и законских одредаба може извући закључак да се привремена мера може доносити искључиво на захтев учесника који покреће или иницира покретање поступка, као што је то случај са неким другим захтевима који се уз главни захтев могу изјавити у уставносудском поступку (нпр. захтевом за одређивањем застоја поступка⁵⁰, захтевом за одлагање извршења у поступку по уставној жалби и др.). Тешко би се могло закључити да је намера уставотворца и законодавца да овим правом располажу само предлагачи и иницијатори конкретног уставног поступка, а не и сам Уставни суд. Оваквом закључивању иде у прилог уставно начело официјелности у поступку нормативне контроле, по коме Уставни суд располаже уставним овлашћењем самосталног покретања поступка контроле уставности свих подуставних општих аката без изузетка. Следом наведеног,

⁴⁸ Док подносиоцу предлога, односно иницијативе стоји на располагању право да од Уставног суда затражи предузимање привремене мере у поступку који траје, другом учеснику у поступку чији се акт оспорава стоји на располагању Законом установљено право да од Суда затражи да се застане са поступком (за одређено време – које по Закону може да износи најдуже шест месеци) како би доносилац акта отклонио уочену неуставност. У пракси је било случајева да се у једном поступку појаве ова оба захтева. У тој ситуацији Суд је давао предност оном за који оцени да се његовим прихватањем може ефикасније заштити уставност.

⁴⁹ То не значи да захтев мора бити „нашироко образложен“, нити мора бити пропраћен бројним разлозима за његово прихватање. Довољно је навођење и само једног основаног разлога (нпр. да оспорена законска решења и акти донети у њиховом извршењу „вређају начело забране дискриминације“), те да се тврдња о изнетим штетним последицама образложи са неколико уверљивих реченица.

⁵⁰ У ставу 1 члана 71 Закона изричито стоји да у „току поступка, а на захтев доносиоца оспореног општег акта, Суд може, пре доношења одлуке о уставности или законитости, застати са поступком и дати могућност доносиоцу општег акта, да у одређеном року отклони уочене неуставности или незаконитости.“

делује као логично и рационално решење да Уставни суд може у поступку контроле уставности који покреће *ex officio* изрећи и привремену меру. Но, друго је питање може ли Уставни суд да утврди ову меру, у случају када је поступак покренут од стране овлашћених предлагача, или када је Суд покренуо поступак по поднетој иницијативи, ако поминути учесници поступка нормативне контроле изричито нису захтевали обуставу извршења појединачних аката и радњи предузетих на основу општег акта чија се уставност има испитивати. Мада има и другачијих мишљења (да Суд у овој ситуацији не располаже овим овлашћењем), наше је становиште да би и у овом случају Уставни суд могао *proprio motu*, да посегне за овом мером, увек кад у току поступка испитивања уставности општег акта процени да могу наступити „неотклоњиве штетне последице“. Наиме, имајући у виду улогу Уставног суда у заштити основних уставних вредности, те суштину и циљ привремене мере, сасвим је ваљан закључак да и сам Суд може да изда привремену меру, без да су тај захтев поставили заинтересовани учесници поступка. Ово становиште подупиру још неке чињенице. Тако је у појединим поступцима законодавац био изричит у опредељивању ко може подносити поједине захтеве Суду, па тако и захтев којим тражи обуставу, односно одлагање извршења (тако је то право законодавац изричито наменио само подносиоцу уставне жалбе, односно уставном суду у поступку решавања сукоба надлежности), а да то није учинио када је у питању поступак нормативне контроле. Како законодавац у поступку нормативне контроле то није учинио, то значи да није искључио ни могућност да Суд ову меру може да предузме *ex officio* у поступку који није самостално покренуо по „службеној дужности“. Као „чувар устава“, Суд би се морао сматрати позваним да спречи наступање непоправљивих штетних последица у уставном поретку земље, јер институт привремених мера штити не само појединца који је реалном и уверљивом учинио опасност да би му „чекање на коначну одлуку“ нанело штетне неотклоњиве последице, већ се она предузима и уз вођење рачуна о општем интересу, те да се у крајњем „коначној одлуци уставног суда о апстрактној контроли осигура учинковитост.“⁵¹ По природи своје функције Суд мора да води рачуна и о томе „да ли би извршењем појединачних аката и радњи предузетих на основу закона или другог прописа чију уставност Суд управо испитује, наступиле неотклоњиве штетне последице, не чекајући да од њега то траже учесници у поступку. Наиме, имајући у виду улогу устав-

⁵¹ Вид. ф.н под редним бројем 4.

ног судства у уставној демократској држави, било би нелогично да Суд који по сопственој иницијативи може да покрене оцену уставности, да изрекне привремену меру, и да по спроведеном поступку неуставни акт лиши правне снаге и отклони га из важећег правног поретка, не може по сопственој иницијативи у поступку нормативне контроле да посегне за мером привременог карактера која не прејудицира коначну одлуку Суда о уставности закона или другог прописа. Важно је да ова одлука *eo ipso* не утиче на исход поступка⁵², али она коначној одлуци Суда може обезбедити делотворност и ефикасност у заштити уставности. Такође, изричита је и одредба Закона по којој Суд у поступку нормативне контроле „није ограничен захтевом овлашћеног предлагача, односно иницијатора“, као и одредба по којој ће Суд да „настави поступак за оцену уставности и кад овлашћени предлагач, односно иницијатор одустане од предлога, односно иницијативе“ ако за то нађе основа.⁵³ Ту је и општеприхваћено правило по коме „онај ко може више, може и мање“, или како је то казивао В. Богишић, „У већем је и мање: коме је допуштено веће, не може му се кратити мање“. И на крају, закључак да Уставни суд може да изрекне привремену меру и у поменутој ситуацији, потврђен је и у пракси Уставног суда,⁵⁴ тј. решењем о обустави извршења појединачних аката и радњи предузетих на основу одредаба Закона о здравственој заштити.⁵⁵

⁵² Но, у нашој досадашњој уставносудској пракси, уз врло ретке изузетке, увек када је Суд издавао привремену меру било је скоро извесно да ће коначна одлука Суда бити касаторна. У том погледу изузетак представља предмет ИУз-152/2004 од 18. априла 2013, када је Суд донео одлуку којом је „одбио предлоге и одбацио иницијативу за утврђивање неуставности, односно несагласности са потврђеним међународним уговорима закона“ и укинуо Решење ИУ-152/2004 од 15. априла 2004. Наравно, изузетак представљају и одлуке којима је Суд укидао привремену меру и обустављао поступак оцене уставности, јер је доносилац закона или другог општег акта у међувремену, након изречене мере, ускладио оспорене прописе са Уставом. Вид. тако одлуке Суда упредметима: ИУ-242/2012, ИУ-480/2004, ИУз- 849/2010, ИУо-254/2016 и ИУо-215/2017.

⁵³ Вид. одредбе члана. 54 Закона о Уставном суду.

⁵⁴ Супротно од наведеног вид. Д. Стојановић, 177.

⁵⁵ Суд је тако у предмету ИУз-361/2012 донео Решење којим је на иницијативу грађана покренуо „поступак за утврђивање неуставности одредаба Закона о здравственом осигурању („Службени гласник РС“, бр. 107/05, ... и 119/12), док је по сопственој иницијативи обуставио извршење појединачног акта или радње која је предузета на основу оспорених одредаба Закона. У образложењу Решења стоји „да се, према оспореним одредбама Закона, осигураницима који не изврше избор изабраног лекара не пружа здравствена услуга у пуном обиму, односно не пружа адекватна здравствена заштита сагласно њиховом здравственом стању, већ само хитна медицинска помоћ, чиме им се фактички ускраћује могућност да остварују право на здравствену заштиту у складу са одредбама Устава и одредбама потврђених међународних уговора“, те да је Суд „анализом оспорених законских одредаба оценио да њиховом применом могу наступити неотклоњиве штетне последице, по једно од најважнијих људских права – право на заштиту здравља. Како је право на заштиту физичког и психичког здравља претпоставка за уживање бројних других права зајемчених Уставом, то је и обавеза свих да ово право посебно штите.

3.3. Претпоставке за одлучивање Суда при доношењу привремених мера у поступку нормативне контроле

Са значајном слободом делања, Уставни суд, као „господар уставносудског поступка и у изрицању привремених мера“ (*dominus litis*), ипак је везан одређеним поступовним правилима утврђеним у легислативи, као и појединим ставовима изграђеним у досадашњој пракси Суда у поступку нормативне контроле. Да би Уставни суд приступио разматрању и одлучивању о захтеву за обуставу извршења појединачних аката и радњи у поступку нормативне контроле права, неопходно је да буду испуњене одређене претпоставке, а пре свега: а) да је поступак за оцену уставности закона или другог општег акта покренут; б) да постоји озбиљна сумња у уставност оспореног општег акта, односно да та сумња „буде изузетно снажна“; в) да је очигледно да због сложености предметног спора или његове обимности коначна одлука о уставности не може бити донета у кратком року; г) да је поднет захтев за обуставу извршења појединачних аката и радњи предузетих на основу оспореног општег акта, у коме су на уверљив и документован начин предочене штетне последице које могу наступити уколико се не прихвати захтев; д) да би каснија утврђујућа уставносудска одлука могла имати само декларативни карактер (јер се ради о темпоралним актима или актима чије ће се извршење исцрпсти у једнократном доношењу појединачних аката, односно једнократном предузимању радњи на основу општег акта чија се уставност оспорава и сл.). Када је у питању сложеност и обимност уставносудских предмета као један од критеријума за предузимање привремене мере, у уставносудској пракси најчешће се таквим предметима сматрају они случајеви у којима доношењу мериторне одлуке претходи решавање „претходних питања“. Таквим се сматрају и они уставносудски предмети у којима се оспорава уставност више аката, који су у логичком низу и произлазе један из другог, или су у питању акти који су садржински повезани, те је потребно најпре започети оцену уставности општег акта највише правне снаге, односно акта који има тзв. системски карактер. Ту су и уставносудски предмети у којима је због

Његова заштита је Уставом изричито утврђена и као јавни интерес... Другим речима, како је здравље људи једна од основних вредности сваког демократског друштва, а посебно друштва социјалне правде, и како је држава дужна да у остваривању зајамчених права на заштиту физичког и психичког здравља својих грађана ствара услове да се она што ефикасније... и потпуније остварују и штите, Суд сматра да се последице извршавања оспорених одредаба Закона не могу накнадно отклонити, те је стога привремена обустава извршења појединачног акта или радње наведених... неопходна“.

њихове сложености и комплексности неопходно спровести опсежну и квалитетну јавну расправу чија припрема и спровођење тражи време, како због већег броја учесника у поступку, тако и обезбеђивања учешћа стручњака различитих специјализованих знања. Наравно, у сваком конкретном случају и кад постоје напред поменуте претпоставке, Уставни суд процењује оправданост приступања изрицању привремене мере, јер постоје и случајеви у којима одређивање привремене мере не би било оправдано. То би била она ситуација у којој је повреда Устава белодана, очигледна и када не треба изрицати привремену меру, већ треба што пре донети коначну одлуку и акт који вређа Устав отклонити из правног поретка како не би производио неуставне последице, без обзира на степен и тежину тих последица. Овај закључак потврђује и члан 56 Закона, према коме ће Суд, кад доноси коначну одлуку, одмах „да одбаци захтев за обуставу извршења појединачног акта, односно радње.“⁵⁶

Суд је дужан да, пре него што донесе одлуку о привременој мери, основни захтев „брижљиво и одговорно“ сагледа и размотри разлоге за предлагање мере, а потом испита и оцени да ли би извршење појединачног акта или радње предузете на основу општег акта чија се уставност оспорава изазвало „неотклоњиве штетне последице“. За орган какав је по свом положају и улози Уставни суд, доношење привремене мере никад није уобичајена, а понајмање рутинска активност. Разматрању и одлучивању о захтеву за обуставу извршења појединачних аката и радњи Суд мора прилазити са повећаном пажњом. Одлучивање Суда о томе да ли су испуњени услови за изрицање привремене мере, не тражи само уставноправне аргументе, већ оно укључује и примену начела „сразмерности“ и „пропорционалности“, или боље речено „мерење и вагање“, тј. „одмеравање“ Суда у процењивању да ли у конкретном случају може заиста доћи до „неотклоњивих штетних последица“, тј. да ли су одређене штетне последице већ наступиле или ће тек наступити; да ли оне не могу да се отклоне или могу али само уз велике напоре; да ли би се те последице доношењем привремене мере избегле и сл.⁵⁷ Већ смо констатовали да у нашој савременој уставносудској пракси нема изграђених правних ставова којих би се Уставни суд држао при-

⁵⁶ Вид. члан 56 став 3 Закона о Уставном суду.

⁵⁷ А. Мавчић такође указује на то да уставни суд при изрицању привремене мере мора на једној страни да цени какве би последице настале ако се извршење спорног прописа не би задржало а уставни суд потом утврди неуставност, а на другој, да водећи рачуна о тежини последица изрекне меру, а потом утврди да нема основа за утврђивање неуставности оспореног прописа. А. Мавчић, 216.

ликом одлучивања о захтевима за изрицање привремене мере, као и да у опредељивању значења и садржине законског појма „неотклоњиве штетне последице“ Уставном суду помоћ није пружила ни наша уставна теорија. Отуда и утисак да испуњеност услова за своје поступање Суд утврђује у сваком конкретном предмету, у зависности од околности случаја.

Захтев за обуставу извршења, по својој природи, тражи хитно поступање Суда. Сувишно је наглашавати да је од изузетне важности правовремено доношење привремене мере, управо због тежине и штетности последица које могу производити појединачни акти радње у примени евентуално неуставног прописа. Међутим, рокови за одлучивање Суда о овом захтеву нису прописани, нити се овај поступак Законом и важећим Пословником о раду Уставног суда (у даљем тексту: Пословник),⁵⁸ опредељује као хитан. Иначе, ранијим пословничким решењем (2008) била је утврђена обавеза Суда да о захтеву за обуставу извршења одлучи, „по правилу, у року од 90 дана од пријема захтева“.⁵⁹ Уместо тога, у члану 70 важећег Пословника стоји да ће Суд у „случају када се поступак покреће предлогом, о захтеву за обуставу извршења појединачног акта или радње... одлучити у примереном року, водећи рачуна о разлозима и последицама које производи појединачни акт или радња“. Наравно, било би за претпостављање да ће Суд у овим предметима поступати у примереном року и након изрицања привремене мере. Ово тим пре што се одлучивање у „примереном року“ тражи само у случају „кад се поступак покреће предлогом“ овлашћеног предлагача (а што у пракси није једини случај, један број привремених мера предузет је у поступцима који су „иницирани“). Дакле, како ни рокови за коначно одлучивање о спорном уставном питању, у случају предузимања привремене мере, а тиме и трајање ове мере ни на овај начин нису ни посредно одређени од стране законодавца, а ни самог суда у одредбама Пословника, то има за последицу да понекад привремена мера траје непримерено дуго, односно да се и сувише дуго чека на коначну одлуку Уставног суда о главној ствари. Како би се такве ситуације предупредиле, у упоредном уставном праву наилазимо на решења којима се непосредно или посредно кроз утврђивање трајања „привременог налога“ посредно

⁵⁸ Вид. члан 70 *Пословника о раду Уставног суда* („Службени гласник РС“, број 103/2013).

⁵⁹ У члану 67 *Пословника о раду Уставног суда* из 2008 („Службени гласник РС“, број 24/08) је стајало: „У случају када се поступак покреће предлогом, Уставни суд ће о захтеву за обуставу извршења појединачног акта или радње која је предузета на основу општег акта чија се уставност или законитост оцењује, по правилу, одлучити у рок у од 90 дана од дана пријема захтева.“

опредељује и рок у коме треба да се донесе коначна одлука, или се у самом „привременом налогу“, односно привременој мери тај рок утврђује.

Као добри примери доношења привремене мере сматрају се и они случајеви у којима је дошло до њеног хитног прихватања, односно привременог доношења. У досадашњој пракси као таква мера може се навести она предузета у предмету Уставног суда IУ-480/2003 од 29. децембра 2003, када је Суд обуставио извршење појединачног акта или радње који би били предузети на основу више одредаба Закона о уређењу судова („Службени гласник РС“, бр. 63/2001, 42/2002 и 27/2003), а зарад обезбеђења нужних услова за функционисање судске власти. Боље рећи, овом мером спречена је блокада вршења судске власти, до које би сигурно дошло у року од само неколико дана да није предузета привремена мера.⁶⁰ Иста оцена може се изрећи и за Решење IУз-244/2015 од 8. октобра 2015, о обустави извршења појединачних аката и радњи предузетих на основу појединих одредаба Закона о начину одређивања максималног броја запослених у јавном сектору. Доношењем ове при-

⁶⁰ У образложењу ове, по нама једне од најзначајнијих привремених мера у пракси Суда, изречене Решењем IУ-480/2003 од 29. децембра 2003. стоји да је наводима предлагача, по оцени Уставног суда, учињена вероватном околност да ће применом оспорених одредаба Закона настати неотклоњиве штетне последице у функционисању судске власти, посебно када се тиче заштите слобода и права и на закону заснованих интереса грађана и других правних субјеката и у обезбеђењу уставности и законитости. Наиме, оспореним одредбама Закона била би онемогућена примена одредаба чл. 12 до 20 Закона о судовима („Службени гласник РС“, бр. 46/91, 60/91, 18/92 и 71/92) којима је уређена надлежност судова. Законом о уређењу судова („Службени гласник РС“, бр. 63/2001, 42/2002 и 27/2003) се предвиђа нова врста судова и почетак њиховог рада, ...и утврђује се другачија надлежност свих судова. Међутим, апелациони судови и Управни суд нису формиран, нису изабране судије тих судова, нити су окружни судови реорганизовани за обављање послова из надлежности утврђене наведеним одредбама Закона... На тај начин, применом оспорених одредаба Закона, по оцени Суда, због немогућности функционисања судске власти, нарушава се начело поделе власти из члана 9 Устава, а самим тим онемогућава се остваривање заштите слобода и права грађана и законом утврђених права и интереса правних субјеката, што је основна функција судова, сагласно... Устава. Исто тако, применом оспорених одредаба довела би се у питање могућност да грађани и други правни субјекти остварују уставно право... на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом и другим државним органима и зајемчено право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о њиховим правима и на закону заснованим интересима. Осим тога, применом оспорених одредаба Закона, грађани и други правни субјекти не би били у могућности да против решења и других појединачних аката судских, управних и других државних органа донесених у првом степену изјаве жалбе надлежном органу (члан 124 Устава), а право на делотворан правни лек је општеприхваћен стандард међународног права. Имајући у виду да би применом оспорених одредаба Закона било онемогућено остваривање Уставом утврђене функције суђења и заштите слобода и права грађана, Суд сматра да су последице таквог стања, по својој природи, неотклоњиве, да се накнадним радом судова не могу отклонити, јер се не ради о последицама реститутивне природе, па се стога, привременом мером стварају услови да судови у погледу надлежности наставе да примењују одредбе чл. 12 до 20 Закона о судовима („Службени гласник РС“, бр. 46/91, 60/91, 18/92 и 71/92), што је, по оцени Уставног суда, не само од интереса за грађане и друге правне субјекте него и за заштиту уставности и законитости, начело владавине права и правну сигурност.

времене мере спречена је непосредна дискриминација услед законског прописивања различитих услова за престанак радног односа запослених у јавном сектору у зависности од пола, упркос изричитим уставним јемствима о равноправности полова, вишеструкој уставној забрани сваке дискриминације, те забрани умањења достигнутог нивоа људских права.⁶¹

Међутим, уколико се привремена мера не предузме, благовремено или се уопште не предузме иако су постојали објективни разлози за њено предузимање, следи закључак да је Суд занемарио свој уставни задатак. Овај закључак посебно се односи на оне предмете у којима су коначне одлуке Уставног суда остале пуко декларисање неуставности „у време важења закона“. Исто тако, недоношење ове мере благовремено или њено одбацивање (поготово када се ради о актима темпоралног карактера или актима једнократног извршења) значи и поговорање противуставном делању легислативе, а тиме и посредно обезбеђивању услова за одржавање у правном поретку и неуставних појединачних аката и радњи у одређеном периоду. Другим речима, одлуке о неуставности законских и других решења у време важења *de facto* нису водиле изменама појединачних аката, када су та решења установљавала погодности за поједина лица. У тим случајевима Уставни суд нити је доносио привремену меру, нити је одређивао начин извршења своје одлуке,⁶² па је коначна одлука Суда „заправо имала само дејство *lex imperfecta*“.⁶³

⁶¹ У образложењу и ове важне мере стоји да Суд оцењује да је прописивање законског услова за престанак радног односа због навршења одређених година живота који се односи само на жене запослене у јавном сектору и индиректно претварање једног законског права (права на старосну пензију под повољнијим условима у погледу навршених година живота) у основ престанка радног односа, уставноправно спорно са становишта Уставом гарантоване забране, како непосредне, тако и посредне дискриминације по било ком основу, а нарочито, између осталог, по основу пола, као и, индиректно, са становишта Уставом зајемчене доступности свих радних места свима под једнаким условима... Имајући у виду наведена спорна уставноправна питања, те чињеницу да почетак примене одредаба члана 20 Закона има за последицу утврђивање престанка радног односа лицима која испуњавају услове предвиђене овим одредбама... Уставни суд је оценио да ове околности представљају неотклоњиве штетне последице за лица на која би се одредбе примениле

⁶² Вид. тако Одлуку IУз-156/14 од 26. марта 2015, којом је утврђено да Закон о допуни Закона о судијама („Службени гласник РС“, број 121/12) није у сагласности са Уставом. Наиме, овим законом су судије које су биле изабране на трогодишњи мандат преведене (*ex lege* постављене) у судије са сталном судијском функцијом, а да од стране Високог савета судства нису биране по утврђеним мерилима, како то из Устава изричито произлази. Накнадно донета мериторна одлука Суда којом је утврђено да је Закон неуставан, остала је без било каквог дејства. О лошим странама ове одлуке вид. Издвојено мишљења судије, аутора овог рада објављено у „Службеном гласнику РС“, број 63/2015.

⁶³ Д. Стојановић, 177.

3.4. Основна својства решења о обустави извршења појединачних аката и радњи у поступку нормативне контроле

Акт којим Суд у поступку нормативне контроле обуставља извршење појединачног акта или радње, односно одбацује захтев за обуставу извршења појединачног акта или радње, доноси се у форми решења. Ово решење Суд усваја на седници великог већа (који чини председник Суда и седам судија). Уколико се у већу не постигне једногласност за изрицање привремене мере у конкретном случају, одлучивање *ex lege* прелази на Уставни суд.⁶⁴

Решење о обустави извршења појединачних аката и радњи у овом поступку доноси се са садржином опредељеном законским и пословничким одредбама којима су утврђени основни елементи уставносудских одлука, односно аката које Уставни суд доноси у вршењу својих функција⁶⁵. Тако су и његови основни елементи: увод,⁶⁶ изрека⁶⁷ и образложење.⁶⁸ Посебно је важно указати на то да се Уставни суд у образложењу ових одлука често позива на одређене чињенице и доказе, како би ојачао своју позицију, а не само на уставноправне аргументе. Отуда се за образложење привремене мере сликовито може казати да „представља оправдање уставног суда за њено предузимање“.

Што се тиче времена доношења, привремена мера се, по правилу, изриче након покретања поступка уставне контроле (као самостална одлука, јер је поступак већ покренут предлогом овлашћеног предлагача)⁶⁹

⁶⁴ Вид. члан 42б став 1 тач. 2 и члан 46 тач. 3 Закона. На седници великог већа Суд доноси и решење којим се укида мера обустављања извршења појединачног акта, односно радње.

⁶⁵ Члан 78 Закона о Уставном суду и члан 86 Пословника о раду Уставног суда.

⁶⁶ У уводу сваке одлуке Уставног суда, па тако и решења о привременој мери, назначује се да је овај акт донео Суд на седници великог већа, наводи се састав већа, односно име председника и судија, који су учествовали у доношењу одлуке, уставни основ за доношење одлуке, датум одржавања седнице и по потреби други подаци.

⁶⁷ Изрека или диспозитив обавезно садржи одлуку Суда да се „обуставља извршење појединачног акта и радње“, назив оспореног акта, податке о објављивању акта, а може садржати и друге податке у зависности од акта у односу на чије одредбе се изриче привремена мера.

⁶⁸ У образложењу се излажу захтеви подносиоца, наводи разлози на основу којих се тражи привремена мера, одредбе оспореног акта, позив на уставне и законске одредбе на којима се заснива привремена мера, разлози за предузимање мере наведене у изреци и друга аргументација Суда од значаја за одлуку. У суштини, најважнији део образложења ове одлуке јесте аргументација (уставноправна и чињенична) која је била од пресудног значаја за утврђење (процену) Суда да би недоношењем привремене мере наступиле „неотклоњиве штетне последице“.

⁶⁹ Вид тако решења Суда IУ- 124/2000, IУ-166/2003, IУ-480/2003, IУз- 42/2008 IУз-849/2010, IУз-244/2015.

односно истовремено са покретањем поступка (ако је поступак инициран или га Суд покреће *ex officio*). Суд нема прописану обавезу да о захтеву увек одлучи самосталном одлуком, нити пре доношења коначне одлуке. Тако се у пракси привремена мера утврђује, односно доноси истим решењем којим се покреће поступак за оцену уставности,⁷⁰ а обично се одбацује у одлуци којом се мериторно одлучује о уставном спору или се једноставно одбацује заједно са одбацивањем иницијативе за покретање поступка нормативне контроле. Међутим, ако Суд није одлучивао само о захтеву за предузимање привремене мере, већ је једним истим актом покретао поступак оцене уставности закона или другог општег акта или је одбијао предлог овлашћеног предлагача, и акт о привременој мери ће бити другачије сачињен, како то следи и из одредаба Закона и Пословника.⁷¹

Како је утврђивање разлога за предузимање привремене мере у конкретном случају, као и утврђење Суда у чему се састоји наступање „неотклоњивих штетних последица“ бит поступка који тече по захтеву за обуставу извршења, Уставни суд је у досадашњој пракси, по правилу, тим питањима у образложењу решења посвећивао нарочиту пажњу, сматрајући их најважнијим делом образложења одлуке о предузимању привремене мере.⁷² Међутим, било је случајева да је Суд, уместо

⁷⁰ Тако је Суд поступио у предмету IУз-68/2013 донео решење о покретању поступка за утврђивање уставности одредаба члана 103, 105 и 106 Закона о планирању и изградњи („Службени гласник РС“, бр. 72/09) обуставио извршење појединачног акта или радње која је предузета на основу наведених одредаба. У истом решењу, Суд је одбацио иницијативу за покретање поступка за оцену уставности више одредаба Закона о планирању и изградњи. Са истом структуром изреке су и Решење IУз-68/2013 које се односи на Закон о здравственој заштити, Решење IУз-428/2013 које се односи на Закон о судијама, Решење IУо-235/2016 које се односи на Статут Адвокатске коморе Београда.

⁷¹ У појединим одлукама Уставног суда којима се одбија или одбацује предлог за оцену уставности у изреци се често и не наводи да се одбија, односно одбацује захтев за привременом мером, већ се у образложењу одлуке сако констатује да је захтев поднет, али пошто је Суд „донео коначну одлуку одлучивање о привременој мери је беспредметно“.

⁷² Вид. тако образложење већ поменутог Решења предмета IУз-480/2003 о обустави извршења појединачног акта или радње предузете на основу одредаба Закона о уређењу судова дато у ФН под редним бројем 61. У предмету IУз-68/2013. Уставни суд је оценио да би применом оспорених одредаба Закона о планирању и изградњи могле наступити неотклоњиве штетне последице по друштво у целини. До тога би могло да дође јер се превођењем права коришћења у право својине стиче право располагања на грађевинском земљишту без икаквих законских ограничења, која су ранијим прописом била установљена за случај промета права коришћења. Уставни суд је установио да се последице утврђивања евентуалне неуставности оспорених одредаба Закона не би могле накнадно отклонити. И у образложењу Решења IУ-152/2004 (донетог у време важења Устава из 1990), Уставни суд је оценио да би применом оспорених одредаба Закона о правима оптуженог у притвору Међународног кривичног трибунала и чланова њихових породица могле наступити неотклоњиве штетне последице, посебно са становишта остваривања начела из члана 13 Устава да су грађани једнаки у правима и дужностима и да имају једнаку заштиту

индивидуализовања разлога за изрицање привремене мереи утврђења у чему се конкретно састоје „непоправљиве штетне последице“, у образложењу посезао за општијим формулацијама,⁷³ док је у појединим образложењима само констатовано да је: “привремена мера донета узимајући у обзир улогу и надлежности доносиоца појединачних акта и радњи“, да се Суд „руководио начелом правне сигурности објективног правног поретка“, да је „меру предузео ради спречавања штетних последица, које би у пракси могле настати због примене спорних одредаба закона“, „да оцењује потребним привремено обуставити предузимање и извршење свих појединачних аката и радњи које могу предузимати овлашћена тела на основу оспорених одредаба закона, због последица које се тешко могу отклонити“ и сл.

Мера обуставе извршења појединачних аката и радњи у поступку нормативне контроле је, по својој природи, акт ограниченог трајања, темпорални акт. Привременост, тј. темпоралност ове уставносудске одлуке дакле није упитна, јер је њено трајање Уставом изричито ограничено – она најдуже може трајати до доношења коначне одлуке Суда о примарном, главном спорном питању. Али, колико ће заиста овај акт

пред државним и другим органима без обзира на какво лично својство и члана 22 став 1 Устава према коме свако има право на за све једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, другим државним или било којим органом или организацијом, као и принципа из члана 70 став 2 Устава, према коме су права, слободе човека и грађанина и једнакост пред законом, поред осталог, основа и мера овлашћења и одговорности републичких органа. Уставни суд сматра да се наведене последице не могу накнадно отклонити, па је стога привремена мера обуставе извршења појединачног акта или радње, који би били предузети на основу одредаба оспореног Закона, неопходна, не само због заштите слобода и права човека и грађанина, него и због остваривања принципа заштите уставности и законитости“.

⁷³ Тако је Суд поступио у *Решењу IV-124/2000*, којим је обуставио извршење појединачних аката и предузимање радњи на основу Одлуке о изборним јединицама на територији општине Суботица за избор одборника Скупштине општине Суботица („Службени лист општине Суботица“, број 13/2000). У образложењу Решења стоји да је наводима предлагача учињена вероватном околност да се Одлуком озбиљно доводи у сумњу могућност да све националне заједнице које живе на територији општине Суботица равноправно буду представљене, преко својих представника, у Скупштини општине Суботица и учествују у пословима јединице локалне самоуправе, који имају карактер и природу јавних послова, а питањима која су од интереса за њихов свакодневни живот и рад“. Илустративно је и образложење Решења Суда IУ-849/2010 којим је обустављено извршење појединачних аката и радњи предузетих на основу Закона о Агенцији за борбу против корупције, у коме стоји да је Суд оценио да би извршење донетих појединачних аката могло довести до наступања неотклоњивих штетних последица, које се „исказују у обавези подношења оставки на функције без обзира да ли су за њихово истовремено обављање испуњени Законом прописани услови. У том случају би се законити рад државних и других органа условљавао спровођењем накнадног изборног поступка за обављање функција које су остале упражњене подношењем оставки од стране лица која су их до тада вршила. Тиме би наступила немогућност враћања у пређашње стање права и статуса функционера који су, поступајући по одредби члана 82 Закона, поднели оставку на вршење свих функција мимо изабране јавне функције за чије су се обављање лично определили.“.

бити на снази и колико ће трајати „стање суспензије“ је неизвесно,⁷⁴ за разлику од неких других одлука Суда чије је трајање одређено роком.⁷⁵ Трајање ове мере у принципу зависи од воље самог Уставног суда и његовог поступања по главном предмету уставног спора. На трајање ове мере може утицати и промена околности које су биле одлучујуће за изрицање ове мере, па тако сагласно Закону „Суд може и раније укинути одлуку о обустави извршења појединачног акта, односно радње, уколико су разлози обуставе, услед измењених околности, престали (члан 56 став 3). Али, и доносилац оспореног закона или другог општег акта може утицати на трајање привремене мере, уколико се определи да приступи њиховој измени пре коначне одлуке Суда. У земљи примерене (развијене) уставне културе, односно земљама у којој уставни суд ужива ауторитет, свака одлука уставног суда, а посебно она о покретању поступка за испитивање уставности закона праћена мером суспензије, није само упозорење законодавцу. Она се у суштини сматра наредбом (налогом) доносиоцу акта да без одлагања преиспита спорни акт како би се отклониле уочене неуставности пре коначне, касаторне одлуке уставног суда. Наша пракса у том погледу није уједначена, нити је увек била узорна без обзира на то што би изуставног текста о изузетној позицији и овлашћењима Уставног суда следио другачији закључак, а посебно ако се има у виду његово пола века дуго постојање и функционисање.

Сходно правилима о стицању својстава обавезности, коначности и извршности, као и почетку дејства мериторних уставносудских одлука донетих у поступку нормативне контроле *a posteriori*, и решење о привременој мери донето у том поступку стиче поменуто својства и почиње да дејствује даном његовог службеног објављивања, односно даном достављања учесницима поступка.⁷⁶ Дакле, иако се ради о акту Суда, који се по својој форми и садржини разликује од коначних одлука Суда и акту у форми „решења“ – одлука Уставног суда о обустави извршења појединачних аката и радњи у бити има основна својства које

⁷⁴ У досадашњој пракси најкраће је трајала привремена мера у предмету IY-124/2000 (непуна два месеца). Највећи број привремених мера трајао је од три месеца до годину дана. Поједине привремене мере трајале су и знатно дуже (по неколико година). Тако је привремена мера у предмету IY-166/2003 трајала шест година (Закон о организацији и надлежностима државних органа у сузбијању организованог криминала), а најдуже је трајала у предмету IY-152/2004, преко девет година (Закон о правима оптуженог у притвору Међународног кривичног трибунала и чланова њихових породица).

⁷⁵ Законом је изричито прописано да „застој поступка може трајати најдуже шест месеци“, а ако „у одређеном року неуставност или незаконитост не буде отклоњена, Суд ће наставити поступак“ (члан 71 ст. 2. и 3).

⁷⁶ О правној природи и коначности одлука уставних судова вид Б. Ненадић, *Осврт на коначност уставносудских одлука донетих по уставним жалбама*, Pravni informator, 1/2017, 3–15.

имају и остале уставносудске одлуке донете у поступку нормативне контроле.⁷⁷ Круг субјеката који су обавезани и овом уставносудском одлуком је широк, јер се ни њој не „подређују“ само органи који су донели оспорени закон или други пропис и органи надлежни да примењују (и извршавају) оспорени нормативни акт доношењем појединачних аката или предузимањем радњи, чије је извршење мером Уставног суда обустављено.

Решење којим се обуставља извршење појединачних аката и радњи у поступку оцене уставности права је не само обавезно, већ и коначно и извршно. На ову одлуку Суда не може се улагати приговор или друго правно средство. Она се не може преиспитати, ни по захтеву Народне скупштине, односно другог нормотворца, нити органа и тела која доносе појединачне акте или предузимају радње чије је извршење обустављено. Истовремено са стицањем обавезности и ова одлука стиче извршност. То значи да нису потребни никакви процесни услови за наступање извршности ни ове одлуке Уставног суда и да је она обавезна *per se*, тј. самим својим постојањем.⁷⁸ Наиме, даном стицања обавезности донета мера постаје и извршна, што се огледа у „моменталној обустави извршења“ појединачних аката и радњи предузетих на основу оспореног закона и другог прописа.

3.5. Дејство одлуке о обустави извршења појединачних аката и радњи

Ни о правним дејствима решења о обустави извршења појединачних аката и радњи у поступку нормативне контроле нема посебних законских правила, већ се и на њих примењују општа правила која се односе на дејство одлуке Уставног суда које се доносе у поступку нормативне контроле. Нема сумње да одлука о обустави извршења донета у поступку нормативне контроле својим дејством превазилази правне учинке других темпоралних мера у поступку пред Судом (одлуке о застоју поступка, о мери одлагања у поступку и сл.). Најпре, предметна одлука о привременој мери не обавезује само доносиоца аката или радњи чије је извршење обустављено. Иако се не ради о коначној (мериторној) одлуци Уставног суда, одлука о привременој мери делује према свакоме, али и за свакога (*inter omnes*), а не само у корист субјеката који су захтевали њено доношење.

⁷⁷ О својствима и дејству одлука донетих у поступку нормативне контроле опширније В. Чок, *Врсте и дејство одлука уставних судова*, Београд 1972.

⁷⁸ О овом својству уставносудских одлука и њиховом дејству опширније Р. Марковић, 556 и 557.

У законодавству нема ни изричитих одредаба о томе од ког момента почиње дејство акта о привременој мери донетог у поступку нормативне контроле. У основи, требало би поћи од тога да и за ову одлуку Суда важе општа уставна и законска решења о дејству одлука донетих у нормативној контроли, које „стичу правну снагу“ даном службеног објављивању. У пракси, акти Уставног суда који садрже одлуку о привременој мери су, по правилу, објављивани у Службеном листу, било *ex lege* кад је одлука о привременој мери била саставни део одлуке Суда којом је Суд коначно одлучивао (нпр. одбијао предлог у одређеном делу, није прихватао иницијативе и сл.) или по посебном закључку Суда на основу члана 49 Закона, као акт који је „од ширег значаја за заштиту уставности и законитости“, што је био и најчешћи случај. Иначе, одлука о привременој мери дејствује за убудуће (*pro futuro*), односно унапред (*ex nunc*).

Без обзира на то што се не ради о нормативном акту, одлука о привременој мери изречена у поступку нормативне контроле је по свом дејству у суштини блиска општем дејству нормативног акта чија је уставност оспорена и у односу на чије одредбе је мера обуставе изречена, јер она *de facto* на посредан начин „одлаже примену законских одредаба или одредаба другог прописа“ на одређено време, са истим дејством као да је то учинио и сам законодавац. Када се читају поједине одлуке Суда о привременим мерама, *prima facie* може се стећи утисак да на таквом становишту стоји и сам Суд, кад изричито каже да се „доношењем привремене мере, до коначне одлуке Суда неће примењивати одредбе закона...“⁷⁹ У литератури уставног права наилазимо и на становишта да се у бити њоме делимично или у целини „анулира законско или друго нормативно решење за одређени временски период“, да је доношењем привремене мере вршење законодавне функције у том сегменту „преузео сам Уставни суд“, и то не као „негативни законодавац“, јер он то сада чини и пре него што је утврдио несагласност спорног закона или другог општег акта са уставом.

У вези са стварним дејством привремене мере, основно питање је да ли се оно простире само на „акте и радње предузете на основу оспореног закона или општег акта“, или и на „закон и други општи акт чија

⁷⁹ На таквом становишту стоји и сам Уставни суд, исказујући га у образложењу својих одлука о привременим мерама. Тако, у поменутој одлуци УЗ-68/2013 Суд је у образложењу решења изричито констатовао да доношење привремене мере „значи да се, до доношења одлуке Уставног суда у овом предмету, неће примењивати одредба Закона о планирању и изградњи којом је прописано да се на грађевинском земљишту у државној, односно јавној својини право коришћења може конвертовати у право својине...“.

се уставност испитује“ пред Уставним судом. У југословенској уставној теорији преовладало је становиште да се привременом мером „не може одложити од примене (извршења) закон или други пропис чију уставност односно законитост уставни суд оцењује“. Дакле, очигледно је да је наше важеће уставно решење утемељено на наведеном становишту. Наиме, чувајући ауторитет доносилаца свих општих аката, односно ауторитет закона, као и свих других општих аката, који творе позитивни правни поредак, уставотворац и законодавац, а потом и сам Уставни суд (у пословничким одредбама и у диспозитиву одлука о изрицању привремене мере), изричито говоре о „обустави извршења појединачног акта и радње предузете на основу закона или другог општег акта“ чија се уставност оцењује пред Судом, а не о суспензији извршавања закона или другог општег акта који је споран, односно чију сагласност са уставом Суд оцењује. Одредба члана 168 став 4 Устава су језички потпуно јасна и као таква *prima facie* не изазива потребу за тумачењем. Међутим, иако Уставни суд, формалноправно гледано по тексту Устава привременом мером не може „обуставити, ни одложити“ примену закона, ни било ког другог прописа чију уставност испитује, у пракси он то у суштини чини (додуше на један заобилазан, посредан начин), јер по последицама које производи, одлука о привременој мери Суда *de facto* суспензије примену оспореног закона, односно другог општег акта.⁸⁰ Живот, тј. примена одредбе закона или другог прописа у чијем извршењу је донет акт или предузета радња у односу на које је изречена привремена мера се тог момента „зауставља“, јер нема више могућности њиховог извршења (које је једина потврда стварног живота сваког важећег закона или другог прописа). Дакле, не улазе само у „стање сна“ појединачни акти и радње чије је извршење обустављено, већ и оспорене одредбе закона, односно другог прописа; и оне су „успаване“ до коначне одлуке Суда о њиховој уставности. Са становишта циља апстрактне нормативне контроле, те основног захтева који се истиче у том поступку, то је и логично, јер су предмет спора одредбе закона или другог прописа (њихова се уставност изричито оспорава и испитује), а не појединачни акти и радње чије је извршење обустављено. Такође, није без значаја указати на то да Суд у одлуци о привременој мери, по правилу, не наводи појединачно конкретне акте или радње чије се извршење обуставља (нити их по правилу идентификује – изузетак чини поменута привремена мера о „обустави јавног конкурса“), већ на један општи, генерални начин обуставља

⁸⁰ То белодано потврђује одлука у предмету ГУ-480/2003 од 29. децембра 2003, којом је одложена примена појединих одредаба Закона о уређењу судова.

извршење појединачног аката уопште (који је донет или који се може донети) и радње предузете на основу одредаба закона или другог општег акта који се оспорава. Таква изрека у бити не може за последицу имати ништа друго већ обуставу извршења и саме оспорене одредбе, јер другог начина извршења закона и других општих аката (мимо преузимања појединачних аката и радњи) и нема. Отуда нам се заиста чини изузетно важним одговор на следеће питање: ако оспорени закон или други пропис формалноправно јесте на снази и неспорно је да важи – још није утврђена и оглашена његова неуставност, већ је само покренут поступак оцене његове уставности, зашто се оспорене одредбе закона и другог прописа након званичног објављивања одлуке о привременој мери којом је „само“ обустављено извршавање појединачних аката и радњи донетих на основу тих одредаба више не примењују? Нико више не може да се позива на одредбе закона или другог прописа у вези са којом је предузета привремена мера, јер се оне у одређеном временском периоду не могу извршавати, односно примењивати, док Суд коначно не одлучи о њиховој даљој судбини. Не могу да их извршавају ни надлежни органи, који су по Уставу иначе дужни да то чине доносећи појединачне акте и предузимајући правне и друге радње. С обзиром на све наведено, у најмању руку упитно је да ли је уставно решење према коме се обуставља извршење појединачних аката и радњи предузетих на основу оспореног закона, а не изричито спровођење одредаба закона (а што јесте стварно дејство привремених мера), својеврсна уставна фикција. Чини се да је пракса најбољи судија, а она је показала нешто друго од онога што пише у уставној норми и у изрекама уставносудских одлука о привременим мерама – да се у стварности обуставља извршење одредаба оспореног закона или другог прописа, а не само „појединачних аката и радњи предузетих у њиховој примени“. Уосталом, није ли то и разлог што у уставима појединих европских земаља стоји изричито овлашћење уставног суда да привременом мером може обуставити примену оспореног закона или другог прописа делимично или у целини, до коначне одлуке о уставности. Речју, наведени и други разлози поменути у овом тексту управо воде ка констатацији да се мером из члана 168 став 4 Устава у ствари тражи од Суда „да привремено суспендује важење општег акта, да посебном мером забрани његову примену.“⁸¹

⁸¹ Д.Стојановић, 175.

3.6. Осврт на праксу Уставног суда Србије

У пракси Уставног суда привремена мера се у суштини ретко изриче, мада би велики број мериторних одлука које су донете, а на које се чекало више година, наводило на закључак да је у значајном броју случајева било потребно њено доношење. Наведену оцену најбоље потврђује чињеница да је Уставни суд од доношења Устава 2006. до краја 2017. године примио преко 2.700 предмета у којима је предлагана или иницирана нормативна контрола. У том периоду решено је преко 2.000 предмета. Међу решеним предметима Суда су и 322 мериторне одлуке, с тим што је у 46 предмета Суд донео одлуке о одбијању предлога за оцену уставности, док је у 276 предмета донео касаторне одлуке. У том периоду Суд је донео укупно 11 привремених мера у поступку нормативне контроле, од којих је шест мера изречено у односу на законе, а пет у односу на друге опште акте.⁸² Иначе, према расположивим подацима, Суд је од 2000. до јула 2018. у предметима нормативне контроле донео укупно 15. привремених мера, и то: девет мера у односу на поједине одредбе закона, две мере у односу на акте јединица локалне самоуправе, једну меру у односу на акт Републичке изборне комисије; једну меру на акт Државног већа тужилаца, једну меру у односу на акт Високог савета судства и једну меру у односу на акт Адвокатске коморе Београда.⁸³ Иначе, у савременој пракси Суда уочљива је тенденција да Суд за овим мерама чешиће и лакше посеже у поступку по уставним жалбама, него у поступку нормативне контроле. Тако је Суд у периоду од 2009. (када је донета прва привремена мера по уставној жалби Уж-496/2009, 16. априла 2009. године, којом је одложено извршење пресуде Врховног суда Србије Рев. 3277/08 од 18. фебруара 2009. године) па до краја 2017. године изрекао меру одлагања (суспензије) аката оспорених уставном жалбом у 22 предмета.

Изнети подаци говоре да је у пракси Уставни суд следио становиште о рестриктивној примени и коришћењу овлашћења за изрицање привремених мера као изузетних чињења уставног судства у односу на важеће акте и радње надлежних органа власти, у чију се уставност

⁸² Утврђено према подацима датим у годишњим прегледима рада Уставног суда за наведени период.

⁸³ Наведено према подацима садржаним у билтенима Уставног суда и прегледима рада Суда. Следи да је Суд у наведеном периоду донео привремене мере у следећим предметима: IУ-124/2000, IУ-166/2003, IУ-480/2003, IУ-152/2004, IУ-42/2008, IУз-849/2010, IУо-242/2012, IУз-361/2012, IУз-68/2013, IУз-428/2013, IУз-427/2013, IУз-244/2015, IУо-235/2016, IУо-254/2016 и IУо-215/2017.

тек сумња. У својој пола века дугој пракси Суд је у принципу био суздржан или боље рећи Суд се самоограничавао у изрицању мериторних одлука у нормативној контроли уопште, а посебно у коришћењу привремених мера. У ранијој пракси број захтева за привременим мерама није био тако бројан, али је Суд по правилу највећи број захтева за привременом мером одбацивао, било да није налазио да су испуњени услови за њено предузимање, или је доносећи коначну одлуку о уставности оспореног закона или другог прописа само констатовао да је одлучивање о захтеву за обуставу извршења појединачних аката и радњи доношењем коначне одлуке о уставности постало беспредметно. Последњих година, пред Уставним судом приметно је повећање броја захтева за изрицањем привремених мера уопште, па и у поступку нормативне контроле. Скоро да преовлађују предмети у којима се истовремено са предлогом или иницијативом за оцену уставности подносе и захтеви за обуставу извршења појединачних аката и радњи. Међутим, најбројнији су предмети у којима се захтев за обуставу извршења наводи скоро рутински, уз просто позивање на одредбе Устава или Закона о овој мери, уз констатацију да ће за подносиоца или пак за групу грађана или других субјеката, а понекад и за друштвену заједницу наступити „неотклоњиве штетне последице“, уколико Суд не прихвати захтев. Паушална тврдња да ће наступити наведене последице свакако није довољна, јер без озбиљне аргументације и уверљивих разлога тешко се Суд може уверити у нужност предузимања захтеване мере. Разлози који се наводе уз захтев морали би да буду таквог „значаја и интензитета да код сваког разумног и судије“ изазову озбиљну упитаност о опасности и тежини штетних последица које би могле наступити извршењем појединачних аката или радњи предузетих на основу оспореног општег акта чију уставност Суд има да испита и оцени. Међутим, наведено свакако није једини разлог за изузетно мали број привремених мера у нормативној контроли, а посебно оних „правих“ привремених мера којима је спречаван настанак „неотклоњивих штетних последица“. Наиме, посебну анализу тражи питање шта је Суд у својој пракси утврђивао као „неотклоњиве штетне последице“ и због чега, а шта није и због чега. Оно што је чињеница јесте да је Суд, уз велике одлуке о привременим мерама (од којих су неке и поменуте), доносио и одређене привремене мере у случајевима када се *prima facie* не види тако уверљив разлог због чега је поједине последице које су настајале у извршењу одређеног прописа квалификоване од стране Суда као „неотклоњиве штетне последице“, које се ни касаторном одлуком Суда не би могле отклонити,

односно “неутралисати“. Наиме, увид у образложења ових одлука говори да међу њима има и оних које су у најмању руку упитне, јер није свака штетна последица основ за посезање Уставног суда за привременом мером. Начелно, чини се и да и у вршењу овог уставног задатка, и нашем суду треба више истинског судског активизма, а посебно ако се погледа број предмета који се формира у Суду по предлозима овлашћених предлагача и иницијатора и релативно велик број касаторних одлука које је Суд донео након ступања на снагу Устава. Искуство Савезног уставног суда Немачке и овде би нам могло бити од помоћ – суда који је и у вршењу овог свог законом установљеног задатка био судски активан. У том погледу илустративне су и речи J. Limbach, раније председнице овог суда, која каже да концепт судског самоограничења, схвати ли се он дословно, никада није био уверљив кад је реч о Савезном уставном суду јер никаква ограничења не могу бити „општа стратегија за суд коме је примарна дужност контролисати власт и осигурати заштиту темељних права. Као што је Конрад Хесе правилно нагласио, овај последњи задатак пре би захтевао одлучну интервенцију него суздржаност – чак и поцену сукоба с неким другим уставним органом. Кад је реч о формули судског самоограничења, Бенда је с правом назива приступом или својством: суд није овде да ограничава своја властита овлашћења и функцију него да спроводи своје задатке. Наравно, не сме их ни прекорачити узме ли се у обзир начело деобе власти које мора бити поштовано.“⁸⁴

4. Закључна оцена

Одређивање суспензије појединачних аката и радњи у појединим поступцима пред уставним судом је у досадашњој уставној јуриспруденцији у принципу задржао статус изузетне мере, за којом уставни судови посежу врло ретко. Иначе, изрицање мера суспензије у уставносудском поступку прате бројни изазови. С једне стране, често коришћење ове мере од стране уставног суда, установљене као изузетне, надилазило би његову улогу чувара устава и водило би уставни суд на један склиски терен – терен процењивања (целисходности, рационалности, сврсисходности, корисности и сл.) својствен органима законодавне и извршне власти, а неприхватљив у поступању уставног судства, чије основно мерило у вршењу његових надлежности мора остати устав као највише

⁸⁴ J. Limbach, *The Role of the Federal Constitutional Court*, у: *The Basic Law: A Fifty Year Assessment*, AICGS Conference Report Paper, American Institute for Contemporary German Studies, The Johns Hopkins University, 1999, 19–34.

право у држави и на њему утемељено правно резонување. С друге стране, уколико би уставни суд избегавао примену мера суспензије аката и радњи у ситуацијама постојања озбиљне опасности, када је нужно спречити наступање „неотклоњивих штетних последица“, тада би касаторна одлука суда „закаснила“ и била само деклараторна, без могућности да се последице које је произвео неуставни закон или други општи акт на задовољавајући начин отклоне. У овој ситуацији уставносудске одлуке постају обичне прокламације уместо аката ефикасне и делотворне заштите устава. И на крају, уколико би се ово овлашћење од стране суда неуједначено, односно боље рећи недоследно користило, мере би губиле свој смисао, а уставни суд би се преображавао у својеврсног контролора општег типа. И не само то, у одређеним друштвеним околностима, произвољно и арбитрарно понашање суда мимо циља ових мера, па и сврхе уставносудске контроле уопште, могло би довести до тога да се под окриљем привремених мера појављују одлуке које су резултат других мотива, односно које се доносе ради других циљева, а не бриге за поштовање устава и очување основних уставних вредности демократског друштва.

Овлашћење Уставног суда да у појединим поступцима које води може да предузима и мере суспензије, у нашој уставној теорији и пракси није више тако спорно. Међутим, наведена констатација не би се могла изрећи у погледу критеријумима за предузимање, односно услова и претпоставки за њихово доношење, поступка по коме Суд поступа, те правне природе и својства акта којим Суд одлучује о овим мерама. Расправе су делом изазване и недостатним уставним, законским и пословничким решењима, која траже доградњу и потпуније нормативно уређивање ове мере, примерено њеном циљу и сврси. Поменућемо само нека отворена питања у вези са уређивањем мера суспензије: (1) да ли овлашћење Суда треба да се односи на обуставу „извршења појединачног акта или радње предузете на основу закона или другог прописа чија се уставност испитује“ (како то пише у тексту важећих уставних и законских решења, и како то Суд у изрекама аката о предузимању привремених мера говори – али не увек и у образложењу мера) или овлашћење Суда треба да буде утврђено тако да он „обуставља извршење одредаба закона и других прописа чија се уставност испитује, односно оцењује“ (наравно и под условима одређеним Уставом, а не законом како то сада стоји у уставном тексту). У досадашњој уставној пракси, без обзира на њихово језичко опредељење, односно уставну формулацију (члан 168)

и на њој утемељену изреку у уставносудском акту о привременој мери, ове мере су за последицу *de facto* имале обуставу примене закона или другог општег акта чија уставност се пред Суд испитивала, односно оцењивала; (2) ко је овлашћени предлагач и ове мере у поступку оцене уставности права, односно ко ову меру може захтевати и може ли Уставни суд по службеној дужности предузети ову меру и када; (3) да ли би одлуку о привременој мери која се изриче у току трајања поступка оцене уставности закона, због њеног дејства, требало усвајати на седници Суда (у присуству свих судија, посебно кад ту одлуку Суд доноси *proprio motu*), а само у случају хитности од стране судског већа; (4) од ког момента почиње дејство привремене мере, с обзиром на то да се оне ни *ex constitutione*, ни *ex lege* не објављују у службеном гласилу, већ да се то може учинити само по закључку Суда. С обзиром на дејство и својста привремене мере изречене у поступку нормативне контроле, нужно је да акти о њеном предузимању буду званично објављивани (ако не *ex constitutione*, оно свакако *ex lege*) без изузетка; (5) да ли би требало Уставом (или бар законом) прецизирати временске границе ове мере, тј. изричито одредити колико најдуже може трајати ова мера, са могућношћу њеног понављања, односно продужења њеног важења. Тиме би се посредно утврдио и рок за одлучивање Суда по главном захтеву, односно створила обавеза да се и коначна одлука о спорном питању донесе у одређеном року; (6) да ли би Суд у поступку нормативне контроле био дужан изрећи меру ако су испуњени прописани услови, те да ли би у том случају требало установити и право на приговор; (7) шта је са општим актима донетим на основу оспорене норме закона, у односу на коју је изречена привремена мера. Ова, као и друга у тексту поменута питања везана за ово снажно овлашћење Уставног суда и коришћење привремене мере као израза повећане бриге за поштовање Устава и његових водећих вредности, нужно захтевају подробнију анализу и ближе сагледавање од стране наше уставне доктрине и уставносудске праксе.

Литература

- Hillgruber, C., Goos C., наведено према D. Крапас, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Zagreb 2014.
- Sachs, M., *Verfassungsprozessrecht*, Tübingen, 2010.
- Крапас, D., *О мерама обуставе, односно суспензије пред Уставним судом Хрватске и пракси овог суда*.
- Марковић Р., *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008.
- Narutynyan G., Nussberger A., Paczolay P., *Study on individual access to constitutional justice*, Venice Commission 85th Plenary Session, 17-18 December 2010, CDL- AD(2010)039rev.
- Ненадић Б., *Осврт на коначност уставносудских одлука донетих по уставним жалбама*, *Pravni informator*, 1/2017.
- Чок В., *Врсте и дејство одлука уставних судова*, Београд 1972.
- Limbach J., *The Role of the Federal Constitutional Court*, у: *The Basic Law: A Fifty Year Assessment*, AICGS Conference Report Paper, American Institute for Contemporary German Studies, The Johns Hopkins University, 1999.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014. (BGBl. I S. 2438).
- Bundesverfassungsgesetz-VerfGG, art. 32, на: www.bundesverfassungsgericht.de
- Закон о Уставном суд Аустрије, на www.vfgh.gv.at/legal_basis.
- Федерални уставни закон о Уставном суду Руске федерације, на <http://www.ksrf.ru/ru/Info/LegalBases>.
- Закон про Конституційний Суд України (Відомості Верховної Ради України, 2017 № 35), на www.ccu.gov.ua/docs/176.
- The Law on Constitutional Court of the Republic of Lithuania, на www.lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-law-on-the-constitutional-court/19

Zákon o Ústavním soudu České Republiky (182/1993Sb, 331/1993Sb... 303/2013Sb), [nawwww.usoud.cz/](http://www.usoud.cz/).

Zákon Národnej rady Slovenskej republiky o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov (v znení č. 293/1995 Z. z. 72/2017 Z. z.) на <http://www.concourt.sk/>

Ustav Republike Slovenije („Uradni list RS“, št. 33/91, 42/97, 66/2000... 47/13 in 75/16).

Zakon o Ustavnem sodišču („Uradni list RS“, št. 64/07 – uradno prečišćeno besedilo in 109/12).

Mavčič, A., *Zakon o Ustavnem sodišču s pojasnilom*, Ljubljana 2000.

Ustav Crne Gore („Službeni list Crne Gore“, br. 1/07 i 38/13).

Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore („Službeni list Crne Gore“, broj 11/2015).

Ustavni zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 99/99, 29/02 i 49/02 –pročišćen tekst).

Правила Уставног суда Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, бр. 22/14 и 57/14).

Деловник на Уставниот суд на Републиката Македонија („Службен весник на Републиката Македонија“, број 70/92), на www.ustavensud.mk.

Закон о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр.109/2007, 99/2011, 18/13 – Одлука УС, 40/15 и 103/15).

Одлуке Суда у предметима IУ-42//2008, IУ-166//2009, IУз-361/2012, IУз-68/2013, IУз-244//2015 и др.

Одлуке Суда у предметима IУ-183//2003, IУ-166//2009, IУо-242/2012, IУо-254/2017 и др.

Пословник о раду Уставног суда („Службени гласник РС“, број 103/2013).

Пословник о раду Уставног суда из 2008 („Службени гласник РС“, број 24/08).

Закон о судовима („Службени гласник РС“, бр. 46/91, 60/91, 18/92 и 71/92).

Закон о уређењу судова („Службени гласник РС“, бр. 63/2001, 42/2002 и 27/2003).

Одлука ПУз–156/14 од 26. марта 2015, („Службени гласник РС“, број 121/12).

**SUSPENSION OF ACTS AND ACTIONS ENFORCEMENT
IN CONSTITUTIONALLY LEGAL PROCEEDINGS
-interim measures before constitutional courts –**

Bosa M. Nenadić, PhD*

Summary

Our constitutional doctrine have not in particular dealt with the measure of suspension of acts and actions enforcement before constitutional courts, regardless of this being a powerful competence of constitutional justice. It has taken place more randomly, mostly within textbooks of constitutional law, or within few papers dedicated to constitutional court proceedings. The present situation, established by the Constitution (2006), The Law on the Constitutional Court (2012) and Rules of Procedure of the Constitutional Court (2015), requires extension and a more complete normative regulation of this measure, in accordance with its goal and purpose. A contrario, insufficient regulation may, under certain social circumstances, be a source of arbitrary proceeding of the Court, and lead to disregard of the goal of these measures and the purpose of constitutional control in general. Namely, in a situation like that, interim measures may come as a result of other motives, adopted for other purposes and not out of care that the Constitution be respected and the fundamental constitutional values preserved.

Key words: *constitutional court, constitutional justice proceedings; constitutional review of laws and other regulation, suspension and postponement of acts and actions enforcement; interim measures in constitutional justice; interim measures characteristics and effects*

* Constitutional court of Serbia

ULOGA OMBUDSMANA U SUDSKIM POSTUPCIMA

Prof. dr Branko Morait*

Sažetak: *Zaštitu ljudskih prava u Bosni i Hercegovini preuzele su različite institucije sistema. Vodeću ulogu zaštite građana u okvirima ustavnopravnog sistema, pored Ustavnog suda BiH, preuzela je Institucija ombudsmana. Zapažena je i aktivnost nevladinih organizacija. Cilj ovog rada je preispitati dosadašnje nastupanje ombudsmana u parničnom postupku.*

Ključne riječi: *ljudska prava, Ombudsman, Ustavni sud BiH, nevladine organizacije, sudski postupci.*

Uvod

Bosna i Hercegovina je, težeći da se reformama institucija priključi razvijenim zemljama Evrope, između ostalog, uvela i Instituciju ombudsmana za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu: Ombudsman). Izvorno, Ombudsman je institucija koja vuče svoje porijeklo iz Kraljevine Švedske. Riječ ombudsman u prevodu znači „povjerenik“. Otuda je i kod nas, a i u drugim zemljama, označen kao „zaštitnik građana“, „pučki pravobranitelj“, „ombudsman za ljudska prava“ i sl. U principu, njegova uloga je da štiti ljudska prava građana od narušavanja prava, nepravdičnih odluka, nemara i grešaka administracije, s krajnjim ciljem da se izvršna vlast, vlada i vladine službe učine odgovornijim prema javnosti i građanima kojima treba da služe, a ne da vladaju nad njima. Često se potencira pitanje uloge ove institucije u sudskim postupcima. Otuda se postavlja pitanje: koja je uloga Ombudsmana u sudskim postupcima i da li je uopšte potrebno njegovo učešće u njima?¹

* Sud Bosne i Hercegovine, Kraljice Jelene br. 88, 71000 Sarajevo, e-mail: branko.morait@sudbih.gov.ba

¹ U međuvremenu, održana je stručna rasprava: *Trebamo li ombudsmene u pravnom sistemu BiH?*,

Учеће трећих лица у судском поступку

Опште правило за учеће трећих лица у парници налазимо првенствено у одредбама Закона о парничном поступку БиХ.²

Учеће трећих лица (умјешача) у парничном поступку за заштиту од дискриминације уређено је одредбом члана 16 Закона о забрани дискриминације:

„(Учеће трећих лица)

(1) У поступку који се pokreće у складу с чланом 12 овог закона може се, у складу с правилима парничног поступка, као умјешач на страни лица или групе лица која тврде да су жртве дискриминације придружити тјело, организација, установа, удружење или друго лице које се у оквиру своје дјелатности бави заштитом од дискриминације лица или групе лица о којим се правима одлучује у поступку.

(2) Суд ће допустити учеће умјешача само уз прistanak tužioca.

(3) Умјешач ће учествовати и предузимати радње у поступку све до изричитог опозива пристанка tužioca.

(4) Без обзира на исход парнице, умјешач сам сноси трошкове свог учећа у парници.“

Уставни суд Босне и Херцеговине utvrdio је у предмету по апелацији AP-4179/12 да у случају колизије Закона о заштити од дискриминације и Закона о парничном поступку, Закон о заштити од дискриминације има статус *lex specialis*.

dana 20. septembra 2017. godine. Referati sa ovog skupa objavljeni su u zborniku *Ombudsmani za ljudska prava – bilans jednog neuspjeha*, uređio Edin Šarčević, Fondacija Centar za javno pravo (CJP), Sarajevo 2017. Uslijedila je negativna reakcija Institucije ombudsmena u BiH saopštenjem za javnost, u kojem saopštavaju da odbijaju учеће на конференцији која заговара једностран приступ.

² „XX – UČESTVOVANJE TREĆIH LICA U PARNICI

1. Učestvovanje umješaha

Član 306.

(1) Lice koje ima pravni interes da, u parnici koja teče među drugim licima, jedna od stranaka uspije, može se придружити тој странци.

(2) Умјешач може stupiti у парницу у току цијелог поступка све до правоснажности одлуке о тузбеном заhtjevu, те у току поступка настављеног подношењем ванредног правног lijeka.

(3) Izjavu о stupanju у парницу умјешач може dati на роčiшту или писменим поднеском.

(4) Podnesak умјешача dostavlja се objema парничним strankama, а ако је изјава умјешача data на роčiшту, prijepis tog dijela zapisnika dostavit će се samo onoj странци која је с роčiшта izostala“ („, Službeni glasnik BiH“, broj 36/04, 84/07 i 58/13).

Uloga Ombudsmana BiH u sudskom postupku³

Primarna funkcija Ombudsmana ogleda se u tome da djeluje kao bitan mehanizam u zaštiti ljudskih prava tako što izdaje preporuke za zaštitu lica od diskriminacije. No, Institucija ombudsmena BiH, u okviru svojih nadležnosti, može pokrenuti prekršajni i krivični postupak u slučajevima diskriminacije pojedinaca, odnosno intervenirati u toku postupka koji se već vodi, kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju njenih dužnosti.⁴

Pored toga, u aktuelnom zakonskom okviru Ombudsman može pokretati i sudske postupke, bilo u korist pojedinca ili u vlastito ime. Potonja opcija naročito je značajna u oblasti diskriminacije, jer omogućava utuživanje i u slučajevima u kojima nema konkretne žrtve (npr. konkurs za posao koji sadrži diskriminatorne elemente) ili u situacijama u kojima postoji strah kod potencijalnih žrtava od negativnih posljedica ukoliko sami podnesu tužbu. Dodatni način na koji se Ombudsmanu daje mogućnost da sudjeluje u sudskom postupku jeste intervencija u ulozi treće strane. Prema članu 16 ZZD-a, Ombudsman može intervenirati u sudskom postupku tako što će se pojaviti na strani žrtve diskriminacije, odnosno na strani tužioca, i na taj način ojačati njihov položaj u postupku. Potencijalno značajna uloga Ombudsmana u svojstvu prijatelja suda, koji bi u sudskom postupku pojašnjavao određena pravna ili faktička pitanja iz oblasti diskriminacije, nažalost, *nije predviđena aktuelnim zakonskim rješenjem*.

No, i pored navedenih široko postavljenih ovlašćenja, Ombudsman još uvijek zazire od angažmana u sudskim postupcima, prvenstveno zbog sveprisutnog nedostatka resursa, ali i zbog restriktivne interpretacije vlastite uloge u domenu zaštite od diskriminacije, koju predstavnici ove institucije vide kao strogo i potpuno odvojenu od one koju imaju sudovi.

U slučaju diskriminacije, građanin u Bosni i Hercegovini ima pravo da podnese žalbu Ombudsmanu, da pokrene postupak za zaštitu od diskriminacije pred sudom ili da učini i jedno i drugo. Rokovi za obraćanje ovim institucijama se razlikuju. U slučaju obraćanja sudu, pojedinac za pokretanje postupka ima subjektivni rok od tri mjeseca, odnosno objektivni rok od dvanaest mjeseci.⁵ S druge strane, opšti rok za podnošenje žalbi Instituciji ombudsmena je godina od nastupanja događaja na koji se pojedinac žali. U praksi, preporuka

³ Navedeno prema: Hanušić Adrijana, Analitički sažetak zasnovan na nalazima izvještaja autorice *Ombudsmen u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH: Analiza situacije i karakteristični problemi* (Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 2012), dostupno na internetu, www.analitika.ba/.../analitika_-_policy_brief_-_ombudsman_24a, 12.11.2017.

⁴ Zakon o Ombudsmenu, član 4, stav 2, „Službeni glasnik BiH“, br. 19/02 i 32/06.

⁵ Zakon o zabrani diskriminacije, član 13, stav 4, „Službeni glasnik BiH“, broj 59/09.

Ombudsmana u sudskom postupku po istom slučaju diskriminacije najčešće se koristi kao dokaz da je došlo do povrede prava, pa sudovi uglavnom odlučuju na isti način kao i Ombudsman. Tada sudu preostaje samo da utvrdi obim povrede prava, te vrstu Zakonom predviđene sankcije. U konkretnom slučaju Sud nije obavezan da prihvati preporuku Institucije ombudsmana.

Prema odredbama Zakona o zabrani diskriminacije, predviđena je uloga Ombudsmana kao centralne institucije za zaštitu od diskriminacije.⁶

⁶ GLAVA IV. INSTITUCIJE NADLEŽNE ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE

Član 7. (Centralna institucija za zaštitu od diskriminacije)

(1) Centralna institucija nadležna za zaštitu od diskriminacije je Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ombudsman Bosne i Hercegovine).

(2) Ombudsman Bosne i Hercegovine postupa u skladu s ovim zakonom i Zakonom o ombudsmanu za ljudska prava BiH na način da u okviru svoje nadležnosti:

- a) zaprima pojedinačne i grupne žalbe u vezi s diskriminacijom;
- b) fizičkim i pravnim licima koja su podnijela žalbu zbog diskriminacije daje potrebna obavještenja o njihovim pravima i obavezama, te mogućnostima sudske i druge zaštite;
- c) povodom žalbe Ombudsman Bosne i Hercegovine može odlučiti da ne prihvati žalbu ili da pokrene istražni postupak u skladu s posebnim propisima;
- d) predlaže pokretanje postupka medijacije u skladu s odredbama Zakona o medijaciji;
- e) prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije;
- f) podnosi godišnji, a prema potrebi i vanredne izvještaje o pojavama diskriminacije Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine, Narodnoj skupštini Republike Srpske i Skupštini Brčko distrikta Bosne i Hercegovine;
- g) informira javnost o pojavama diskriminacije;
- h) na vlastitu inicijativu, provodi istraživanja u oblasti diskriminacije;
- i) daje mišljenja i preporuke s ciljem sprečavanja i suzbijanja diskriminacije, te predlaže odgovarajuća zakonska i druga rješenja nadležnim institucijama u Bosni i Hercegovini;
- j) ima pravo da pokreće i učestvuje u postupku za zaštitu od diskriminacije za prekršaje propisane ovim zakonom;
- k) prati zakonodavstvo i daje savjete zakonodavnim i izvršnim organima;
- l) radi na promociji ovog zakona, informira javnost, podiže svijest, provodi kampanje i na druge načine aktivno promovira borbu protiv diskriminacije u svrhu njene prevencije;
- m) unapređuje politike i prakse koje imaju za cilj da osiguraju jednako postupanje.

(3) Ombudsman Bosne i Hercegovine pri izradi redovnih izvještaja, mišljenja i preporuka o pojavama diskriminacije saraduje s organizacijama civilnog društva koje se bave zaštitom i promoviranjem ljudskih prava i organizacijama koje se bave zaštitom prava grupa izloženih visokom riziku diskriminacije.

(4) Ombudsman Bosne i Hercegovine pruža pomoć licima ili grupama lica koja se obraćaju međunarodnim tijelima za zaštitu od diskriminacije u davanju uputstava, savjeta, konsultacija u toku postupka, prijedloga i preporuka.

(5) Institucija ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine će u svrhu ostvarivanja svoje nadležnosti uspostaviti poseban odjel koji bi isključivo razmatrao predmete navodne diskriminacije u pogledu postupanja javnih tijela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, općinskih institucija i tijela, te pravnih lica s javnim ovlaštenjima, kao i postupanje svih pravnih i fizičkih lica, u svim oblastima života.

U budžet Institucije ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine bit će uvrštena posebna budžetska stavka neophodna za funkcioniranje specijalnog odjela / specijalnih odjela za borbu protiv diskriminacije.

(6) Sve državne institucije, entitetske, kantonalne i tijela Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, općinske, institucije i pravna lica s javnim ovlaštenjima, te ostala pravna i fizička lica dužna su, na zahtjev Ombudsmana Bosne i Hercegovine, najkasnije u roku od 30 dana od dana zaprimanja zahtjeva, dostaviti tražene podatke i dokumente.

(7) Nadležne institucije u Bosni i Hercegovini obavezne su saradivati s Ombudsmanom Bosne i

Značajnu ulogu Ombudsmana predviđa i Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine.⁷ Prema odredbi člana 2 stav 2 navedenog zakona, *upravni spor može pokrenuti i Ombudsman za Bosnu i Hercegovinu, a i intervenisati u postupku koji je u toku kad u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je konačnim upravnim aktom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, prava i slobode građana garantovanih Ustavom Bosne i Hercegovine i instrumentima navedenim u Aneksu 1 Ustava Bosne i Hercegovine.*

Odredba člana 60 ZUS BiH daje značajna ovlaštenja Ombudsmanu, jer *ponavljanje postupka i zahtjev za preispitivanje sudske odluke može podnijeti i Ombudsman za BiH ako je sudjelovao u postupku upravnog spora ili kada u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je sudskom odlukom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, odnosno prava i slobode utvrđene Ustavom i instrumentima Aneksa Ustava BiH.* Po našem mišljenju, u cilju pravilnijeg pozicioniranja Ombudsmana u sudskom postupku, trebalo bi inicirati da se njegova uloga kod ulaganja pravnih lijekova u upravnom sporu koncentriše na pravo ulaganja zahtjeva za zaštitu zakonitosti. Kao što je pravničkoj javnosti dobro poznato, zahtjev za zaštitu zakonitosti je tradicionalno u našem procesnom pravu imao pravo ulagati javni tužilac. Javni tužilac je lice koje nije učestvovalo ni u jednom parničnom postupku ili upravnom sporu. Prema sadašnjem zakonskom rješenju, koje ne smatramo najprimjerenijim, *protiv konačne odluke Upravnog odjela Suda BiH i protiv konačne odluke najvišeg suda Brčko distrikta BiH donesene u upravnom sporu, pravobranilac Bosne i Hercegovine može podnijeti zahtjev za zaštitu zakonitosti.*⁸ Ovoj odredbi, po našem mišljenju, ako je ostaje na snazi u sadašnjem obliku, nedostaje formulacija, „*ako nije učestvovao u upravnom sporu*“.

Najzad, a u smislu *de lege ferenda*, predložimo „preseljenje“, uz neophodne adaptacije, odredaba čl. 67–75 ZUS BiH (VIII – Postupak zaštite sloboda i prava građana zajemčenih ustavom).

U odnosu na pravosudne institucije, Ombudsman za ljudska prava BiH djeluje u okvirima nadležnosti iz odredbe člana 1 Zakona o Ombudsmanu za ljudska prava BiH⁹.

Odredbom člana 4 stav 1 Zakona o Ombudsmanu BiH propisano je da je Institucija nadležna da provodi istrage po žalbama zbog lošeg funkcionisanja sudskog sistema ili nepravilnog procesuiranja individualnih predmeta i da preporuča odgovarajuće pojedinačne ili opšte mjere. Stavom 2 istog člana Ombudsmanu je zabranjeno miješanje u proces odlučivanja sudova, ali mu Hercegovine i davati pismeno odgovore i obavještenja u roku koji je Ombudsman Bosne i Hercegovine odredio i o efektu preporuka datih s ciljem otklanjanja diskriminacije.

⁷ „Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10.

⁸ Član 55 Zakona o upravnim sporovima BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10).

⁹ „Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 35/04, 32/06.

je ostavljena opcija da može pokrenuti sudske postupke ili intervenisati u postupak koji je u toku, ako je to neophodno pri obavljanju njegovih dužnosti. Može se pojaviti i kao savjetodavni organ tijela vlasti koje je strana u postupku (tužilac ili tuženi).

Tako postavljeno, Institucija ombudsmana konkuriše zakonom utvrđenoj poziciji i ulozi državnog pravobranioca, koji ima prvenstvenu ulogu zastupnika države pred sudovima, tj. Sudom Bosne i Hercegovine.¹⁰

¹⁰ Član 13 Zakona o pravobranilaštvu Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 08/02, 10/02, 44/04, 102/09, 47/14).

Nadležnosti Pravobranilaštva

1. Pravobranilaštvo vrši poslove pravnog savjetovanja i zakonskog zastupanja Bosne i Hercegovine pred svim zakonskim tijelima.
2. Pravobranilaštvo vrši poslove pravne zaštite imovine i imovinskih interesa Bosne i Hercegovine, njenih institucija, javnih agencija, javnih korporacija i drugih organizacija Bosne i Hercegovine utvrđenih zakonom Bosne i Hercegovine.
3. Pravobranilaštvo zastupa Vijeće ministara Bosne i Hercegovine pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine.
4. Poslove zastupanja Bosne i Hercegovine i pravnih lica iz stava 2 ovog člana Pravobranilaštvo naročito, i bez oduzimanja od prethodne opće odredbe, vrši pred Sudom Bosne i Hercegovine, i institucijama Bosne i Hercegovine u upravnom postupku, pred sudovima i drugim organima u entitetima, kao i pred Sudom Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i organima uprave u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine u upravnim stvarima, u skladu sa zakonom Bosne i Hercegovine.
5. Pravobranilaštvo može zastupati pravna lica iz stava 2 ovog člana koja su tužena u upravnom sporu, ako ga ona na to ovlaste.
6. Pravobranilaštvo zastupa Bosnu i Hercegovinu, njene institucije, javne agencije, javne korporacije i druge organizacije Bosne i Hercegovine i pred međunarodnim sudovima, sudovima drugih država, međunarodnim arbitražama i organima drugih država.
7. Ako po propisima strane države Pravobranilaštvo ne može neposredno zastupati Bosnu i Hercegovinu, njene institucije, javne agencije, javne korporacije i druge organizacije Bosne i Hercegovine pred arbitražama, tribunalima i drugim državnim organima i organizacijama, Vijeće ministara ovlastiti će osobu koja će vršiti zastupanje, u skladu s propisima te države.
8. Pravobranilaštvo, po njihovom zahtjevu, može zastupati i entitete Bosne i Hercegovine – Federaciju Bosne i Hercegovine i Republiku Srpsku (u daljem tekstu: entiteti) i Brčko distrikt Bosne i Hercegovine pred inozemnim sudovima, arbitražama, tribunalima i drugim inozemnim državnim organima i organizacijama.
9. Ako Pravobranilaštvo treba po zakonu da zastupa stranke čiji su interesi u suprotnosti, a jedna od njih je Bosna i Hercegovina, Pravobranilaštvo zastupa Bosnu i Hercegovinu.
10. U slučaju da Pravobranilaštvo treba po zakonu da zastupa stranke čiji su interesi u suprotnosti, a nijedna od tih stranaka nije Bosna i Hercegovina, Pravobranilaštvo neće zastupati nijednu stranku.
11. U vršenju poslova zastupanja Pravobranilaštvo je ovlašteno da preduzima sve radnje koje preduzima stranka u postupku, u skladu sa zakonima Bosne i Hercegovine, zakonima entiteta i zakonima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.
12. Institucije Bosne i Hercegovine, javne agencije, javne korporacije i druge organizacije Bosne i Hercegovine utvrđene zakonom Bosne i Hercegovine dužne su blagovremeno obavijestiti Pravobranilaštvo o slučajevima u kojima je ono ovlašteno da ih zastupa i ulaže pravna sredstva i preduzima druge zakonom određene pravne radnje i da mu dostave svu potrebnu dokumentaciju.
13. Pravobranilaštvo preduzima pravne radnje i sredstva za ostvarivanje funkcije iz stava 2 ovog člana i na vlastitu inicijativu.

„Ombudsman za ljudska prava BiH je nezavisna institucija uspostavljena u cilju promocije dobre uprave i vladavine prava, zaštite prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kako je zajemčeno posebno Ustavom BiH i međunarodnim sporazumima koji se nalaze u dodatku tog Ustava, koja će s tim u vezi nadgledati aktivnosti institucija BiH, njenih entiteta i distrikata Brčko, saglasno odredbama ovog zakona.“ Odredbom člana 32 stav 1 istoga zakona je propisano: *Ombudsman može dati preporuke tijelima vlade u Bosni i Hercegovini...* Tako je, Preporukom broj: P-79/17 od 3. 4. 2017. godine¹¹ upućenom Visokom sudskom i tužilačkom savjetu i Apelacionom sudu Brčko distrikta BiH, naloženo: „1. Da poduzmu neophodne radnje kako bi se osigurao redovan rad Apelacionog suda Brčko distrikta BiH i odlučivanje po predmetima koji su uvjetovani odlučivanjem u vijeću sudija; 2. Da u roku od trideset (30) dana od dana prijema preporuke obavijeste ombudsmane za ljudska prava BiH o realizaciji ovih preporuka.“

Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine¹² u odredbi člana 87 stav 1 dodijelio je naglašenu monitoring ulogu Ombudsmanu, jer se, prema izričitoj zakonskoj odredbi, *isključenje javnosti ne odnosi na stranke, njihove zakonske zastupnike, punomoćnike i umješake i*

14. Pravobranilaštvo pruža stručnu pomoć institucijama Bosne i Hercegovine, javnim agencijama, javnim korporacijama i drugim organizacijama Bosne i Hercegovine utvrđenim zakonom Bosne i Hercegovine u rješavanju imovinskopravnih pitanja i daje mišljenja u vezi sa zaključivanjem ugovora imovinskopravne prirode (u daljem tekstu: mišljenja).

15. Pravna lica iz stava 2 ovog člana dužna su pribaviti mišljenje Pravobranilaštva prije zaključenja ugovora o kupoprodaji, zamjeni, zakupu, prijenosu na privremeno ili trajno korištenje stvari, uz naknadu ili bez naknade, ugovora o koncesiji, ugovora o građenju i udruživanju sredstava za građenje, kao i drugih ugovora kojima se raspolaze stvarima, odnosno materijalnim pravima ili pribavljaju stvari u svojini Bosne i Hercegovine osim ako je vrijednost predmeta takvog ugovora ispod vrijednosti koju u pismenoj formi odredi pravobranilac.

16. Zaključeni ugovor imovinskopravne prirode pravna lica iz stava 15 ovog člana dužna su dostaviti Pravobranilaštvu u roku od 15 dana od dana zaključivanja ugovora.

17. Ako Pravobranilaštvo smatra da je zaključeni ugovor ništavan, podnijet će Sudu Bosne i Hercegovine tužbu za utvrđivanje ništavnosti, a u slučaju da ugovorena cijena ne odgovara prometnoj vrijednosti – tužbu za raskid ili izmjenu ugovora.

18. Na traženje pravobranilaštava u entitetima i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, Pravobranilaštvo daje mišljenje o imovinskopravnim ugovorima koje entiteti i Brčko distrikt Bosne i Hercegovine i njihovi organi namjeravaju zaključiti sa stranim pravnim licima.

19. U postupku donošenja zakona i drugih propisa kojima se uređuju imovinskopravni odnosi, a stiču prava i stvaraju obaveze prema stvarima u vlasništvu Bosne i Hercegovine, obavezno se pribavlja mišljenje Pravobranilaštva.

20. Ako Pravobranilaštvo smatra da ne treba pokrenuti postupak pred sudom ili drugim organom ili treba povući tužbu ili se odreći tužbenog zahtjeva, priznati zahtjev protivne stranke ili zaključiti poravnanje, zatražit će od subjekta kojeg zastupa stav o daljem postupanju.

¹¹ Objavljeno na internet stranici: Ombudsmen.gov.ba-Prep..

¹² „Službeni glasnik BiH“, br. 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16.

ombudsmana. Prema odredbi člana 89 koja dopunjuje navedenu odredbu ZPP pred Sudom BiH, *odredbe o javnosti na glavnoj raspravi na odgovarajući način će se primjenjivati i na pripremnom ročištu, na ročištu izvan glavne rasprave pred Sudom, te na ročištu pred zamoljenim sudom*. Kompatibilna s ovim odredbama je odredba člana 1 stav 1 Zakona o Ombudsmanu za ljudska prava BiH, po kojoj će *Ombudsman nadgledati aktivnosti institucija Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Distrikta Brčko, u skladu s odredbama Zakona o Ombudsmanu za ljudska prava BiH*.

Za razliku od građanskog procesnog zakonodavstva BiH, krivično procesno zakonodavstvo BiH¹³ ne sadrži ovako izričitu odredbu. Odredba člana 234 ZKP BiH predviđa opštu javnost glavnog pretresa. Odredba člana 235 ZKP BiH propisuje uslove za isključenje javnosti, dok odredba člana 236 ZKP BiH propisuje na koga se ne odnosi isključenje javnosti, a to su stranke, branilac, oštećeni, zakonski zastupnik i punomoćnik. Sud može dozvoliti da javnom pretresu na kojem je javnost isključena budu prisutna službena lica, naučni i javni radnici, a na zahtjev optuženog može dozvoliti prisustvo bračnom/vanbračnom drugu ili bliskim srodnicima.

Prema odredbi člana 9 Zakona o strancima, koja nosi naslov „zabrana diskriminacije¹⁴, *zabranjena je diskriminacija stranaca po bilo kojoj osnovi, kao što su: rod odnosno spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nacionalnom manjinom, imovinsko stanje, status koji se stiče rođenjem ili drugi status*.

Uloga punomoćnika za besplatnu pravnu pomoć u sudskom postupku

Prema odredbi člana 241 Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH:

(1) Punomoćnik može biti advokat, advokatsko društvo ili zaposlenik službe za besplatnu pravnu pomoć, kao i, za pravna lica, zaposlenik tog pravnog lica, a za fizička lica bračni, odnosno vanbračni drug stranke ili srodnik stranke po krvi po pravoj liniji do bilo kojeg stepena, a u pobočnoj zaključno do četvrtog stepena ili po tazbini zaključno do drugog stepena.

Prema odredbi člana 17 Zakona o zabrani diskriminacije, „(1) *Udruženja ili druge organizacije osnovane u skladu sa zakonom, koje se bave zaštitom*

¹³ Zakon o krivičnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 03/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 86/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13).

¹⁴ „Službeni glasnik BiH“, broj 88/15.

ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica, mogu podnijeti tužbu protiv lica koje je povrijedila pravo na jednako postupanje većeg broja lica koja pretežno pripadaju grupi čija prava tužilac štiti.

(2) U tužbi iz stava (1) ovog člana mogu se istaknuti zahtjevi da se:

a) utvrdi da je tuženi povrijedio pravo na jednako postupanje u odnosu na članove grupe čija prava tužilac štiti,

b) zabrani preduzimanje radnji kojima se krši ili može prekršiti pravo na jednako postupanje, odnosno izvrše radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice u odnosu na članove grupe,

c) presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje objavi u medijima na trošak tuženog.

(3) Procesne odredbe ovog zakona na odgovarajući način primjenjuju se na tužbu iz stava (1) ovog člana.“

Zaključak

U bosanskohercegovački pravni sistem Institucija ombudsmana transplantirana je iz skandinavskog pravnog kruga. U skandinavskom građanskom parničnom zakonodavstvu specifičnost je institucija ombudsmana. „Švedski model“ karakteriše dogovorno i beskonfliktno rješavanje sporova. Težište postupanja „civilnog ombudsmana“ je arbitražno posredovanje kako bi na takav način stranke riješile spor, a istovremeno kontroliše ustavnost i zakonitost rada i postupanja državnih i administrativnih organa, pa tako i suda. Snaga odluke skandinavskog ombudsmana je u tzv. *deliberaciji*, što podrazumijeva odlaganje izvršnosti sudskog akta koji je predmet ocjene, do konačne odluke vrhovnog suda.¹⁵

U uporednom pravu nisu sve zemlje prihvatile instituciju ombudsmana niti su mu dali ulogu u parničnom postupku. Kritika pokušaja implementacije ombudsmana zapažena je u angloameričkom pravu od tamošnjih uglednih pravnika. U Bosni i Hercegovini, koja je u svom burnom tranzicionom periodu nekritički usvajala inostrana pravna rješenja i institucije, političke težnje zakonodavca da instituciju ombudsmana legalizuje kao nacionalnu, državnu instituciju, nisu pratila i adekvatna zakonodavna rješenja. Ako bi slijedili skandinavski model, koji je poslužio kao uzor u Bosni i Hercegovini, ombudsmani bi morali biti aktivni subjekti u postupku medijacije prema

¹⁵ Omanović, S., 2007, 372.

pravilima sadržanim u entitetskom građanskom parničnom zakonodavstvu. Tako postavljena uloga ombudsmana ne bi protivurječila načelu sudijske nezavisnosti. Ako pođemo od etičkih principa sadržanih u Kodeksu sudijske etike¹⁶, konstatovano je: „*Nezavisno pravosuđe predstavlja pravo svakog građanina u Bosni i Hercegovini. Sudija ima slobodu da pošteno i nepristrasno odlučuje na osnovu zakona i dokaza, bez ikakvog pritiska ili uticaja.*“ Nezavisnost pravosuđa je pravo građana Bosne i Hercegovine, preduslov za vladavinu prava, statusna pozicija sudije u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast, javnost, medije, druge institucije društva i stranke u postupku i svoje kolege.¹⁷ U Kodeksu sudijske etike navodi se: „Sudija će odbiti svaki pokušaj uticaja na njegove odluke i izvan sudskog postupka.“¹⁸

Da li je bosanskohercegovački zakonodavac možda pogriješio kada je oprezno normirao ulogu ombudsmana u sudskim postupcima? Odgovor je odričan, nije pogriješio. Zakonodavac je pravilno normirao ulogu ombudsmana u sudskom postupku, jer je ombudsman državni organ čije bi učešće na jednoj strani kontradiktornog sudskog postupka vodilo u procesnu neravnotežu, neravnopravnost i povredu osnovnih principa građanskog parničnog pravosuđenja. Možda je propuštena prilika da se ombudsman postavi kao *amicus curiae*, koji bi imao savjetodavnu ulogu uvijek kada se u redovnom sudskom postupku (parničnom ili u upravnom sporu) pojavi pitanje kršenja ljudskih prava propisanih u EKLJP, njenim pratećim protokolima, Ustavu BiH i međunarodnim aktima za zaštitu ljudskih prava navedenih u Ustavu Bosne i Hercegovine. Takvim svojim djelovanjem Ombudsman bi i dalje zadržao preventivnu ulogu, jer bi rasteretio Ustavni sud Bosne i Hercegovine ogromnog broja apelacija na odluke sudova u Bosni i Hercegovini, jer bi sudovi slijedili preporuke Ombudsmana u pogledu postojanja kršenja ljudskih prava u sudskim postupcima.

Literatura

Hanušić, A., 2012, *Ombudsman u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH: Analiza situacije i karakteristični problemi*, Sarajevo, Analitika – Centar za društvena istraživanja.

¹⁶ „Službeni glasnik BiH“, broj 13/06.

¹⁷ Ibid., tačka 1, nezavisnost.

¹⁸ Ibid tačka 1, podtačka 1.6.

Marković, Č. M., 1977, *Osnovna načela parničnog postupka*. Novi Sad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Omanović, S., 2007, *Izvjesne parnične utenzilije u uporednom pravu*, Zbornik radova – Međunarodna naučna konferencija: *Primjena zakona o parničnom postupku u Bosni i Hercegovini*, Pale, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

Šarčević, E., Zbornik referata, 2017, *Ombudsmeni za ljudska prava – bilans jednog neuspjeha*, Sarajevo, Centar za javno pravo (CJP), Sarajevo.

THE ROLE OF OMBUDSMAN IN CIVIL PROCEEDINGS

Prof. dr Branko Morait*

Abstract: *The protection of human rights in Bosnia and Herzegovina has been undertaken by different institutions within the system. In addition to the Constitutional Court of BiH, the Institution of Human Rights Ombudsmen has taken over the leading role in the protection of citizens within the constitutional and legal system. Activities of non-governmental organizations have also been observed. The purpose of this paper is to review the activities undertaken to this date by the Ombudsmen, in the civil proceedings.*

Key words: *Human rights, ombudsman, Constitutional Court of BiH, non-governmental organizations, court proceedings*

* Judge of the Court of BiH

ДА ЛИ ЈЕ РЕГИОНАЛНА ДРЖАВА ПОСЕБАН ДРЖАВНИ ОБЛИК?

Слободан П. Орловић*

Апстракт: у овом раду аутор излаже основе унитарне државе и федерације, као и организацију власти у две регионалне државе, Италији и Шпанији, све у циљу указивања на сличности и разлике у погледу тих облика државног уређења. Уставноправни опис просечне (замишљене) регионалне државе и њено поређење са два давнашња облика државног уређења, простом и сложенем државом, помаже да се изведе закључак који је уједно и одговор на питање из наслова овог рада.

Кључне речи: облик државног уређења, проста држава, сложена држава, регионална држава.

1. О облику државног уређења

Савремене државе имају различите облике државног уређења (државни облик). Ова различитост је плод специфичности као што су: географија и клима, традиција, историја, ниво културе, развијеност и природа економије, национални, религијски или расни састав становништва, његова бројност, психолошке особине, образовање, затим политичко окружење државе итд. Ове особености једног друштва утичу на саму државу тако да се и државно уређење међу њима разликује, било да су разлике у детаљима или да су битне.

У политички заокруженим друштвима организују се, формално или неформално, многе друштвене групе које стоје једна наспрам друге,

* Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића 1, 21101 Нови Сад, e-mail: sorlovic@pf.uns.ac.rs.

са својим супротним интересима, често међусобно супротстављене па и непријатељске. Тако, унутар државе имамо друштвене групе послодаваца (власници) и запослених (радници), припаднике (финансијске, политичке, културне) елите и остале (маса), креаторе и оне који ту креативну вољу спроводе, богате, средњи слој и сиромашне итд. Да такве групације не би ступале у отворене сукобе и непријатељства, угрозиле опстанак државе и онемогућиле њен развој, помаже одговарајући облик државног уређења.

Примереним државним уређењем, у свакој конкретној држави, држе се под контролом или чак превазилазе постојећи друштвени сукоби (али се, уједно, стварају нове поделе и сукоби). Ако се пак покаже да је државно уређење неодговарајуће датом моменту друштвеног развоја конкретне државе, оно мора бити измењено у циљу опстанка државе као целовите политичке заједнице.

У основи државног уређења је вертикална подела власти коју карактерише мања или већа децентрализација власти. Она подразумева да се, у уставом и законом прописаној мери, доносе политичке одлуке и обавља власт у унутрашњим политичко-територијалним јединицама, а не само у државном центру од стране државних органа власти.¹

Два основна облика државног уређења изграђена на вертикалној подели власти су: **унитарна (проста) држава и федерација (сложена држава).**² Њих карактеришу битне разлике. У унитарној држави нема других државних форми, попут федералних јединица у федерацији. У унитарној држави постоји једна уставотворна и законодавна власт, што значи да закони подједнако обавезују грађане на читавој државној територији. Облик којим се унитарна приближава сложеној држави је децентрализована унитарна држава. Унутар ње су организоване политичко-територијалне јединице (покрајине, области, заједнице) које имају своју изворну надлежност гарантовану уставом и сопствену организацију власти. Те јединице у неким државама обављају део законодавне власти (негде је немају) и врше извршну и управну власт, а сасвим ретко и нижестепену судску власт.

Као посебан облик унитарне државе издвајана је сједињена унија (Р. Марковић), конкретно Уједињено Краљевство, где постоји један законодавац али више законодавстава. Специфичност овом државном

¹ Опширније: Бојан Бојанић, *О централизацији и децентрализацији*, „Зборник радова Правног факултета у Приштини“, Косовска Митровица 2011, 201–207.

² Опширније о унитарној држави и федерацији: Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2015, 363–398.

уређењу даје начин настанка – историјско уједињавање делова (Енглеске, Велса, Шкотске и Ирске), али и деволуција као процес преношења надлежности на нецентралне органе, интензивирајући у последњих неколико деценија.³

Сложенији државни облици од унитарне државе су савезна држава (федерација) и савези држава. Најпознатији савези држава су уније и конфедерације. Чланице савеза држава заправо су државе које су се политички ујединиле ради заштите одређеног интереса и заједничког обављања неких послова, најчешће одбране, финансија и спољне политике. Савез држава је лабав облик државног уређења који се чак ни не сматра државом, између осталог и због тога што га држава чланица може својеволјно напустити.

Федерација је држава са много чвршћом повезаношћу унутрашњих политичко-територијалних јединица, које саме нису државе већ се називају федералне јединице (републике, државе, комонвелти, земље). Федералне јединице имају законодавну, извршну, управну, судску и уставносудску надлежност, али немају право изласка из федерације. Набројане надлежности обавља и федерација, тако да је једно од најсложенијих питања државног уређења у федерацији проблем поделе надлежности између савезне државе и федералних јединица.

2. Појам „регионалне државе“

Регионалним се могу назвати политичке заједнице са обликом државног уређења који је по својствима између федерације и унитарне државе.⁴ Оне се могу дефинисати као унитарне државе са највишим степеном децентрализације, мада постоје и ставови да је реч о посебном државном облику на средокраћу између просте и сложене државе.⁵ Ако

³ Вид. Ратко Марковић, „Деволуција у Уједињеном Краљевству“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014, 5–30.

⁴ Регионалну државу чини процес мењања унутрашњег уређења које се заснива на идеји да држава није политички хомоген идентитет па се отуда користе појмови „дуална држава“ и „дуална политика“. Вид. Peter Saunders, „The forgotten dimension of central-local relations: theorising the ‘regional state’“, *Environment and planning C: government and policy*, Vol. 3, No. 2, 1985, 152–153.

⁵ Марко Станковић сматра да ни у домаћој ни у упоредноправној теорији није дата јединствена дефиниција регионалне државе. Из наведених ставова различитих теоретичара произлази да то није посебан облик државног уређења. Marko Stanković, „Republika Srbija kao ‘regionalna država’ – prilog raspravi o izmenama Ustava od 2006“, *Pravni život* 12/2017, 608–611. Опширно о компаративним и историјским искуствима и савременим иницијативама за „регионализацију“ вид. Бојан Бојанић, *Регионализација и регионална држава – уставноправни аспекти*, Косовска Митровица 2013, 121–195.

се и прихвати да је овде реч о нарочитој држави, односно о посебном облику државног уређења, он би се морао сматрати изузетним јер је потпуно заступљен у тек две државе, Италији и Шпанији (а и између те две постоје бројне уставноправне разлике).⁶

Италијанска и шпанска држава је симетрична политичка заједница испрплетена мрежом политичко-територијалних јединица које су се приближиле статусу федералних јединица, али то нису постале. Заправо, не постоји теоријски јасно разрађен модел овакве регионалне државе, већ је она настала, превасходно, као плод политичког компромиса у специфичним историјским околностима.

Регионална држава се у односу на утврђени уставноправни појам и стандард „политичко-територијалне аутономије“ унутар државе, може посматрати двојако. Прво, регионална држава као нови политички и уставноправни концепт превазилази стандардну политичко-територијалну аутономију, како у погледу већег степена децентрализације, тако и у погледу простирања децентрализације, односно симетричности (коју држава са аутономијом нема). Друго, регионална држава је, чак и у односу на веома ретке државе са политичко-територијалним аутономијама, својеврсна реткост. Поред само две, већ поменуте, државе, и низ других европских држава настоје да унесу у своје унутрашње уређење неке елементе регионализације, што је заправо друга (нова) реч за **децентрализацију**. То се чини формирањем региона са одређеним надлежностима, највише у области надзора. Ипак, регионалне надлежности су у већини случајева поверене а не изворне, какве би морале карактерисати унутрашњу аутономну политичку заједницу, какве су у Италији и Шпанији.

Привлачност регионализације као средњег облика државног уређења је и у томе што је оно средство за корекцију постојећег уређења, без мењања његове уставноправне природе. Држава се „демократизује“, али облик државног уређења остаје исти, унитаран. Такође, регионална држава се представља и као антипод националној држави која је постала „неприродна, чак и дисфункционална заједница за организовање људских активности и управљање економијом у свету глобализације (без граница)“.⁷

За разлику од стандарда који карактеришу федерацију, у држави подељеној на регионе по правилу нема претпоставке надлежности у ко-

⁶ О теоријском концепту регионалне државе вид. Vladan Petrov, Darko Simović, „Regionalna država – (ne)ispravan put decentralizacije Republike Srbije“, *Pravni život* 12/2013, 557–571.

⁷ Kenichi Ohmae, „The Rise of the Region State“, *Foreign Affairs*, 1993, <https://www.foreignaffairs.com/articles/1993-03-01/rise-region-state>, 28. август 2018. године.

рист региона (у Италији има – таксативно су набројане надлежности државе, чл. 117 Устава),⁸ нити региони имају толико значајна права на самоорганизовање и нека својства државности као што је то случај са федералним јединицама. Ипак, регионална држава има сличну сврху као федерација – у њој се настоје направити одрживим и, колико је могуће, помирити политичке и друге различитости унутрашњих делова државе. Регионална држава има задатак да, с једне стране, чува различитости које постоје у регионима, а са друге стране, да осигура државну целовитост не дозвољавајући регионима претварање у федералне јединице.

Недостатак уставноправне стандардизације регионалне државе, као посебног облика државног уређења, потврђује чињеница да је Европска повеља о регионалној аутономији (1997. године) још у форми нацрта, а да се, по потреби, за стандардизацију сходно користи Европска повеља о локалној самоуправи (1985. године, баштини слична начела децентрализације). Регионална држава треба да има политичко-територијалне јединице у којима се чува аутономност власти која је ближа грађанима од државе, што доводи до расподеле политичке моћи и саме демократизације државе. У том правцу, Скупштина европских регија доноси акте којима се предлажу модели за превазилажење супротности унутар држава, тако што се чува регионални, државни и европски идентитет (Базел, 1996. године), хомогенизују различите културе и одговара на изазове миграције становништва које нема заједнички идентитет (Удине, 2007. године).

Међународни акти, дакле, виде регионалну државу као политичку заједницу у којој треба да се очува регионални идентитет, као и национална, културна, језичка, историјска различитост, али не на рачун националног идентитета и целовитости државе. Унутрашњим правом се детаљније уређује уставноправни статус региона, на начин да се одговори специфичностима конкретне државе. Централна власт уставом и законом уређује статусна питања региона, права и обавезе, негде и основе организације регионалне власти. Такође, уставом и законом се гарантује самоуправа региона и одређује од којих се конкретно права она састоји.

⁸ Године 1999. и 2001. уставним променама ојачани су региони, али је Уставни суд својом јуриспруденцијом ублажио њихове последице и фактички ојачао централну власт. Вид. Marco Benvenuti, „The Constitutional Distribution of Legislative Powers in Italy: Recent Judgements of the Constitutional Court“, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 7, Issue 2, 2015, 390–397. О пракси Уставног суда у овој области вид. Giacomo Delledonne, Giuseppe Martinico, „Handle with Care!: The Regional Charters and Italian Constitutionalism’s ‘Grey Zone’“, *European Constitutional Law Review*, 5: Vol. 7, Issue 2, 2009, 218–236.

3. Италија и Шпанија као примери регионалне државе

Устави Италије (1948) и Шпаније (1978) су у већој (Италија) и нешто мањој (Шпанија) мери раскинули са дотадашњим политичким уређењем. Представљали су демократски искорак у односу на стари уставни поредак, фашизам у Италији и диктатуру у Шпанији.

Бивша фашистичка **Италија** изгубила је у Другом светском рату и било је потребно увести демократски поредак и нови облик државног уређења. Дилема је била: унитарна држава са изразитом децентрализацијом или федерација, обе републиканског облика владавине. Уставом од 1948. отпочет је процес децентрализације, стварањем посебних аутономних јединица – регија (*regioni*), у унитарној држави. Тако је избегнута федерализација која је могла бити потенцијално опасна по државни интегритет, самим сазнањем да је Апенинско полуострво историјски, све до друге половине XIX века, било подељено на више самосталних држава и државица.

Италијанске регије уживају политичку аутономију, имају изворне и поверене надлежности, неке послове деле са државном влашћу (конкурентна надлежност). Регије немају елементе државности у рангу федералне јединице – немају устав, нити сопствену судску власт, али постоје неке сличности. Тако се у свакој регији бира одређени број сенатора, од једног до 49, на изборима за горњи дом парламента, Сенат (*Senato della Repubblica*).⁹ Регионализација Италије донекле је асиметрична с обзиром на то да пет регија ужива посебан статус (Долина Аосте, Трентино – Јужни Тирол, Сардинија, Сицилија и Фурланија – Јулијска крајина).

Шпанија је имала сличне разлоге и историјске околности који су довели до уставне регионализације државе. Завршетак дугогодишње ауторитарне владавине генералисимуса Франка (1939–75. године) довео је Шпанију на раскршће, како по питању облика владавине – задржати монархију или увести републику, тако и по питању облика државног уређења. Овој дилеми више је доприносило незадовољство појединих народа (Баскијци, Каталонци) и читавих области током бивше недемократске власти, него историјска, политичка, национална и језичка подељеност Пиринејског полуострва.

⁹ Последњих година озбиљно се разматрају идеје о уставним променама које би се тичале промене положаја Сената и посебно начина избора сенатора. Вид. Giulio Enea Vigevani, „The Reform of Italian Bicameralism: the First Step“, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 6, Issue 1, 2014, 55–83.

Уставом од 1978. усвојено је средње решење, између децентрализације и федерализације, на начин да је створен уставни основ за образовање региона под именом аутономних заједница (*comunidad autónoma*, 17) на територији читаве унитарне државе (постоје два аутономна града изван Шпаније, као и суверене територије острва). Ни Шпанија нема потпуно симетричну вертикалну поделу власти с обзиром на то да три аутономне заједнице уживају посебан статус, пре свега због своје националне, језичке и историјске посебности (Баскија, Каталонија и Галиција). Аутономне заједнице су двојако представљене у горњем дому парламента, Сенату (*Senado*): њихове скупштине делегирају сенаторе, једног на сваких милион становника, а један број их се бира непосредно од стране грађана у аутономним заједницама (по четири у свакој од 50 провинција на које се деле аутономне заједнице). Од федералних јединица се разликују по томе што немају своје уставе и што држава даје сагласност на највиши регионални правни акт (статут). Такође, аутономне заједнице немају правосудне органе.

Регионализацији Италије и Шпаније су, поред политичких разлога који су у вези са преласком државе из недемократског режима на демократски, допринели и други разлози: мултиетнички састав становништва, посебан језик, културни идентитет, историјска, географска и привредна обележја делова државе.

4. Појам и образовање региона (регије) као јединице регионалне самоуправе

За теоријско заокруживање регионалне државе проблематично је и то што њена аутономна јединица – регион, није једнозначан појам.¹⁰ Тако се јединица политичко-територијалне аутономије на нивоу одмах испод државне власти назива: провинција, аутономија, град, регија, покрајина, жупанија, војводство, област, аутономна заједница. Ове јединице разликујемо по уставноправном положају, надлежностима, организацији власти, правним процедурама и уопште степену аутономије. Сам регион се мора разликовати и од синонима који су у свакодневној употреби, а означавају сасвим различите појмове: регион неког града, регион Балкана, Средње Европе, Црног мора итд. Ови микро (град), мезо (територија

¹⁰ Вид. Luk Van Langenhove, „What is a region? Towards a statehood theory of regions“, *Contemporary Politics*, Vol. 19, Issue 4, 2013, 474–490.

у држави), макро (више држава или делова држава) и глобални региони (делови континента) не означавају јединицу децентрализације већ се користе за најразличитије сврхе, често изван уставног права и права уопште.

Унутар државе могу се разликовати **три концепта регионализације**. За разумевање појма регионалне државе од значаја је само онај по коме у региону постоји орган јавног права који има одређену политичку власт. Такав регион је јединица политичко-територијалне аутономије и део вертикалне поделе власти, на нивоу изнад локалне самоуправе. Што је регионализација у овом смислу развијенија, то ће регион остваривати више аутономије у односу на државу и централну власт и имаће уставно-правни статус и надлежности које га јасно разликују од јединице локалне самоуправе. Што је развијенија оваква политичка регионализација, то је унитарна држава ближа појму регионалне државе.

Друга два концепта су овде мањег значаја. То је концепт регионализације у коме постоје административни региони. Они су без политичког идентитета, а држава им поверава одређене послове које у свако доба може повратити. У овим регионима постоје и државни органи ван њихових седишта, који обављају државне послове у циљу ефикасније управе (начело деконцентрације). Овај концепт приближава регион уставноправном статусу локалне самоуправе. Негде су региони и заправо део система локалне самоуправе (у Немачкој, Шведској), а другде су посебне јединице али без квалитетније надлежности у односу на локалну самоуправу, што значи да јој нису ни надређени (у Француској, Португалу).

Сасвим аполитичан концепт регионализације је развојно-статистички. Њега чине европске регије као статистичко-просторне јединице подељене на категорије према класификацији Европске уније¹¹ Овде нема децентрализације, већ се у региону обављају послови који нису политичко одлучивање – прикупљају се и обрађују подаци које служе статистици и развоју у областима образовања, науке, привреде и другим.¹²

¹¹ НУТС систем (*Nomenclature of territorial units for statistics*) EUROSTAT-а који дели око 1.700 европских региона на категорије: 1 (3.000.000–7.000.000 становника), 2 (800.000–3.000.000) и 3 (150.000–800.000), а постоје и категорије LAU 1 (окрузи) и LAU 2 (општине).

¹² У Републици Србији региони су „статистичка функционална територијална целина“, а нису „административна територијална јединица и немају правни субјективитет“ (чл. 4 Закона о регионалном развоју). Ово је пример развојно-статистичке регионализације државе. За увођење неког другог концепта регионализације који би подразумевао политичке јединице, неопходно је имати уставни основ, али Устав од 2006. предвиђа могућност оснивања само нових аутономних

Питање начина образовања региона такође утиче на одговор о регионалној држави као облику државног уређења. Региони се као јединице политичке аутономије образују уставом државе (Италија) или се уставом гарантује право на регионалну самоуправу и уређује поступак формирања региона (Шпанија). Истовремено, уставом им се гарантује заштита према централној власти која би покушала да промени статус и смањи регионална права. Региони који су административне јединице (у Француској, УК) представљају законску категорију. Они се образују законом и постепено добијају одређене надлежности и функције. Овако формиран региони последица су прилагођавања постојеће територијалне организације актуелном процесу регионализације, у којем се не стварају нови политички аутономни субјекти.¹³

Разлози настанка региона као нарочитих политичко-територијалних јединица слични су разлозима настанка федералних јединица. Региони имају посебна национална и етничка, географска, историјска, културна, привредна, верска или језичка својства, али су политички разлози превладали против федерализације државе. Примера ради, Оландска острва испуњавају више критеријума за добијање статуса региона са политичком аутономијом у оквиру Финске, истовремено недовољних за статус федералне јединице. То су географски положај – острво, језичка посебност – изразита већина становништва говори шведски, међународни положај и историјске разлике – под влашћу Шведске и Русије. Разлози аутономије Гренланда у оквиру Данске су бројни: географски и климатски, етнички – посебна арктичка нација, историјски, економски, културни. Ово су државе које не испуњавају ни стандарде које су поставиле Италија и Шпанија јер је само део државне територије са статусом регионалне аутономије (у Данској су то још и Фарска острва).

покрајина, као јединица политичке децентрализације, и то по уставотворном поступку. Други облици регионализације и политичке децентрализације на средњем нивоу власти у Уставу се не помињу.

¹³ Тако су у Француској после Другог светског рата јачали захтеви за регионализацијом (Француска иначе важи за централизовану и метрополизовану државу – на једној страни је Париз, а на другој „провинција“) која је касније и уведена законом (1982. године). Региони су преузимали економско-планске функције и надлежности полиције, школства, социјалног старања, а имају и своје органе власти (регионалног префекта, који је службеник владе, и непосредно бирано представничко тело).

5. Организација власти, надлежности и правна заштита регионалне самоуправе

Регион има **организацију власти** коју чине регионални органи. Органи региона доносе правне акте законске и подзаконске снаге, а као акти више правне снаге у региону се примењују устав и закони државе. Ово је општа слика, а у конкретним државама са средњим (регионалним) нивоом власти, постоје разлике у односу на њу.¹⁴

Организацију власти у региону чини: представничко тело, што је пандан законодавној власти и националном парламенту на нивоу државе, затим органи који имају извршну функцију, што је налик влади, и регионалне органе управе. Региони немају сопствене регионалне судове, већ судска грана власти остаје државна и јединствена.

Регионално представничко тело се бира непосредно од стране грађана из тог региона. Оно је по својој структури једнодомно и доноси опште акте које извршавају носиоци извршних и управних функција у региону, као и органи локалне самоуправе са територије региона. Регионално представничко тело доноси највиши прави акт региона, обично се назива статут, и то самостално или заједно са органима централне власти. Тај статут мора бити у складу са уставом и законима државе и подлеже оцени уставности и законитости. Регионална скупштина може да има и законодавне надлежности и тада доноси законе у областима које су јој одређене уставом и законом државе или самим регионалним статутом у складу са уставом.

Извршни орган региона – регионалну владу, савет или веће, бира регионална скупштина и политички јој је одговоран. Регионална влада извршава регионалне прописе, али и оне донете од централне власти. Регионална скупштина може да утврди постојање одговорности регионалне владе и да је смени, док централна власт има право надзора и може да обустави извршење прописа или да поништи неуставан или незаконит акт.

Регион има сопствену управу (администрацију) чији је положај примарно уређен регионалним актима, на основама које су прописане

¹⁴ Тако у Холандији, која је по Уставу од 1948. унитарна децентрализована држава у којој постоји средњи (регионални) ниво власти, али да би те покрајине стварно функционисале са извршним овлашћењима у великој мери зависи од националног законодавства. Вид. Rudie Hulst, „Regional governance in unitary states: Lessons from the Netherlands in comparative perspective“, *Local government studies*, Vol. 31, No. 1, 2005, 100.

уставом и законом државе. Организације регионалне управе, њене надлежности, кадровска питања и финансирање уређује регионална власт. Регионална влада спроводи, према регионалној управи, организациона, надзорна и кадровска овлашћења, сама или заједно са регионалном скупштином.

Региони ретко имају сопствену судску власт која би стајала под врховним судом као највишим судом у држави. У неким регионима постојала је судска власт (Сицилија), док у Шпанији региони немају право да, поред постојећих државних судова, формирају своје судове.¹⁵ Регионални принцип приликом избора судија из региона на чијој територији се простира надлежност суда, јесте једна врста везе региона и судске власти. Региони немају ни свој уставносудски орган, већ државни уставни суд штити и права региона.

Бројност и квалитет надлежности које има регионална власт зависе од степена политичке децентрализације, односно спремности државе да у већем обиму спроведе вертикалну поделу власти. Што је та спремност већа, региони ће имати више битних надлежности. **Надлежност** региона обухвата изворне послове, као и поверене послове за које централна власт пропише да ће се обављати на регионалном нивоу. Надлежност региона уређују централни и регионални правни акти: устав, закони, статут, регионални закони (ако их регион доноси), као и међународно право прихваћено од стране државе. Ширење регионалних надлежности и преношење државних послова на регионе има, поред остваривања захтева за децентрализацијом, и демократски основ.

Држава и регион могу заједнички да уреде неку област, надлежност, правно питање. Тада централна власт својим актом одређује начела и основе, док их региони сопственим прописима детаљније разрађују у складу са својим потребама. На пример, држава начелно уређује право на високо образовање, оснивање и аутономију универзитета, а регион те одредбе разрађује одређујући која све права чине право на високо образовање, који су конкретни елементи аутономије универзитета.

Надлежност региона централна власт одређује еnumerацијом, а односи се на области и питања која имају регионални значај или која се ефикасније могу обавити у региону. То су различити послови у вези са: планирањем и развојем, економском политиком, саобраћајем, енергијом, животном средином, пољопривредом, образовањем, културом, здрав-

¹⁵ Врховни суд правде Каталоније, *Tribunal Superior de Justicia de Catalunya*, јесте државни а не регионални суд.

ством, туризмом, спортом, полицијом, јавним редом. Она се, даље, детаљније разрађују регионалним актима. Надлежност региона је и да у неким од наведених области закључује међурегионалне уговоре са регионима других држава ради подстицања сарадње научних и културних установа, привредних субјеката, размене наставника и студената и друго.

Регион при обављању послова ужива различит степен самосталности. Изворне регионалне послова централна власт не може ограничити и они чине срж регионалне аутономије. Држава учествује у суфинансирању тих надлежности, држећи се начела равномерног регионалног развоја. Поверени послови су они које држава преноси региону и задржава право надзора законитости и ваљаности (целисходности).

У погледу **финансирања** регионалних органа власти и послова, тежи се томе да регион буде економски одржива целина. То би значило да се регион, као самоодржива политичка јединица, у могућој мери финансијски осамостали у односу на државу. У стварности, за то велики број региона нема потенцијал. Регионализација изискује знатне материјалне трошкове, пре свега за трошкове регионалне администрације, стога је неопходна помоћ државе. Али, државно суфинансирање отвара питање одрживости регионалне политичке аутономије с обзиром на то да се на финансијску зависност региона од државе природно надовезује политички утицај.

Регионална самоуправа је неодвојива од финансијске аутономије што значи да регион има сопствене приходе и да њима самостално располаже. Финансијска аутономија се гарантује уставом или законом и подразумева да региони имају део од пореза које убира држава (Шпанија), да могу да уведу регионалне порезе и таксе и да имају додатни проценат на порезе који се већ убирају, у складу са уставом и законом (Италија).

Региони као правна лица имају приступ тржишту капитала и могу се кредитно задуживати, што је такође вид финансирања. Међурегионална сарадња, унутар и изван државе, укључује и финансијску помоћ.

Заштита регионалне самоуправе је неопходна јер држава може настојати да повећа или учини строжом своју контролу регионалне власти или да својим актима сузи области у коме су доминантне регионалне надлежности и тиме политички развласти регион. Некад су политички циљеви државе и региона усмерени једни насупрот других те може доћи до ситуација у којима се крше и сужавају права региона, па и обратно.

Ради заштите положаја и конкретних надлежности утврђују се правни инструменти којима регион може покренути поступак пред надлежним судом. Држава, такође, има право покретања поступка којим ће се утврдити да неки регионални акти или радње нису у складу са уставом и законом. Орган који решава спорове између региона и државе је уставни суд (Италија, Шпанија).

Регионална аутономија је заштићена и тиме што се предвиђа обавезно учешће региона у неким поступцима. Регион може да има само консултативну улогу, у случајевима када се мењају нека статусна питања или надлежности – смањење законодавне власти региона, на пример, а што је било уређено уставом или законом државе. Регион може и посредно, преко посланика у парламенту са своје територије, да учествује у парламентарном поступку. Ако се пак мења територија региона, било да се она смањује, повећава, да се спајају два региона или да се регион дели на више региона, потребно је да постоји сагласност региона, испољена од стране регионалних органа власти или грађана. Ова обавезујућа сагласност важи само за концепт политичког региона, док за друге облике регионалних јединица није обавезујућа (у метрополској Француској су тако законом укрупњени административни региони, од 22 (1982. године) сада их је 13 (2016. године), уз пет прекоморских).

Из напред описаног се види да организација власти, надлежности и правна заштита регионалне самоуправе заправо није облик *sui generis* децентрализације, која би се квалитативно и јасно разликовала од јединица политичко-територијалне аутономије у унитарним државама.

6. Закључак

Без амбиције да овим скромним радом добијемо дефинитиван одговор на питање из наслова: да ли је регионална држава посебан државни облик, у овом закључку се још једном указује на неколико елемената који могу помоћи при тражењу одговора на тражено питање.

Први разлог који не иде у прилог посебности регионалне државе као државног облика је формалне природе – малобројност таквих држава. Свега две државе, Италију и Шпанију, можемо назвати регионалним. Ово даље значи да су само те две државе децентрализоване

другачије (више) него државе са јединицама политичко-територијалне аутономије, а да уједно нису постале државе сложеног унутрашњег уређења (федерације).

Суштински недостаци регионалне државе као посебног облика државног уређења, који би постојао поред унитарне и сложене државе, јесу у томе што њене основне уставноправне карактеристике нису такве да је јасно и сигурно одвајају од та два државна облика.

Регионална држава подразумева постојање унутрашњих јединица – региона са политичком аутономијом. Али такве унутрашње јединице има и унитарна држава са аутономијама (или једном аутономном јединицом) и разлика је само у томе што је у регионалној држави читава територија испреплетена регионима (симетрична је),¹⁶ што у држави са аутономијама није случај (асиметрична је).

Сличност са децентрализованом унитарном државом која има аутономије је и у томе што је регион политичка унутрашња јединица (у политичкој а не административној регионализацији), као што је то и јединица политичко-територијалне аутономије. Слични су и разлози формирања региона и јединица политичко-територијалне аутономије, а то се може рећи и за организацију власти, надлежности и права заштите.

Произлази да су уставноправне сличности двеју регионалних држава са државама које имају политичко територијалне јединице, а посебно сличности унутрашњих јединица – региона и аутономија, још увек толико велике да се регионална држава не може сматрати посебним државним обликом, мимо унитарне и сложене државе. Она је, заправо, виђена кроз примере Италије и Шпаније, нарочита децентрализовану унитарну државу у којој се политички региони простиру по читавој државној територији.

¹⁶ Али у погледу правног статуса региона, ни Италија ни Шпанија се не могу сматрати симетричним јер нису сви региони истог уставноправног положаја. Стога их Венецијанска комисија назива асиметричним. Вид. „Federal and Regional States“, European Commission for Democracy Through Law, No.19/2007, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1997\)019-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1997)019-e), 30. август 2018.

Литература

- Benvenuti, M., „The Constitutional Distribution of Legislative Powers in Italy: Recent Judgements of the Constitutional Court“, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 7, Issue 2, 2015.
- Бојанић, Б., *О централизацији и децентрализацији*, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Косовска Митровица 2011.
- Бојанић, Б., *Регионализација и регионална држава – уставноправни аспекти*, Косовска Митровица 2013.
- Vigevani, G. E., „The Reform of Italian Bicameralism: the First Step“, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 6, Issue 1, 2014.
- Delledonne, G., Giuseppe Martinico, „Handle with Care!: The Regional Charters and Italian Constitutionalism’s ‘Grey Zone’“, *European Constitutional Law Review*, 5: Vol. 7, Issue 2, 2009.
- „Federal and Regional States“, European Commission for Democracy Through Law, No.19/2007, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1997\)019-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1997)019-e).
- Langenhove, L. V., „What is a region? Towards a statehood theory of regions“, *Contemporary Politics*, Vol. 19, Issue 4, 2013.
- Марковић, Р., „Деволуција у Уједињеном Краљевству“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014.
- Марковић, Р., *Уставно право*, Београд 2015.
- Ohmae, K., „The Rise of the Region State“, *Foreign Affairs*, 1993, <https://www.foreignaffairs.com/articles/1993-03-01/rise-region-state>, 28. август 2018. године.
- Petrov, V., Darko Simović, „Regionalna država – (ne)ispravan put decentralizacije Republike Srbije“, *Pravni život* 12/2013.
- Saunders, P., „The forgotten dimension of central-local relations: theorising the ‘regional state’“, *Environment and planning C: government and policy*, Vol. 3, No. 2, 1985.
- Stanković, M., „Republika Srbija kao ‘regionalna država’ – prilog raspravi o izmenama Ustava od 2006.“, *Pravni život* 12/2017.

Hulst, R., „Regional governance in unitary states: Lessons from the Netherlands in comparative perspective“, *Local government studies*, Vol. 31, No. 1, 2005.

IS REGIONAL STATE A SPECIFIC FORM OF STATE

Slobodan Orlović, Ph. D., Full Professor*

Summary

In this paper the author exposes basic remarks of unitary and federal state, as well as organization of power of two regional states, Italy and Spain, all in order to point out similarities and differences between those forms of states. The constitutional law description of the average (ideally conceived) regional state and its comparison with two classical forms of state, unitary and federal state, helps to make conclusion, which is also the answer to the headline question of this paper.

Key words: *form of state, unitary state, federal state, regional state.*

* Faculty of Law, University of Novi Sad

УСТАВНА ЖАЛБА У ЗЕМЉАМА ЈУГОИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ

Проф. др Драган Батавељић*
Дипл. правник Ружица Кијевчанин**

Резиме: Свака цивилизована држава данашњице почива на демократији, владавини права и уставу у којем се ова начела прописују. Њен циљ се огледа у развоју, очувању реда и дисциплине, али и остваривању основних права и слобода човека. На том путу јој стоји правно средство којим се јемчи заштита и сигурност грађана, а чији је најраспрострањенији назив уставна жалба. Имајући у виду њен значај, приступили смо упоредноправној анализи уставне жалбе у различитим државама Европе, са циљем сагледавања свих њених предности и недостатака. Размењујући теоријска и практична искуства, свакодневно проналазимо адекватна и ефикасна решења за функционисање овог непроцењивог института у нашем правном систему. На крају ланца успешне примене стоји карика у облику Уставног суда, као државног органа, пред којим се доноси коначна одлука о њој.

Кључне речи: уставна жалба, устав, закон, уставни суд, статистика.

Увод

Сам појам *уставне жалбе* настао је 1885. године. У нормативне текстове га је први пут увео немачки теоретичар Seydel. Уставна жалба је институт који карактерише бројност назива, али и дефиниција.

Државе широм света употребљавају различите термине приликом означавања института уставна жалба. Тако, Немачка, Аустрија (устав-

* Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу, Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац, e-mail: bataveljic@jura.kg.ac.rs

** Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу.

на жалба или индивидуални захтев), Русија, Словачка, Чешка, Пољска, Србија, Црна Гора, Словенија користе назив уставна жалба. У земљама шпанског говорног подручја, попут Шпаније, Португала, земаља Латинске Америке, у употреби је назив *amparo*. Једино Хрватска и Македонија користе термин уставна тужба. Са друге стране, бројни теоретичари су дефинисали уставну жалбу на различите начине, али су се сви сложили око њене сржи и основних обележја. Неки су сматрали да она представља механизам заштите, други специфично право, трећи функцију уставног судства, четврти правни лек, а пети правно средство.

Шпански теоретичар Л. Фавореу дефинише *amparo*, тј. уставну жалбу у Шпанији као средство које је специјално намењено за заштиту основних права пред уставним судом.¹ К. Клима, пак, сматра да је уставна жалба важан елемент заштите права грађана, али и осталих недржавних субјеката у смислу да је то једно средство поправљања неуставних или незаконитих одлука донетих од стране јавних органа.² Томић уставну жалбу сагледава као специфично и супсидијарно право.³ М. Срдић одређује уставну жалбу као средство за заштиту слобода и права зајемчених уставом.⁴ Д. Батавељић полази од становишта да је уставна жалба посебно, строго формално правно средство којим се омогућава покретање поступка непосредне уставносудске заштите људских права пред уставним судом.⁵ Да бисмо потпуно разумели предмет анализе, потребно је осврнути се на историју и започети проучавање из почетка. Тако ћемо и овога пута.

Тренутак у којем је испољена потреба за настанком средства које ће обезбеђивати поштовање основних људских права и слобода јесте конституционализација људских права. Дефинисање и прописивање основних људских права и слобода нужно повлачи за собом постојање средстава за њихово остваривање и заштиту. Претечом института уставне жалбе сматра се *amparo*. То је посебно правно средство које је настало у средњовековној Краљевини Арагонији, на простору данашње Шпаније.⁶ Свој врхунац је достигао између XIV и XVI века, а уведен је и

¹ Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000, стр. 23–24.

² Клима, К., „Уставно судство у Републици Чешкој“, *Правни живот* бр. 11, 1997, стр. 1054.

³ Томић, З., „Право на правни лек против државно-управне самовоље“, *Правни живот* бр. 9, 1995, стр. 69.

⁴ Срдић, М., *Савезни уставни суд и заштита уставности и законитости*, Београд, 1996, стр. 53.

⁵ Батавељић, Д., *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2013, стр. 474.

⁶ Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000, стр. 33.

у Устав Шпаније од 1931. године. Дакле, *amparo* је најстарији правни институт посвећен заштити права. Међутим, први устав који је предвиђао право жалбе сваког грађанина и сваке општине на повреду уставних права био је Баварски устав од 26. маја 1818. године, и то у члану 21 главе VII.⁷

Следећа питања која нам се логично намећу јесу одређивање предмета института који проучавамо, услова за његово постојање, интерактивно функционисање у правном систему и слично. Данас, у правној науци наилазимо на различита поимања предмета уставне жалбе. Посматрајући упоредно право, уочавамо два приступа приликом дефинисања предмета уставне жалбе. Неки правни системи га одређују на уопштен начин, док други то чине конкретним, прецизним, експлицитним навођењем предмета уставне жалбе. Представници прве групе правних система су, на пример, Немачка и Чешка. Они под предметом уставне жалбе подводе мере јавне власти (Немачка), тј. одлуке или радње органа јавне власти (Чешка).⁸ Аустрија има други (експлицитан, конкретан) приступ предмету уставне жалбе. Оно што је полазна тачка за све земље приликом одређивања предмета уставне жалбе, било да примењују уопштен или експлицитан начин дефинисања, јесте начело поделе власти. Од изузетне важности је разлучити државну власт на законодавну, извршну и судску и, у складу са тим, одредити да ли су акти и радње предмет уставне жалбе или не.

Уставна жалба је правно средство доступно сваком носиоцу уставом зајемчених права. Дакле, приликом подношења уставне жалбе не прави се разлика између домаћих и страних држављана или физичких и правних лица. Поред испуњавања процесних претпоставки, неопходно је и постојање правног интереса подносиоца уставне жалбе, и то непосредног. Наиме, да би једно лице могло да добије статус жалиоца, потребно је да постоји повреда неког његовог права које је уставом загарантовано, као и да је та повреда учињена актом органа државне власти. Ипак, и у овом сегменту уставне жалбе постоје разлике између појединих правних система. Свака држава је творевина за себе и одликује се извесним специфичностима. Неке државе одликује шири круг активно легитимисаних субјеката у поступку по уставној жалби. На пример, Шпанија свој круг подносилаца уставне жалбе проширује државним тужиоцем и омбудсманом, док Немачка ово право подношења даје општинама, уколико оне сматрају да им је савезним законом повређено право на локалну

⁷ Исто, стр. 33.

⁸ Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000, стр. 44.

самоуправу, а слично решење се може наћи и у позитивноправним текстовима Аустрије.⁹

Такође, важно обележје уставне жалбе јесте супсидијарност. Супсидијарност потиче од латинске речи *supsidarius*, што значи помоћни, споредни. Супсидијарност је уставно начело, које указује на то да се супсидијарно право, институт или средство могу применити тек када се сва друга права, средства или институти искористе и покажу недовољни.¹⁰ За све уставне системе је заједничко да се и супсидијарност може подвести под процесне претпоставке уставне жалбе. Већина европских уставних система, попут СР Немачке, Чешке, Аустрије, Шпаније, одређује је на сличан начин. Ове државе предвиђају могућност подношења уставне жалбе под условом да су се претходно сви правни путеви исцрпили. Правни пут се може дефинисати као сваки, правно нормирани, предвиђени пут остваривања одређених права.¹¹ Заправо, он подразумева коришћење свих могућих, законом предвиђених, правних средстава зарад остваривања правних интереса. На крају правног пута, као последње средство, стоји уставна жалба. Када посматрамо супсидијарност уставне жалбе на међународном плану, закључујемо да подносилац жалбе мора претходно исцрпети све правне лекове које прописује правни систем његове земље, па тек онда спор пренети на међународни ниво.

Приликом подношења уставне жалбе, неопходно је водити рачуна о законским роковима. Рок је временски размак одређен за предузимање правне радње путем које се остварује неко право странке. Протеком временског рока, правни посао почиње или престаје да производи правно дејство и у зависности од тога разликујемо одложне, односно раскидне рокове. У кривичном процесном праву, рок се дефинише као одређени размак времена у којем се кривичнопроцесна радња мора, може или не сме предузети.¹² Рокови се рачунају на часове, дане, месеце и године.¹³

Уставна жалба има рок за подношење и он се разликује у уставним системима различитих држава. У СР Немачкој рок за уставну жал-

⁹ Исто, стр. 152.

¹⁰ Симиновић, Д., „Да ли је уставна жалба делотворно правно средство, Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави, Криминалистичко-полицијска академија, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Фондација „Hans Seidel“, Београд, 2017, стр. 98.

¹¹ Вучковић, Ј., „Жалба уставном суду и уставна жалба“, *Правна мисао у срцу Шумадије*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2012, стр. 101.

¹² Бејатовић, С., *Кривични процесно право*, Службени гласник, 2016, стр. 251.

¹³ Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС“ бр. 72/2011, глава IX, чл. 224, ст. 2.

бу (уколико су предмет акти судске или извршне власти) износи месец дана, односно годину дана уколико се жалба улаже против аката законодавне власти. У Шпанији је рок за уставну жалбу 20 дана када су предмет акти судске или извршне власти, тј. три месеца против аката законодавне власти. Чешки правни систем предвиђа рок од 60 дана за уставну жалбу за акте свих облика власти.¹⁴ Такође, битан моменат јесте тренутак отпочињања рока. У Чешкој ће рок почети да тече од дана ступања на снагу одлуке у последњој инстанци, док се у Аустрији, на пример, отпочињање рока рачуна од достављања административне одлуке донете у последњем степену.¹⁵

Уставна жалба не сме бити *res iudicata*. Од овог правила нема изузетак ни у једном упоредном уставном систему. Основа правног система сваке земље је чувено правило *ne bis in idem* што значи не два пута у истој ствари. Тако, поновни уставносудски поступак, тј. поновна уставна жалба по истој ствари је недопустива.

Подношење уставне жалбе повлачи за собом различите промене, новонастале ситуације и дејства. Основно, али и најочљивије дејство поднете уставне жалбе јесте процесноправног карактера. Ако је у парници која је касније почела да тече пресуда постала правноснажна, суд ће да одбаци тужбу у парници која је раније почела да тече. Ова појава се назива литиспенденција.¹⁶ Њоме се, дакле, искључује могућност вођења два или више поступака по истој уставној жалби.

Уставна жалба може имати и суспензивно дејство. Подношење уставне жалбе може изазвати одлагање извршења ожалбених аката. У већини уставних система уставна жалба не производи одложно, односно суспензивно дејство. Међутим, уставни судови ово питање могу уредити другачије. Примери таквих земаља су Аустрија, Чешка, Шпанија, итд. Суспензивно дејство уставне жалбе у Шпанији Уставни суд одобрава под условом да нема озбиљнијих поремећаја општег интереса или основних права и јавних слобода.¹⁷ Свака држава прописује своје посебне услове којима уставној жалби приписује суспензивно дејство.

Након сажетог представљања појма, функције и значаја овог правног института, осврнућемо се на сам крај поступка по уставној жал-

¹⁴ Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000, стр. 176.

¹⁵ Исто, стр. 177.

¹⁶ Познић, Б., Ракић-Водинелић, В., *Грађанско процесно право*, Службени гласник, 2015, стр. 255.

¹⁷ Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000, стр. 204.

би. Наиме, уставни судови у поступку по уставној жалби могу одлучити на два начина: доношењем аката којима се решава мериторно или доношењем аката којима се одлучује у другим случајевима.¹⁸ У другом случају је реч о актима којима уставни суд не решава мериторно. То су случајеви у којима се одлучује о процесноправним питањима, а најчешће подразумевају одбацивање уставне жалбе услед различитих процесних недостатака (недостатак легитимације, литиспенденција, *res iudicata*, пропуштање законских рокова, итд.). Ови акти се доносе у форми решења, одлука, закључака и др. Са друге стране, уставни судови доносе и мериторне одлуке, и тада говоримо о пресудама, одлукама, решењима. Најзначајније процесно дејство мериторне одлуке јесте правоснажност. Наступање правоснажности мериторне одлуке означава управо крај уставносудског спора поводом уставне жалбе. Уставна жалба поводом спора који се окончао мериторном одлуком јесте *res iudicata*.

На основу изложеног, закључујемо да уставна жалба представља врхунац права на правну заштиту и једну од најважнијих уставносудских надлежности. Њоме се Уставни суд приближава појединцима, па се увођењем овог правног средства у правни поредак конкретне државе Уставни суд обележава као суд “обичних људи”.¹⁹ Уставном жалбом се ствара осећај безбедности, извесности и правне сигурности у друштвеној заједници, без чега би нормално функционисање и напредак како државе, тако и самих грађана био незамислив. Све ово говори о њеном значају и улози у једној модерној држави.

Упоредна анализа института уставне жалба у појединим земљама Југоисточне Европе

Устав је највиши правни акт једне државе. Све државе имају свој устав. Њиме се прописују основна начела на којима почива одређена политичка заједница, друштвени и економски односи, политичке институције, али и основна права и слободе људи. Да би једна држава била демократска, просперитетна и напредна творевина, неопходно је да у њој живи сигурно и задовољно становништво. Територија мора бити прецизно одређена, а власт легитимна и легална. Ипак, поред нормативног уређења основних вредности које се гарантују грађанима, прав-

¹⁸ Исто, стр. 216.

¹⁹ Стојановић, Д., *Уставно правосуђе*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2016, стр. 66.

ни поредак сваке државе мора обезбедити и механизме остваривања и заштите истих у случају њиховог кршења или повређивања. Један од тих механизма је управо уставна жалба. До 90-их година прошлог века, ово правно средство је било предвиђено у само три европске државе: Аустрија, Немачка и Шпанија. Значај уставне жалбе је убрзо изменио уставе, а затим и слике многих држава, почев од Југоисточне Европе.

Термин и појам

Бугарска: Правни поредак ове државе не предвиђа могућност индивидуалне заштите основних људских и мањинских права и слобода пред Уставним судом. Бугарски Устав прописује не тако широк опсег уставносудских надлежности, па тако уставну жалбу потпуно заобилази.

Македонија: Када говоримо о уставној жалби у Републици Македонији, прво на шта обраћамо пажњу јесте термин који је у употреби за овај институт на њиховом простору. У Уставу Републике Македоније, нити у Пословнику о раду Уставног суда, није тачно предвиђен назив. Члан 110 став 1 алинеја 3 Устава Републике Македоније гласи: “Уставниот суд на Република Македонија ги штити слободите и правата на на човекот и граѓанинот што се однесуваат на слободата на уверувањето, советата, мислата и јавното изразување на мислата, политичкото здружување и дејствување и забраната на дискриминација на граѓаните по основ на пол, раса, верска, национална, социјална и политичка припадност.”²⁰ Примећујемо да је Уставом уставна жалба прописана на посредан начин и да се по садржини и функцији подудара са институтом уставне жалбе других земаља. У Пословнику о раду Уставног суда, у члану 51 се наводи да је сваком грађанину који сматра да му је појединачним актом или радњом повређено основно право или слобода омогућено да се позове на чл. 110 Устава и потражи заштиту од Уставног суда, а већ у следећем члану (чл. 53) се користи назив захтев о заштити слобода и права.²¹ Многи теоретичари, меѓу којима и мр Блаже Крчински, сматрају да је овај термин прилично непрецизан, да се њиме не може изразити суштина овог процесноправног института, нити претпоставити даљи ток поступка поводом овог захтева. Даље анализирајући правне прописе Македоније, уочавамо да се, поред захтева, користе и термини устав-

²⁰ Крчински, Б., *Уставна жалба кроз јуриспруденције уставног суда Македоније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXIV, стр. 344.

²¹ Исто, стр. 345.

на жалба и уставна тужба. Најзад, услед утицаја хрватске литературе и праксе на правни систем Македоније, иако оспораван, преовладао је термин уставна тужба.

Хрватска: Чланом 62 Устава Републике Хрватске институт уставне жалбе је означен термином уставна тужба. Хрватска научна јавност истиче неадекватност овог назива. Као један од разлога наводе што тај појам асоцира на поступак пред редовним судом, у односу на који треба повући јасну границу. Међу противницима оваквог ословљавања уставне жалбе налази се и бивши судија уставног суда, Здравко Братовчак. Хрватски теоретичари дефинишу уставну тужбу као правно средство које се подноси против појединачних одлука државних органа, органа јединаца локалне и аутономне самоуправе, као и правних лица са јавним овлашћењима када су тим одлукама повређена основна људска права и слободе, као и право на локалну и аутономну самоуправу зајемчено Уставом Републике Хрватске.

Албанија: На просторима ове европске државе институт уставна жалба се не предвиђа изричито. Појединцима је дата могућност заштите уставних права и слобода, међутим правни прописи на неодређен начин уређују ово средство. Најчешће се користи термин “поднесак” или “захтев”.

Црна Гора: Устав Црне Горе у члану 149 став 1 тачка 3 помиње термин уставна жалба, који је, дакле, и у употреби. Уставна жалба се дефинише као правно средство које се подноси због повреде људских права и слобода које су зајемчене Уставом, али након исцрпљивања свих делотворних правних средстава.²²

Босна и Херцеговина: Устав Босне и Херцеговине не прописује институт уставне жалбе на изричит начин. На основу члану IV, одељак о јурисдикцији, можемо закључити да Уставни суд поступа као апелациони суд када је спор настао око питања која су садржана у Уставу и која су постала предмет спора због пресуде било којег суда у Босни и Херцеговини. Са друге стране, Уставни суд је надлежан и за контролу уставности и законитости правних прописа. Дакле, у овој држави не постоји институт уставне жалбе, мада су неке њене функције обезбеђене прописивањем надлежности Уставног суда.

Србија: Устав Републике Србије из 2006. године у члану 170 уређује појам уставне жалбе. Она се изјављује против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су повере-

²² Устав Црне Горе, „Службени лист Црне Горе“ бр. 1/2007 и 38/2013, <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/ustav-crne-gore.html>

на јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.²³

Предмет

Приликом одређивања појма уставне жалбе у земљама Југоисточне Европе, могли смо доћи до закључка и о предмету уставних жалби у овим земљама.

Оно што је заједничко за сваку од наведених држава које прописују институт уставне жалбе јесте да се она схвата као правно средство које се установљава у корист грађана, у циљу заштите њихових уставом зајемчених права од повреда учињених од стране државе. Уставни закон о Уставном суду Хрватске (члан 62 став 1), Устав Албаније, Закон о Уставном суду Црне Горе (члан 48 став 1), Устав Републике Србије (члан 167 став 1), Пословник о раду Уставног суда Македоније (члан 51), прописују да су предмет уставне жалбе појединачни акти органа државних власти. У Македонији, Србији и Црној Гори се, поред појединачних аката, у предмет уставне жалбе сврставају и радње органа државне власти. Устав Републике Босне и Херцеговине (члан 6) прописује да ће Уставни суд поступати само на основу аката органа судске власти, односно судских пресуда путем којих је дошло до кршења или ускраћивања права или слобода који су прописани Уставом. Оваквим одређењем предмету заштите се знатно рестриктивније приступа.

Легитимација за подношење уставне жалбе

Македонија: У члану 110 став 1 алинеја 3 Устава Македоније прописано је право сваког човека и грађанина да поднесе Уставном суду захтев за заштиту људских права и слобода. На основу ове формулације закључујемо да легитимацију за подношење уставне жалбе има сваки држављанин Македоније, странац или апатрид коме је актом или радњом органа јавне власти повређено Уставом загарантовано право или слобода. Међутим, Пословник Уставног суда Македоније ово питање уређује

²³ Устав Републике Србије, чл. 170, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/70-100028/ustav-republike-srbije>

другачије. Наиме, члан 51 Пословника наводи да Уставни суд штити слободе и права грађанина. Може се рећи да је Уставни суд на овај начин прописао противуставну одредбу, али и одредбу која није у сагласности са ратификованом Европском конвенцијом о основним људским правима и слободама. Ова дилема се, ипак, најјасније сагледава кроз праксу Уставног суда. У последњих 20 година није поднет ниједан захтев за заштиту основних права и слобода од стране странца или апатрида.²⁴ Сматрамо, да је ситуација другачија, да би Уставни суд узео у разматрање жалбу, јер ипак правни акт најјаче правне снаге прописује такву обавезу. Мишљења бивших судија Уставног суда, међу којима и Арсов Јорданово, управо су оваква. Правним лицима у Македонији, пак, недостаје активна легитимација.

Хрватска: У Републици Хрватској је питање легитимације за подношење уставне тужбе регулисано чланом 62 став 1 Уставног закона о Уставном суду Хрватске. Њиме је прописано да свако коме је појединачним актом органа државне власти, органа јединица локалне и регионалне самоуправе или правног лица са јавним овлашћењима повређено Уставом зајемчено људско право или слобода, односно право на локалну или регионалну самоуправу, има право подношења уставне тужбе.²⁵ Дакле, сваки носилац уставом зајемчених права је легитимисан за подношење уставне тужбе.

Албанија: Устав Албаније чланом 131 прописује надлежност Уставног суда.²⁶ На основу поменутог члана, закључујемо да легитимацију за подношење захтева за заштиту Уставном суду има свако лице коме је повређено или ускраћено уставом загарантовано право или слобода.

Црна Гора: Закон о Уставном суду Црне Горе, у члану 68, прописује да уставну жалбу може поднети свако физичко и правно лице, организација, насеље, група лица и други облици организовања који немају својство правног лица. Они то чине када сматрају да им је појединачним актом, радњом или непоступањем државног органа, органа државне управе, органа локалне самоуправе, правног лица или другог субјекта који врши јавна овлашћења повређено људско право или слобо-

²⁴ Крчински, Б., *Уставна жалба кроз јуриспруденције уставног суда Македоније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXIV, стр. 348.

²⁵ Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, члан 62 став 1, <https://www.zakon.hr/z/137/Ustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu-Republike-Hrvatske>.

²⁶ Устав Народне Републике Албаније,

http://www.gjk.gov.al/web/kushtetuta_e_integrUAR_me_ndryshimet_e_2016_1648.pdf.

да загарантовано уставом.²⁷ Активну легитимацију за подношење уставне жалбе има свако коме се уставом гарантују основна права и слобода, као и омбудсман, али искључиво уз сагласност лица чија права треба заштитити.²⁸

Босна и Херцеговина: Анализирајући члан 6 Устава Босне и Херцеговине, као и Пословник Уставног суда, долазимо до закључка да је за покретање поступка пред Уставним судом у овој држави легитимисан сваки носилац уставом загарантованих права и слобода, уколико му иста буду нарушена актима судске власти.

Србија: Чланом 83 став 1 Закона о Уставном суду Србије прописује се да уставну жалбу може изјавити свако лице (физичко или правно) које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено вршење јавног овлашћења повређено или ускраћено људско или мањинско право или слобода зајемчено Уставом. Међутим, став 2 истог члана предвиђа могућност подношења уставне жалбе и од стране неког физичког лица, односно државног или другог органа надлежног за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода, али у име лица из става 1, под условом да им је оно издало писмено овлашћење.²⁹

Предмет заштите уставне жалбе

Имајући у виду природу уставне жалбе, а пре свега њен супсидијаран карактер, јасно је да у њен предмет заштите не улазе сва људска права. Ово је питање око чијега уређења има највише подударана у уставним системима различитих држава.

Када је реч о поменутих земљама Југоисточне Европе, анализирањем долазимо до закључка да су у Хрватској, Албанији, Црној Гори и Србији предмет заштите (уставне жалбе) основна људска и мањинска права и слободе које су загарантоване самим уставом. Нешто другачија ситуација је у Републици Македонији и Босни и Херцеговини.

²⁷ Закон о Уставном суду Црне Горе, члан 68 ст. 1, <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/Zakon%20o%20Ustavnom%20sudu%20Crne%20Gore%202015.pdf>

²⁸ Симовић, Д., „Уставна жалба – теоријско-правни оквир“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LX, I/2012, Правни факултет у Београду, 2012, стр. 213.

²⁹ Закон о Уставном суду Републике Србије, чл. 83, ст. 1 и 2, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/72-100030/zakon-o-ustavnom-sudu>.

Наиме, Уставом Македоније, тачније чланом 110 став 1 алинеја 3, јасно су наведена права и слободе која могу бити предмет уставне жалбе. То су: слобода убеђења, савести, мисли и јавног изражавања мишљења, право на политичко удруживање и деловање, као и право на забране дискриминације међу грађанима по основу пола, расе, религије, националне, друштвене или политичке припадности.³⁰ Критеријум путем кога је одређена група основних људских права и слобода која се могу заштитити пред Уставним судом Македоније, није познат. Међутим, сматрамо да је овакво решење неосновано, јер је у колизији са једном од основних функција Уставног суда, а то је заштита уставног поретка, а самим тим пружање заштите и правне сигурности грађанима.

Са друге стране, Устав Босне и Херцеговине не предвиђа уставну жалбу, али кроз прописивање надлежности Уставног суда закључујемо да је он надлежан за заштиту уставом прописаних права која су нарушена актима судске власти.³¹

Рок за подношење уставне жалбе

Полазећи од карактера уставне жалбе и ванредних ситуација који је прате, разумљиво је да су рокови за њено подношење врло прецизни и кратки. Разлог налазимо управо у потреби очувања правне сигурности и извесности грађана једне државе. Компаративна посматрања указују на то да је оптималан рок за подношење уставне жалбе од 20 дана до три месеца, а ретке су државе чији системи прописују дужи период. Држава које у својим прописима садрже месечне рокове имају тенденцију да исте претворе у дане, јер се на овај начин прецизира временски оквир за подношење уставне жалбе.

Пословник о раду Уставног суда Републике Македоније предвиђа двомесечни рок за подношење уставне жалбе. Рок почиње да тече од дана достављања коначног или правоснажног појединачног акта, односно од дана предузимања радње којом је учињена повреда, али не дуже од пет година од дана њеног предузимања. Рок од пет година јесте објективни рок.

³⁰ Манојловић Андрић, К., *Поступак и обим испитивања уставне жалбе*, Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права, Уставни суд, Београд, 2013, стр. 163.

³¹ Устав Босне и Херцеговине, члан 6,
http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf.

Уставни закон о уставном суду Републике Хрватске у члану 64 прописује рок од 30 дана, рачунајући од дана пријема одлуке, тј. акта којим је повређено основно људско право или слобода.³²

Албанија: У члану 50 став 4 Закона о Уставном суду Албаније прописан је рок за подношење уставне тужбе. Он износи четири месеца од дана утврђивања повреде.³³

Црна Гора: Чланом 69 Закона о Уставном суду Црне Горе прописано је да се уставна жалба подноси у року од 60 дана од:

- дана достављања појединачног акта којим је повређено људско право или слобода зајемчено Уставом;
- дана престанка тренутне радње којом је повређено људско право или слобода зајемчено Уставом;
- последњег дана у којем се могло избећи непоступање којим је повређено људско право или слобода зајемчено Уставом.³⁴

Међутим, уставна жалба се може поднети и док траје радња, односно непоступање, под условом да та радња или непоступање трају дужи временски период, али и да подносилац у уставној жалби образложи због чега радња, односно непоступање доводи до трајне повреде неког људског права или слободе, у чему се огледа трајна повреда тог права или слободе и да докаже да против те радње или непоступања не постоји делотворно правно средство.

Босна и Херцеговина: Члан 18 став 1 Закона о Уставном суду Босне и Херцеговине прописује да је рок за подношење захтева Уставном суду 60 дана од дана када је подносилац примио одлуку којом је одлучено о последњем, могућем и делотворном правном леку који је користио како би заштитио или остварио своје уставом загарантовано право, односно слободу.

Србија: Закон о Уставном суду Републике Србије, у члану 84 став 1, прописује рок за изјављивање уставне жалбе. Он износи 30 дана и почиње да тече од дана достављања појединачног акта, односно од дана предузимања радње којом је повређено или ускраћено људско или мањинско право или слобода зајемчена Уставом.

³² Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, члан 64, <https://www.zakon.hr/z/137/Ustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu-Republike-Hrvatske>.

³³ Закон о Уставном суду Албаније, члан 50 став 4, <https://www.parlament.al/wp-content/uploads/2016/02/ligji-per-gjykatën-kushtetuese.pdf>.

³⁴ Закон о Уставном суду Црне Горе, члан 69 став 1, <http://www.ustavisud.me/dokumenti/Zakon%20o%20Ustavnom%20sudu%20Crne%20Gore%202015.pdf>.

Врло важна одредба овог правног питања повезује Хрватску, Црну Гору и Србију. Уставни закони уставних судова ових држава прописују да рок за подношење уставне жалбе нема апсолутно дејство. То значи да постоји могућност уставног суда да примени институт *restitutio in integrum* уколико се из оправданих разлога пропусти рок за подношење уставне жалбе. Наиме, уставни суд може допустити повратак у пређашње стање, ако се у року од 15 дана након престанка разлога који је проузроковао пропуштање поднесе предлог за повраћај у пређашње стање, под условом да се уз тај предлог поднесе и уставна жалба. Овакав услов важи у Хрватској, Црној Гори и Србији. Након протекла три месеца од дана пропуштања, није могуће тражити *restitutio in integrum*. Ова одредба се у уставном систему Србије налази у члану 66 став 2 Закона о Уставном суду Републике Србије. Истоветно правило се у правном систему Црне Горе налази у члану 50 став 2 и 3 Закона о Уставном суду Црне Горе, а када је реч о Хрватској, то је члан 82 став 2 Закона о Уставном суду Хрватске.

Супсидијарност уставне жалбе

Супсидијарност је једно од основних обележја уставне жалбе, а уједно и правило. У упоредним системима, пак, постоје изузеци, па се наилази на прописе којима се прописују услови под којима је могуће поднети уставну жалбу, а да се претходно нису исцрпела сва расположива управна и судска средства за заштиту људских права и слобода. Ипак, у основи, уставна жалба у системима свих земаља представља изузетно, допунско, супсидијарно правно средство непосредне уставносудске заштите људских права. Тако је и у уставним системима напред навођених европских држава.

Македонија: Члан 51 Пословника Уставног суда из 1992. године прописује да рок за подношење уставне жалбе почиње тећи од достављања коначног или правоснажног акта органа државне власти. Овим се на посредан, али јасан начин нормира супсидијарност уставне жалбе, јер правоснажност претпоставља исцрпљеност свих законом прописаних правних средстава.

Хрватска: Члан 62 став 2 и 3 Уставног закона Уставног суда Хрватске прописује начело супсидијарности примене уставне тужбе као правило. Овим чланом у ставу 1 је предвиђена могућност подношења устав-

не тужбе, али под условом претходног исцрпљивања правног пута. У стварима у којима је допуштен управни спор, односно ревизија у парничном или ванпарничном поступку, правни пут ће бити исцрпљен након одлучивања и о тим правним средствима (став 2). Међутим, овај закон предвиђа и изузетак од прописаног правила. Наиме, у наредном члану, у ставу 1 истог закона предвиђа се случај у ком се уставни поступак по уставној тужби покреће, а да претходно није исцрпљен правни пут. Уколико о правима и обавезама странке или о сумњи или оптужби због кажњивог дела није у разумном року одлучио суд, или када се оспореним појединачним актом грубо вређају уставна права, а очигледно је да би непокретањем уставносудског поступка за подносиоца уставне тужбе изазвало тешке и непоправљиве последице, тада се уставна тужба изјављује без претходног исцрпљивања свих допуштених правних средстава.³⁵

Албанија: Уставом Албаније прописано је начело супсидијарности. Од овог правила није нормиран изузетак.

Црна Гора: Закон о Уставном суду Црне Горе, у члану 68 став 2, прописује правило супсидијарности уставне жалбе. Законодавац наводи да се жалба може изјавити тек након исцрпљивања делотворних правних средстава, што значи да је неопходно да је подносилац уставне жалбе у поступку искористио сва правна средства на која је имао право, укључујући и ванредна правна средства. Изузетак од овог правила се предвиђа већ у наредном ставу истог члана, где је одређено да се уставна жалба може поднети и пре исцрпљивања делотворних правних средстава, ако подносилац уставне жалбе докаже да правно средство на које има право у конкретном предмету не би било делотворно.

Босна и Херцеговина: Чланом 18 став 1 Закона о Уставном суду Босне и Херцеговине нормира се супсидијарност. Уставни суд ће приступити разматрању поднеска под условом да је подносилац претходно против одлуке коју оспорава искористио све делотворне правне лекове допуштене законом. Одмах у следећем ставу истог члана законодавац прописује изузетак од овог начела. Уставни суд ће отпочети уставносудски поступак, а да претходно нису исцрпљена сва правна средства, у случају да се њоме указује на озбиљно кршење права и основних слобода заштићених Уставом или ратификованим међународним документима.

³⁵ Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, члан 63 став 1, <https://www.zakon.hr/z/137/Ustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu-Republike-Hrvatske>.

Србија: Законом о Уставном суду Републике Србије се, такође, предвиђа правило супсидијарности уставне тужбе, али и изузетак од овог правила. Наиме, уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима је поверено вршење јавних овлашћења под условом да су претходно исцрпљена или нису предвиђена правна средства помоћу којих би се могла остварити заштита угрожених или ускраћених људских права или слобода прописаних уставом. Међутим, у случају када је подносиоцу уставне жалбе повређено право на суђење у разумном року, долази до одступања од правила супсидијарности уставне жалбе и она се подноси без исцрпљивања предвиђених правних средстава.

Дејство одлуке уставног суда

Полазећи од природе, карактера и обележја уставне жалбе, јасно је да су дејства одлуке поводом овог правног средства слична у уставним системима свих наведених држава. Свака од њих прописује правило да одлуке уставног суда делују *erga omnes*, тј. да имају општеобавезно дејство. То значи да оне обавезује све да се против њих не може изјавити жалба и да их надлежни органи морају спровести. Поред тога, одлуке уставних судова су коначне и извршне. Коначност одлука уставног суда подразумева једностепеност.³⁶ Уставни судови доноси одлуке у облику одлука, решења и закључака.³⁷ Одлуке се доносе када суд одлучује о меритуму уставне жалбе. Њоме се окончава уставносудски поступак. Када се уставна жалба мора одбацити услед недостатака процесних претпоставки или ненадлежности органа, уставни суд ће то учинити доношењем решења. Такође, решењем се поступак обуставља, али и уставна жалба одбацује. Закључци се односе на радње које се предузимају током поступка. Њима се управља самим поступком.

Мало другачије решење је предвиђено у БиХ. Уставни суд ове државе доноси пресуде и решења.³⁸ Одлуке се доносе када се одлучује о суштини ствари, док се о свим другим питањима одлучује решењем.

³⁶ Маринковић, Т., *Дејство одлука уставних судова*, Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права, Уставни суд, Београд, 2013, стр. 290.

³⁷ Крчински, Б., *Уставна жалба кроз јуриспруденције уставног суда Македоније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXIV, стр. 353.

³⁸ Закон о поступку пред Уставним судом Федерације БиХ, члан 29, <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Zakon-o-postupku-pred-Ustavnim-sudom-FBiH.pdf>.

Уставни суд Црне Горе доноси само одлуке и решења. Увиђамо да су сличности у уставима и уставним законима наведених држава велике, али и да одређена питања карактеришу непрецизне норме, па чак и правне празнине. Најважнија питања, начела, институције и поступак свакако су јасно прописана и тиме је постигнута неопходна правна сигурност држављана.

Закључак

Конституционализација основних људских права и слобода један је од основних услова приликом стварања правне државе. Тежња цивилизованог друштва да створи стабилну, безбедну и демократску државу била је потпомогнута разним правним средствима, међу којима и уставном жалбом. Ипак, приликом њиховог увођења у правни систем одређене државе, морало се врло опрезно поступити, јер је свако од њих са собом носило како позитивне, тако и негативне последице (свестан оваквог ризика, немачки уставотворац је доношењем Основног закона из 1949. године избегао непосредно прописивање уставне жалбе у овај највиши правни акт Немачке).

Уочавамо да Бугарска, Босна и Херцеговина и Албанија нису конституционализовале уставну жалбу, а уставотворац Македоније, такође, није изричито установио овај институт. Међутим, ове државе су прописале механизме заштите основних људских права и слобода који највише одговарају управо уставној жалби. Њен значај је непроцењив и функционисање без ње је данас незамисливо. Уставну жалбу можемо сагледати из два угла: прво, њоме се штите лица у једној држави, тј. њихова основна људска права и слободе зајемчена уставом, и друго, путем ње се контролише и усмерава рад нижих, редовних органа правосуђа. Дакле, то значи да она омогућава директну и индиректну заштиту најважнијих друштвених и државних функција у једној политичкој заједници. Оно што је заједничко за све државе Југоисточне Европе, али и света уопште, јесте жеља за уређеном, безбедном и сигурном државом. Праве вредности су одувек биле изазов и ванвременска категорија, док ће правна држава увек бити циљ сваког цивилизованог друштва.

Литература

- Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000.
- Клима, К., „Уставно судство у Републици Чешкој“, *Правни живот* бр. 11, 1997.
- Томић, З., „Право на правни лек против државно-управне самовоље“, *Правни живот* бр. 9, 1995.
- Срдић, М., *Савезни уставни суд и заштита уставности и законитости*, Београд, 1996.
- Батављевић, Д., *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2013.
- Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000.
- Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000.
- Симовић, Д., *Да ли је уставна жалба делотворно правно средство*, Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави, Криминалистичко-полицијска академија, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Фондација „Hans Seidel“, Београд, 2017.
- Вучковић, Ј., „Жалба уставном суду и уставна жалба“, *Правна мисао у срцу Шумадије*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2012.
- Бејатовић, С., *Кривични процесно право*, Службени гласник, 2016.
- Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000.
- Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000, стр. 177.
- Познић, Б., Ракић-Водинелић, В., *Грађанско процесно право*, Службени гласник, 2015.
- Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000.

Стојановић, Д., *Уставно правосуђе*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2016.

Крчински, Б., *Уставна жалба кроз јуриспруденције уставног суда Македоније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXIV.

Симовић, Д., „Уставна жалба – теоријско-правни оквир“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LX, I/2012, Правни факултет у Београду, 2012.

Манојловић Андрић, К., *Поступак и обим испитивања уставне жалбе*, Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права, Уставни суд, Београд, 2013.

Маринковић, Т., *Дејство одлука уставних судова*, Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права, Уставни суд, Београд, 2013.

Крчински, Б., *Уставна жалба кроз јуриспруденције уставног суда Македоније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXIV.

Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС“ бр. 72/2011, глава IX, чл. 224, ст. 2.

Устав Црне Горе, „Службени лист Црне Горе“ бр. 1/2007 и 38/2013, <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/ustav-crne-gore.html>

Устав Републике Србије, чл. 170, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/70-100028/ustav-republike-srbije>

Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, члан 63 став 1, <https://www.zakon.hr/z/137/Ustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu-Republike-Hrvatske>.

Закон о поступку пред Уставним судом Федерације БиХ, члан 29, <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Zakon-o-postupku-pred-Ustavnim-sudom-FBiH.pdf>.

Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, члан 64, <https://www.zakon.hr/z/137/Ustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu-Republike-Hrvatske>.

Закон о Уставном суду Албаније, члан 50 став 4, <https://www.parlament.al/wp-content/uploads/2016/02/ligji-per-gjykatën-kushtetuese.pdf>.

Закон о Уставном суду Црне Горе, члан 69, став 1, <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/Zakon%20o%20Ustavnom%20sudu%20Crne%20Gore%202015.pdf>.

Устав Босне и Херцеговине, члан 6, http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf.

Закон о Уставном суду Републике Србије, чл. 83, ст. 1 и 2, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/72-100030/zakon-o-ustavnom-sudu>.

Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, члан 62, став 1, <https://www.zakon.hr/z/137/Ustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu-Republike-Hrvatske>.

Устав Народне Републике Албаније, http://www.gjk.gov.al/web/kushtetuta_e_integruar_me_ndryshimet_e_2016_1648.pdf.

Закон о Уставном суду Црне Горе, члан 68, ст. 1, <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/Zakon%20o%20Ustavnom%20sudu%20Crne%20Gore%202015.pdf>.

CONSTITUTIONAL APPEAL IN COUNTRIES OF SOUTH-EAST EUROPE

Dragan Bataveljić, PhD, Full Professor *
Ružica Kijevčanin, LLB**

Conclusion

Constitutionalization of basic human rights and freedoms is one of the primary conditions for establishing a legal state. The struggle of civilized society to create a stable, safe and democratic state was reinforced by the means of different legal instruments into of them was a constitutionalized complaint. However, upon introducing these instruments into the legal system of a state, one had to be very cautious, as each of them had both, positive and

* Faculty of Law, University in Kragujevac

**Faculty of Law, University in Kragujevac

negative consequences (aware of this risk, a German constituent had avoided a direct prescription of the constitutionalized complaint into the highest act of German law by introducing the Basic Law in 1949).

We can perceive that Bulgaria, Bosnia and Herzegovina and Albania did not construct the constitutionalized complaint, and the constituent of Republic of Macedonia, as well, did not explicitly establish this institute. However, these states had prescribed mechanisms for protection of human rights and freedoms, which, in particular, corresponded to the constitutionalized complaint. Its significance is invaluable and we are unable to function without it. Constitutionalized complaint can be observed from two perspectives: firstly, its aim is to protect people in one state, that is, their basic human rights and freedoms guaranteed by the constitution, and secondly, to control and direct the work of lower, legal judicial authorities. Hence, this means that it enables a direct and indirect protection of the most important social functions of the state in one political community. The common characteristic of all states of Southeast Europe, and the entire world as well, generally, is the endeavor to establish a regulated, safe, and strong state. The real values in life have always been a challenge and have represented a timeless category, whereas, a legal state will always be the main goal of every civilized society.

**ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ У УСТАВНОМ СИСТЕМУ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ПРИЛОГ РАСПРАВИ О ДОНОШЕЊУ
ЗАКОНА О БЕСПЛАТНОЈ ПРАВНОЈ ПОМОЋИ**

Др Марко Станковић*

***Апстракт:** Овај рад посвећен је правној анализи права на правну помоћ гарантованог Уставом Републике Србије од 2006: коме то право припада, којим субјектима је дозвољено да се баве пружањем правне помоћи, под којим условима је могуће да правна помоћ буде бесплатна и у којим границама мора да се креће законодавац приликом регулисања начина остваривања права на правну помоћ. Поред тренутног стања у позитивним прописима (*de lege lata*), биће учињен и кратак осврт на решења у вези са бесплатним пружањем правне помоћи у упоредним (европским) правним системима и дате смернице за решење које би било целисходно за конкретан уставни систем (*de lege ferenda*), у овом случају за уставни систем Републике Србије.*

***Кључне речи:** право на правну помоћ, људска права, адвокатура, бесплатно пружање правне помоћи, Закон о бесплатној правној помоћи.*

Уводна разматрања

Устав Републике Србије од 2006. утемељен је на тековинама либерално-демократске уставности. Уставни поредак је, између осталог, заснован на „владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским правима и слободама“ (чл. 1). При том, „владавина права је основна претпоставка Устава и почива на

* Правни факултет Универзитета у Београду, Булевар краља Александра 67, 11000 Београд, e-mail: stankovicm@ius.bg.ac.rs

неотуђивим људским правима“, а остварује се „слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону“ (чл. 3). Људска и мањинска права и слободе, као што се јасно види из наведених уставних начела, имају централно место у уставном систему Републике Србије. Важне гаранције за остваривање Уставом зајемчених људских и мањинских права и слобода су право на правично суђење (чл. 32 Устава) и право на правну помоћ (чл. 67). Устав је предвидео право на правну помоћ као једно од општих индивидуалних људских права. Пружање правне помоћи Устав је поверио адвокатури и службама правне помоћи у јединицама локалне самоуправе. У најкраћем, правна помоћ састоји се од пружања правних савета о поступцима пред судовима (кривичном, парничном, прекршајном, управном) и другим органима, састављања изјава, поднесака и исправа, заступања, одбране и сл.

Устав Републике Србије прописује да „уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску“ (чл. 4, ст. 2), а „судска власт је независна“ (чл. 4, ст. 4). Независност судске од политичких власти (законодавне и извршне) једна је од главних претпоставки владавине права. Међутим, не може се говорити о независности судства у правом смислу речи уколико и адвокатура није самостална и независна. Из тог разлога, Устав је изричито дефинисао адвокатуру као „самосталну и независну службу“ за пружање правне помоћи (чл. 67, ст. 2).

Наведена уставна решења о правној помоћи и положају адвокатууре имају традицију и континуитет уставног регулисања у нашем правном систему. Док је важио Устав СР Југославије од 1992,¹ пружање правне помоћи и положај адвокатууре регулисани су савезним прописима – Уставом СРЈ од 1992. и савезним Законом о адвокатури од 1998.² Устав СР Југославије је у члану 68 прописивао да „грађанима и правним лицима правну помоћ пружа адвокатура као самостална и независна делатност, у складу са законом“. Устав Републике Србије од 2006. наставио је традицију уставног регулисања правне помоћи, али је проширио круг пружалаца правне помоћи и на службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе. Одредба Устава СРЈ о правној помоћи била је рестриктивнија него одредба важећег Устава Србије, јер је пружање правне помоћи ограничавала само на адвокатуру. Савезни Закон о адво-

¹ Устав СРЈ био је *lex superior* у односу на Устав Републике Србије од 1990. године („Службени гласник РС“, бр. 1/90), који је за скоро све време свог важења био устав федералне јединице.

² „Службени лист СРЈ“ бр. 24/98, 26/98 – испр., 69/2000 – одлука СУС, 11/2002 и 72/2002 – одлука СУС.

катури од 1998. наставио је да се примењује у Републици Србији и након доношења Устава од 2006, и то све до 2011. године, када је донесен важећи Закон о адвокатури.³ Отуда је јасно да је након доношења Устава Србије од 2006. одржан и уставни и законски континуитет са ранијим решењима у вези са адвокатуром и пружањем правне помоћи. При том, ни у једној досадашњој расправи о евентуалним променама важећег Устава, које се у стручној јавности воде у последњих десетак година, постојећа решења о положају адвокатуре и праву на правну помоћ нису довођена у питање.

Правна помоћ у Уставу Републике Србије од 2006.

Устав Републике Србије од 2006. године изричито је дефинисао пружање правне помоћи у Републици Србији, прописујући да се „свакоме (се), под условима одређеним законом, јемчи право на правну помоћ“ (чл. 67, ст. 1). Дефинишући право на правну помоћ као једно од индивидуалних људских права, Устав Републике Србије је круг субјеката који ово право могу да користе најшире поставио, употребивши општу и неутралну формулацију („свакоме се ... јемчи“). Гарантовање права на правну помоћ самим Уставом је неопходно да би се створиле једнаке могућности за уживање и заштиту права зајемчених како Уставом тако и међународним уговорима. С друге стране, то је обавеза државе која је „заснована на владавини права и социјалној правди“ (чл. 1 Устава). Устав прописује да су пред Уставом и законом сви једнаки и да „свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације“ (чл. 21, ст. 1. и 2). Гарантовање права на правну помоћ је логична дужност државе која забрањује сваки облик дискриминације с обзиром на имовинско стање и друштвено порекло и која предузима посебне мере ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају. (чл. 21, ст. 3 и 4 Устава).

Устав Републике Србије поставио је и основе организовања институција и служби чија је делатност везана за пружање правне помоћи, односно прописа који *субјекти могу да пружају правну помоћ* у Републици Србији: „Правну помоћ пружају адвокатура, као самостална и независна служба, и службе правне помоћи које се оснивају у јединицама локалне самоуправе, у складу са законом“ (чл. 67, ст.

³ „Службени гласник РС“, бр. 31/2011 и 24/2012 – одлука УС.

2). Устав експлицитно своди круг пружалаца правне помоћи на две категорије: адвокатуру, коју дефинише као „самосталну и независну службу“, и „службе правне помоћи које се оснивају у јединицама локалне самоуправе“. И језичким и циљним тумачењем одредбе члана 67, став 2 Устава може се закључити да је Устав предвидео да правну помоћ у Републици Србији могу да пружају искључиво адвокатура и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе и да не постоји никаква уставна могућност за ширење круга пружалаца правне помоћи. Свака законска одредба која би евентуално прописала ширење круга пружалаца правне помоћи била би несумњиво неуставна.

Дакле, када се прва два става члана 67 Устава тумачењем повежу у једну логичну целину, закључује се да тај члан не гарантује само право грађана на правну помоћ. Та уставна одредба гарантује право грађана на правну помоћ коју пружа адвокатура, као и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе. Уставотворац је имао у виду важност чињенице ко грађанима пружа правну помоћ, односно зајемчио је грађанима правну помоћ одређеног, високог нивоа. Тај ниво огледа се, с једне стране, у стручности пружалаца правне помоћи. С друге, овакво уставно решење гарантује да ће пружаоци правне помоћи бити одговорни за евентуалне последице неодговарајуће правне помоћи, било да је реч о адвокатима или о службама правне помоћи при јединицама локалне самоуправе. Адвокатура је уређена професија, која има своје дисциплинске органе и Кодекс професионалне етике, висок ниво стручности за пружање правне помоћи и закључене полисе осигурања од евентуалне штете која би могла бити нанета у обављању професионалне делатности.

Када се има у виду ниво правне помоћи који је предвидео Устав, предвиђајући као њене пружаоце адвокатуру и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе, јасно је да би свако проширење овог круга пружалаца било неуставно. И то не само из разлога што одредба члана 67, став 2 Устава не дозвољава било каква проширења тог круга, него и зато што би такво проширење било у супротности са чланом 20, став 2 Устава, јер би представљало смањивање достигнутог нивоа људских и мањинских права, које та уставна одредба изричито забрањује.⁴ Пружање правне помоћи од стране физичких или правних лица чија стручност и независност нису обезбеђене, без сумње би представљало драстично

⁴ Чл. 20 ст. 2 Устава Републике Србије гласи: Достигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати.

смањење достигнутог нивоа људских и мањинских права у Републици Србији.

Устав Републике Србије садржи правну норму која изричито уређује *пружање бесплатне правне помоћи*. Другим речима, пружање бесплатне правне помоћи не представља уставну празнину, већ изричито, писано уставно правило. Устав прописује да се „законом (се) утврђује када је правна помоћ бесплатна“ (чл. 67, ст. 3). Правна помоћ, дакле, може бити и бесплатна, у случајевима које ближе треба да уреди закон. Али и у овом случају, правну помоћ могу да пруже искључиво адвокатура и службе правне помоћи, што је предвиђено у претходном ставу истог члана. Све норме садржане у члану 67 Устава чине једну целину и морају се тако тумачити. И не само то – оне се морају приликом тумачења и примене доводити у везу и са свим осталим уставним одредбама, а нарочито са начелима Устава (чл. 1–17) и основним уставним начелима о људским и мањинским правима и слободама (чл. 18–22).

Кад је реч о „бесплатности“ правне помоћи, јасно је да је она бесплатна само за њеног корисника. Држава је, у складу са принципима социјалне правде (чл. 1 Устава), забране сваког облика дискриминације с обзиром на имовно стање и друштвено порекло (чл. 21, ст. 3 Устава) и обавезом предузимања посебних мера ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају (чл. 21, ст. 4 Устава), дужна да обезбеди средства за реализацију овог права као и институционални оквир организовања бесплатне правне помоћи. На тај начин, држава омогућава једнакост пред законом (чл. 21, ст. 1 Устава) и осигурава да се достигнути ниво људских права не смањује (чл. 20, ст. 2 Устава).

Бесплатну правну помоћ не треба поистовећивати са *правом окривљеног на бесплатног браниоца у кривичном поступку* (чл. 33, ст. 3 Устава). Право на бесплатног браниоца је гаранција права окривљеног на одбрану и припада групи основних уставних права. Оно је сврстано међу посебна права окривљеног и изричито везано за „интерес правичности“ (чл. 33, ст. 3 Устава). Начин на који је уређено остваривање права на бесплатног браниоца у кривичном поступку може представљати добар модел и за уређење других облика бесплатне правне помоћи, пре свега у парничном поступку, али и у вези са управним стварима, иако је и у тим поступцима одговарајућим законима већ предвиђено право на ослобађање од трошкова поступка, које укључује и право на бесплатну правну помоћ.

Закон о адвокатури

Закон о адвокатури од 2011. садржи следећу дефиницију адвокату-ре (чл. 2, ст. 1): „Адвокатура је независна и самостална служба пружања правне помоћи физичким и правним лицима.“ Таква дефиниција је у складу са уставном одредбом о адвокатури као „самосталној и независној служби“ за пружање правне помоћи (чл. 67, ст. 2 Устава). Две основне карактеристике адвокату-ре као самосталне и независне службе у Републици Србији јесу аутономија адвокату-ре и слобода бављења адвокатском професијом.

Аутономија адвокату-ре подразумева њену организациону и професионалну самосталност у односу на државу. Организациона аутономија огледа се у самосталности професионалних адвокатских удружења – адвокатских комора (чл. 63 Закона о адвокатури). Њима су законом поверена одређена јавна овлашћења. Професионална аутономија, с једне стране, значи да је адвокат самосталан у пружању адвокатске помоћи (чл. 18, ст. 1 Закона о адвокатури), а, с друге, подразумева забрану да адвокат буде у радном односу или да се бави другим делатностима осим адвокату-ре (чл. 6, ст. 1, тач. 5 и 7 Закона о адвокатури).

Слобода бављења адвокатуром значи да свако лице које испуњава потребне услове може да постане адвокат, без претходног одобрења државног органа. Право на бављење адвокатуром стиче се доношењем одлуке о упису у именик адвоката и полагањем адвокатске заклетве (чл. 5, ст. 1 Закона о адвокатури).

Закон о адвокатури поставио је релативно строге услове за стицање својства адвоката. Према члану 6, став 1 тог закона, услови за упис у именик адвоката су: 1) диплома правног факултета стечена у Републици Србији или диплома правног факултета стечена у иностраној држави и призната у складу са прописима који уређују област високог образовања; 2) положен правосудни и адвокатски испит у Републици Србији; 3) држављанство Републике Србије; 4) општа здравствена и потпуна пословна способност; 5) непостојање радног односа; 6) неосуђиваност за кривично дело које би кандидата чинило недостојним поверења за бављење адвокатуром; 7) непостојање друге регистроване самосталне делатности или статуса статутарног заступника, директора или председника управног одбора у правном лицу, члана или председника извршног одбора банке, заступника државног капитала, стечајног управника, про-

куристе и лица које уговором о раду има утврђену забрану конкуренције; 8) достојност за бављење адвокатуром; 9) обезбеђен радни простор погодан за бављење адвокатуром и испуњеност техничких услова, у складу са актом Адвокатске коморе Србије; 10) протек најмање три године од доношења коначне одлуке о одбијању захтева за упис у именик адвоката било које од адвокатских комора у саставу Адвокатске коморе Србије, ако је кандидат претходно подносио захтев који је одбијен.

Наведени општи, стручни и морални услови за упис у именик адвоката су веома строги и несумњиво обезбеђују висок квалитет правне помоћи коју пружа адвокатура, као и независан положај адвоката као пружалаца правне помоћи. Закон о адвокатури је предвидео апсолутну неспојивост адвокатске професије са другим радним односом, што додатно доприноси независности адвоката.

Закон о адвокатури познаје и установу *бесплатног пружања правне помоћи*. У члану 66, који уређује послове адвокатске коморе, под тачком 7 наводи се да Адвокатска комора Србије и адвокатске коморе у њеном саставу „организују пружање бесплатне правне помоћи, у складу са законом“, док је чланом 73, који носи наслов „Бесплатно пружање правне помоћи“, прописано: „Адвокатска комора може да организује бесплатно пружање правне помоћи грађанима на свом подручју или делу тог подручја, самостално или на основу уговора који закључи са јединицом локалне самоуправе, у складу са законом.“ Законодавац се приликом доношења Закона о адвокатури правилно определио за минималистички приступ у вези са бесплатним пружањем правне помоћи, имајући у виду неопходност доношења посебног закона који би свеобухватно уредио област бесплатног пружања правне помоћи.

Нужност уређивања бесплатног пружања правне помоћи доношењем посебног закона

У најкраћем, Устав Републике Србије од 2006. у члану 67 уређује три питања у вези са правном помоћи. Прво питање је ко има право на правну помоћ. То право припада сваком. Друго питање је ко може да пружа правну помоћ. Устав је изричито утврдио да су то само адвокатура и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе. Треће је питање бесплатне правне помоћи. Њу је могуће законом уредити, али само у стриктним границама које је поставио Устав.

Устав је начелно уредио питање законског регулисања уставом гарантованих људских и мањинских права и слобода. С обзиром на то да је право на правну помоћ предвиђено као једно од општих људских права, законодавац би у случају доношења закона о бесплатној правној помоћи морао да се придржава тих уставних одредаба. Према одредби Устава која регулише непосредну примену зајемчених права (чл. 18, ст. 2), „законом се може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права“. Другим речима, општа уставна норма допушта да закон регулише само начин остваривања права и то под условима које прописује Устав. Оквир и границе овлашћења законодавца прецизира уставна одредба према којој закон „ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права“. Дакле, закон не може регулисати садржај права, већ само начин његовог остваривања. А нарочито не сме да садржи норме које су *contra constitutionem*. У том погледу, законодавац би, у случају да одлучи да уреди пружање бесплатне правне помоћи, био дужан да се креће у оквирима које му је поставио уставотворац. А ти оквири, постављени чланом 67 Устава Републике Србије, јесу следећи: 1) Свако има право на правну помоћ; 2) Правну помоћ могу пружати искључиво адвокатура и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе; 3) Правна помоћ може бити бесплатна, а њу такође могу пружати искључиво адвокатура и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе. Једино уколико би се кретао у наведеним оквирима, законодавац би могао да донесе закон који је у складу са Уставом. Тај закон би требало да пропише: начела бесплатног пружања правне помоћи, облике њеног пружања, круг корисника те помоћи, поступак за остваривање права на бесплатну правну помоћ, организациону структуру система бесплатне правне помоћи, начине финансирања система пружања бесплатне правне помоћи и систем обезбеђења контроле квалитета бесплатне правне помоћи.

Законодавство Републике Србије у појединим случајевима предвиђа бесплатност правне помоћи на начин који је потпуно у складу са уставним оквирима. Тако је Законом о локалној самоуправи („Службени гласник РС“, бр. 129/07) у члану 20, тачка 31 предвиђено је да општина организује службу правне помоћи грађанима. Даље, Закон о парничном поступку („Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014) садржи одредбе о ослобађању од

плаћања трошкова поступка (чл. 168–173), у којима је, између осталог, предвиђено да ће суд „да ослободи од плаћања трошкова поступка странку која према свом општем имовном стању није у могућности да сноси ове трошкове“ (чл. 168, ст. 1) и „да призна странци право на бесплатну правну помоћ кад је странка потпуно ослобођена од плаћања трошкова поступка (члан 168 став 2), ако је то нужно ради заштите права странке, односно ако је то прописано посебним законом“. Затим, Законик о кривичном поступку („Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014) садржи одредбе у вези са браниоцем (чл. 71–81) и између осталог прописује да ће се „окривљеном који према свом имовинском стању не може да плати награду и трошкове браниоца“, поставити „на његов захтев бранилац иако не постоје разлози за обавезну одбрану, ако се кривични поступак води за кривично дело за које се може изрећи казна затвора преко три године или ако то налажу разлози правичности. У том случају, трошкови одбране падају на терет буџетских средстава суда“. И Закон о прекршајима („Службени гласник РС“, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 – одлука УС) у члану 145 предвиђа да „у одлуци којом се одлучује о трошковима суд може ослободити окривљеног од дужности да у целисти или делимично накнади трошкове прекршајног поступка, ако би њиховим плаћањем било доведено у питање издржавање окривљеног или лица која је он дужан да по закону издржава“. Коначно, Закон о општем управном поступку („Службени гласник РС“, бр. 18/2016) у члану 89 предвиђа да „странка може бити ослобођена од плаћања трошкова у целини или делимично ако не може да сноси трошкове без штете по своје нужно издржавање или нужно издржавање своје породице или ако је то предвиђено потврђеним међународним уговором.“

Међутим, непостојање посебног закона који би на општи и систематски начин уредио правно подручје бесплатног пружања правне помоћи има и једну штетну последицу – спорадично, узгредно и неуставно регулисање тог облика пружања правне помоћи у различитим законима. Другим речима, у одсуству општег закона о бесплатном пружању правне помоћи, неуставне одредбе о њеном пружању почеле су да „на мала врата“ продиру у законодавство. Као илустрацију, навешћемо неколико очигледних примера. Прво, Закон о азилу („Службени гласник РС“, бр. 109/2007) предвиђа да „лице које тражи азил може да користи бесплатну правну помоћ и заступање од стране УНХЦР и невладиних организација чији су циљеви и деловање усмерени на пружање правне помоћи избеглицама“ (чл. 10, ст. 2). Друго, Закон о забрани

дискриминације („Службени гласник РС“, бр. 22/2009) прописује да тужбу у одређеним случајевима, у име једног или више лица, може поднети „организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица“ (чл. 46, ст. 1). Треће, Закон о јавном информисању и медијима („Службени гласник РС“, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење) прописује да право на подношење тужбе у случају да је одређено лице „лично повређено објављивањем информације, односно записа“ (чл. 102, ст. 1) има и „правно лице чија делатност има за циљ заштиту људских права у случају повреде забране говора мржње и права и интереса малолетника“ (чл. 102, ст. 2).

Овакве и сличне одредбе нису у складу са чланом 67 Устава, који регулише право на правну помоћ и прописује да правну помоћ могу пружати само адвокатура и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе. Будући закон који би на општи начин регулисао бесплатно пружање правне помоћи требало би да својим прелазним и завршним одредбама укине све одредбе о бесплатном пружању правне помоћи које нису у складу са Уставом и са тим законом.

Преглед решења европских држава у вези са пружаоцима бесплатне правне помоћи

Савет адвокатских комора и правних друштава Европе (*Council of Bars and Law Societies of Europe – CCBE*) је организација чији су пуноправне чланице адвокатске коморе 32 европске државе: 28 држава чланица Европске уније, три државе чланице Европског економског подручја (Норвешка, Лихтенштајн и Исланд) и Швајцарска. Република Србија у овој организацији има статус придружене чланице (*associate member*), а такав статус имају још и Турска и Црна Гора. Према подацима ове организације за њених 29 држава чланица (подаци за Летонију, Малту и Пољску нису доступни), ажурираним 23. септембра 2016,⁵ за пружање бесплатне правне помоћи се у великој већини држава захтевају високе квалификације и висок степен независности њених пружалаца. У погледу пружалаца бесплатне правне помоћи, државе чланице Савета адвокатских комора и правних друштава Европе могу се поделити у четири групе.

⁵ Упитник о бесплатној правној помоћи – CCBE, ажурирано 23. 9. 2016. Материјал једоступан на адреси: https://aks.org.rs/aks/wp-content/uploads/2017/10/ENATJ-20160923-Upitnik-o-besplatnoj-pravnoj-pomoci-2016_SRB.pdf, 31. 3. 2018.

Прву групу чине државе у којима бесплатну правну помоћ могу да пружају *искључиво адвокати*, односно адвокатске фирме (адвокатска ортачка друштва). Ова група држава, која је најрестриктивнија у погледу круга пружалаца бесплатне правне помоћи, јесте и најбројнија – у њу улази чак 17 од 29 држава чланица Савета адвокатских комора и правних друштава Европе: Андора, Аустрија, Белгија, Бугарска, Велика Британија, Естонија, Исланд, Италија, Кипар, Лихтенштајн, Луксембург⁶, Немачка⁷, Португал, Румунија, Холандија⁸, Швајцарска и Шпанија. Дакле, бесплатна правна помоћ је ограничена искључиво на адвокатуру у готово 60 одсто држава чланица Савета адвокатских комора и правних друштава Европе за које су доступни подаци.

У другој групи држава, која је по свему особена, налазе се четири скандинавске *земље* – Данска, Норвешка, Шведска и Финска. Ове земље представљају сасвим посебну групу због специфичне уставне традиције, високог животног стандарда и високог нивоа остваривања људских права и слобода. Три од четири наведене државе су традиционалне монархије, од којих две имају на снази уставе старије од два века (шведски устав је донесен 1809, а норвешки 1814). Шведска институција омбудсмана, уведена Уставом од 1809, која је у време свог настанка била изузетно прогресивна, јер велика већина европских земаља још увек није имала ни писане уставе, проширила се тек у другој половини 20. века на читав европски континент. Све то говори у прилог прогресивности и посебности четири правна система. У четири наведене земље, поред адвокатуре, правну помоћ могу пружати и друга лица и установе. То су канцеларије за бесплатну правну помоћ у Данској, јавни правозаступници за бесплатну правну помоћ у Финској, „јуристи“ или правни заступници у Норвешкој и правни саветници у Шведској. Разуме се, за стицање права на пружање бесплатне правне помоћи у овим земљама морају се испунити изузетно строги услови. Стога се ова група од четири државе због специфичне правне традиције мора посматрати као сасвим посебан случај, чија решења нису применљива у земљама са ниским стандардом живота.

⁶ За ову државу као пружаоци бесплатне правне помоћи наведени су и нотари и судски извршитељи.

⁷ У Немачкој бесплатну правну помоћ могу пружати и порески саветници, порески посредници, ревизори, овлашћене рачуновође и пензијски саветници, у стварима које се тичу финансијског права и социјалног права.

⁸ У Холандији постоји и категорија „јуристи/правни саветници“, овлашћена за пружање правне помоћи, али они морају испуњавати све услове за стицање статуса адвоката. У овом случају обезбеђена је стручност, али не и независност пружалаца бесплатне правне помоћи.

Трећу групу чине државе у којима бесплатну правну помоћ, поред адвоката, могу пружати *и други субјекти, који су под окриљем државе*. У ову групу спадају Република Ирска и Литванија. У Републици Ирској, поред адвоката, бесплатну правну помоћ могу пружати тзв. „државни правни центри“, а у Литванији су то „државни службеници у локалним самоуправама“ и „јавне агенције са којима локалне самоуправе закључују споразуме“ (и то само за тзв. примарну правну помоћ). Најближа литванском решењу је Република Србија, имајући у виду да, поред адвокатуре, бесплатну правну помоћ могу пружати и службе правне помоћи које се оснивају у јединицама локалне самоуправе.

Четвртој групи припадају државе које, осим адвокатима и државним субјектима, омогућавају пружање бесплатне правне помоћи и *невладиним организацијама*. У ову групу спадају Грчка, Мађарска, Словачка, Француска, Хрватска и Чешка Република. Када је реч о земљама из ове групе које су прошле процес демократске транзиције, ситуација је следећа: у Мађарској невладине организације за пружање бесплатне правне помоћи „имају ангажоване адвокате“; у Словачкој „према важећем закону адвокати имају предност у односу на центар за правну помоћ“; у Хрватској невладине организације „морају да имају најмање једног запосленог правника за пружање правне помоћи“; у Чешкој Републици невладине организације пружају бесплатну правну помоћ „у ограниченој мери“.

Сасвим је специфичан случај Словеније, за коју се наводи да бесплатну правну помоћ, поред адвоката, адвокатских фирми и нотара, могу пружати и „лица која немају намеру остваривања профита“ и то „по одобрењу министра правде“. Овако широка и непрецизна формулација свакако се не може сматрати добрим решењем, јер оставља простор за разне злоупотребе.

На основу изнесених података може се извести неколико закључака о пружању бесплатне правне помоћи у државама чланицама Савета адвокатских комора и правних друштава Европе. Прво, огромна већина држава (око три петине) поверава пружање бесплатне правне помоћи искључиво адвокатима и адвокатским фирмама (адвокатским ортачким друштвима), па се овај модел може сматрати правилом, односно европским стандардом у овој области. Друго, мали број држава (око једне петине) омогућава и невладиним организацијама да пружају бесплатну правну помоћ, при чему је њихов положај у појединим државама (нпр. у Чешкој Републици) сасвим маргинализован, па се овакво решење мора

сматрати изузетком у европским оквирима. Треће, мађарско решење, према којем невладине организације за пружање бесплатне правне помоћи „имају ангажоване адвокате“, сасвим је нецелисходно, јер се поставља питање који је *ratio* улоге невладиних организација у пружању бесплатне правне помоћи, осим да посредују у пружању адвокатских услуга, што је сасвим непотребно.⁹ Четврто, уставни оквир који је поставио Устав Републике Србије од 2006. омогућава да се у Републици Србији пружање бесплатне правне помоћи законом уреди у складу са европским стандардима у тој области. И пето, у погледу пружалаца бесплатне правне помоћи, Република Србија је најближа решењима која постоје у Литванији и Републици Ирској.

Закључна разматрања

Из позитивноправне анализе Устава Републике Србије и релевантних законских норми, као и кратке упоредноправне анализе решења европских држава у вези са пружањем бесплатне правне помоћи, произлази неколико јасних закључака и препорука.

Потребно је, пре свега, истаћи да је право на правну помоћ зајемчено Уставом Републике Србије као опште индивидуално право (чл. 67, ст. 1), а правну помоћ, укључујући и бесплатну правну помоћ, у Републици Србији могу пружати искључиво адвокатура и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе (чл. 67, ст. 2 Устава). Право на бесплатну правну помоћ предвиђено је Уставом (чл. 67, ст. 3), а начин његовог остваривања се уређује законом, при чему се законом не може ширити круг пружалаца правне помоћи који је одредио Устав, јер би то било противно како одредби члана 67, став 2, тако и одредби члана 20, став 2 Устава, која забрањује смањење достигнутог нивоа људских и мањинских права. При том, око 60 одсто држава чланица Савета адвокатских комора и правних друштава Европе поверава пружање бесплатне правне помоћи искључиво адвокатима и адвокатским фирмама, односно адвокатским ортачким друштвима. Одредбе Устава Републике Србије о правној помоћи омогућавају да се бесплатно пружање правне помоћи уреди у складу са европским стандардима у тој области. Конач-

⁹ На питање које су позитивне, а које негативне стране националног система, за Мађарску је дат следећи одговор: „Позитивне стране: Бесплатна правна помоћ постоји. Све остало је негативно.“ (Упитник о бесплатној правној помоћи – ССВЕ, стр. 77)

но, Закон о адвокатури је правилно регулисао пружање бесплатне правне помоћи (чл. 73), а законски услови за стицање својства адвоката (чл. 6, ст. 1 Закона о адвокатури) веома су строги и несумњиво обезбеђују висок квалитет правне помоћи коју пружа адвокатура, као и независан положај адвоката као пружалаца правне помоћи.

Доношење општег закона о бесплатној правној помоћи у Републици Србији је нужно да би се увео ред у ту важну област пружања правне помоћи. Постоји неколико препорука које би могле да помогну законодавцу када буде доносио такав закон. Пре свега, начин на који је уређено остваривање права на бесплатног браниоца у кривичном поступку (чл. 33, ст. 3 Устава; чл. 71–81 Законика о кривичном поступку) може представљати добар модел и за уређење других облика бесплатне правне помоћи, пре свега у парничном поступку, али и у вези са управним стварима, иако је и у тим поступцима одговарајућим законима већ предвиђено право на ослобађање од трошкова поступка, које укључује и право на бесплатну правну помоћ. Будући закон о бесплатној правној помоћи требало би да, између осталих, уреди и следећа питања: начела бесплатног пружања правне помоћи, облике њеног пружања, круг корисника те помоћи, поступак за остваривање права на бесплатну правну помоћ, организациону структуру система бесплатне правне помоћи, начине финансирања система пружања бесплатне правне помоћи и механизам обезбеђења контроле квалитета бесплатне правне помоћи. Разуме се, будућим законом о бесплатној правној помоћи требало би укинути неуставне одредбе о бесплатној правној помоћи садржане у важећим законима (Закону о азилу, Закону о забрани дискриминације, Закону о јавном информисању и медијима итд.).

Литература

„Службени лист СРЈ“ бр. 24/98, 26/98 – испр., 69/2000 – одлука СУС, 11/2002 и 72/2002 – одлука СУС.

„Службени гласник РС“, бр. 31/2011 и 24/2012 – одлука УС.

Упитник о бесплатној правној помоћи – ССВЕ, ажурирано 23. 9. 2016. Материјал је доступан на адреси: https://aks.org.rs/aks/wp-content/uploads/2017/10/ENATJ-20160923-Upitnik-o-besplatnoj-pravnoj-pomoci-2016_SRB.pdf, 31. 3. 2018.

**RIGHT TO LEGAL AID IN THE CONSTITUTIONAL SYSTEM
OF THE REPUBLIC OF SERBIA – ANNEX TO THE DEBATE ON
PASSING THE LAW ON FREE LEGAL AID**

Dr. Marko Stankovic*

This paper is devoted to the legal analysis of the right to legal aid guaranteed by the Constitution of the Republic of Serbia of 2006: to whom the right belongs, who is allowed to provide legal aid, what are conditions for free legal aid and within which limits legislator can move in regulating the right to legal aid. First part of the paper refers to the analysis of current situation in Serbian positive regulations (de lege lata). There is also a brief overview of solutions regarding right to free legal aid in European legal systems. Finally, paper consists of some guidelines for appropriate solution of the problem in the constitutional system of the Republic of Serbia (de lege ferenda).

Key words: *Right to legal aid, Human rights, Advocacy, Free legal aid, Law on Free Legal Aid.*

* University of Belgrade Faculty of Law Belgrade (Serbia)

ИНСТИТУЦИЈА ОМБУДСМАНА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ
– од међународног омбудсмана до националне институције за
заштиту људских права –

Др Мијодрaг Радојевић*

***Резиме:** У повести омбудсмана јединствен случај је појава и развитак ове институције у Босни и Херцеговини. Омбудсман је специфичан по свом настанку и називу, начину организовања и функционисања, надлежности и појединим овлашћењима. Успостављање овог преседа на под окриљем Уједињених нација представљало је својеврстан „експеримент“ за тестирање различитих модела институције и у другим деловима света. У складу с доктринарним становиштима, у постконфликтним друштвима, омбудсман може преузети улогу механизма за одржавање мира, успостављања владавине права и заштите људских права. У овом чланку, указано је на развитак ове институције у Босни и Херцеговини и одрживост тезе о омбудсману као генератору успостављања владавине права у постконфликтним друштвима и земљама у транзицији.*

***Кључне речи:** омбудсман, Дејтонски споразум, заштита људских права, владавина права, међународни омбудсман, хуманитарни омбудсман, национална институција за заштиту људских права, реформа институције.*

I. Настанак и развитак Омбудсмана у Босни и Херцеговини

Дејтонским споразумом (Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини од 14. децембра 1995. године) установљена је

* Институт за политичке студије, Београд, Светозара Марковића 36, 11000 Београд, Република Србија, Е-mail: miodrag.radojevic@gmail.com

Институција омбудсмана у Босни и Херцеговини. У духу поменутог споразума, Омбудсману је поверен као примарни задатак – заштита људских права и посредно – осигурање мира и спровођења владавине права у земљи опустошеној грађанским ратом. Друга особеност била је у томе да је ово тело имало привремен карактер. Међународна заједница преузела је одговорност за њено успостављање, организацију и финансирање, с намером да представља централну институцију у заштити људских права и слобода. Ова двострука трансформација, односно њен преображај из канцеларије за жалбе за људска права у посебну, националну институцију за заштиту људских права, неуобичајена је у упоредном праву. Своје упориште је заснивала на идеји, популарној нарочито у току последње деценије двадесетог века, о тзв. хуманитарном омбудсману у постконфликтним друштвима и националној институцији за заштиту људских права. У једном периоду, у БиХ је постојала сложена структура омбудсмана, са ентитетским или регионалним телима.¹ Осим тога, омбудсман у Босни и Херцеговини издваја се и по атипичним овлашћењима у управном поступку и у односу на судску власт.

У претходне две деценије Омбудсман Босне и Херцеговине доживео је својеврсну метаморфозу. У првој етапи институција делује под патронатом међународних организација. Међународна заједница управљала је и финансирала институцију. У наредној фази одвија се процес формирања институције на принципима класичног омбудсмана и преношења одговорности на локалне органе власти. Истовремено, успостављају се и ентитетски омбудсмани у Републици Српској и Федерацији БиХ. Нека од решења, у погледу организације, начина избора и овлашћења омбудсмана, последица су природе политичког система и етничке слике Босне и Херцеговине. Савремену фазу обележава иницијатива за наставак реформе институције, под изговором да Омбудсман није испунио очекивања. Изузев централизације институције, односно укидања ентитетских омбудсмана и јачања овлашћења, све учесталије критике институције усмерене су на њено преуређење и доношење новог закона.² Омбудсман Босне и Херцеговине, на тај начин, разапет је у „Прокрустој постелји“, јер док расте незадовољство (не) ефикасношћу ове институције, очевидан је недостатак политичког консензуса о њеној реформи.

¹ Иако омбудсман у БиХ има мултиинституционалну природу, специјални омбудсмани нису били предмет анализе у овом чланку.

² Изузев анекса IV и VI Дејтонског споразума, као правни основ деловања тзв. националног или савезног омбудсмана донета су два закона (2000. и 2002. године). Последњи пропис је у два маха новелиран, а званични Преднацрт новог закона појавио се 2015. године.

II. Еволуција Омбудсмана у Босни и Херцеговини

1. Међународни хуманитарни омбудсман (1995–2003)

Међународни омбудсман обликован је по узору на трећу генерацију омбудсмана (Human Rights Ombudsman),³ а у складу с Париским принципима о националним институцијама за заштиту и промоцију људских права.⁴ Основно обележје овог модела јесте да, за разлику од традиционалног омбудсмана, није успостављен „са ослонцем на унутрашњи правни систем и управну структуру“, а његови задаци су, пре свега, окренути хуманитарним аспектима – спречавању конфликта сукобљених етничких група. Због ових обележја, сматра се посебном врстом или „*sui generis* омбудсманом“.⁵ У оснивању и функционисању институције активну улогу има међународна заједница, што опредељује избор њених носилаца, надлежност и овлашћења, унутрашњу организациону структуру... На пример, под јурисдикцију омбудсмана (пасивна легитимација) не подлежу само локални становници, него и службеници међународних организација. Важно обележје међународног омбудсмана јесте и његов привремени карактер, тако да када настану услови – одговорност за његово функционисање преузима локална заједница. Међутим, на тај начин мења се и мандат институције, о чему ће бити речи касније.

Легитимитет „међународног омбудсмана“ настаје из потребе да се, након етничких сукоба, успоставе институционални механизми за надгледање мира, поштовање људских права и цивилне управне структуре у сврху поштовања владавине права. Због тога се, у оквиру канцеларија за људска права, установљава омбудсман. Као примери наводе се Салвадор, Гватемала, Сијера Леоне, Источни Тимор и Авганистан.⁶ На подручју Косова и Метохије, након агресије НАТО и потписивања Резолуције 1244 СБ УН, успостављена је Омбудперсон институција на Косову (Ombudperson institution in Kosovo), у оквиру цивилне управе Уједињених нација до 2008. године.⁷

³ L. C. Reif, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Marinus Nijhooff Publishers, The Netherlands, 2004, стр. 257.

⁴ Видети: Резолуција Генералне скупштине 48/134 од 20. децембра 1993. године.

⁵ М. Радојевић, „Преображај омбудсмана у савременим правним системима с посебним освртом на институцију Заштитника грађана у Републици Србији“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 165.

⁶ L. C. Reif, *нав. дело*, стр. 276–277.

⁷ Опширније: М. Радојевић, „Преображај омбудсмана у савременим правним системима с посебним освртом на институцију Заштитника грађана у Републици Србији“, стр. 165–174.

У Босни и Херцеговини Институција омбудсмана је формирана непосредно након окончања грађанског рата.⁸ Омбудсман је осмишљен као један од инструмената за спровођење Дејтонског споразума и привремено међународно тело, док се не створе услови да се овлашћења за његов избор и функционисање не пренесу на државне органе и институције Босне и Херцеговине.

Анексом VI Оквирног споразума за мир у БиХ (Дејтонским споразумом од 1995. године) уређено је оснивање Канцеларије за људска права,⁹ а у оквиру ове комисије – Институције омбудсмана.¹⁰ Задатак оба тела била је заштита људских права и слобода у складу с Конвенцијом за заштиту основних људских права и слобода у другим међународним актима о заштити људских правима. Иако није имплицитно наведено, на основу екстензивнијег тумачења одредаба Анекса VI, закључујемо да је Канцеларија и механизам гарантовања мира и владавине права. Канцеларија и Омбудсман истраживале су пријаве у вези с тешким и систематским кршењем људских права почињеним у оба ентитета (Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Српској), од стране службеника или органа ентитета, кантона, општина или појединца који делује на основу овлашћења службеника или органа. Институције су биле усредсређене на, како је примећено у литератури, случајеве кршења (дискриминације) грађанских и политичких права, а не тзв. лоше управе. Због тога је аргументован закључак да назив омбудсман не одговара његовој стварној природи, јер је он „институција за примање жалби у вези са људским правима“,¹¹ односно „квазимеђународно, *sui generis* тело“.¹²

На основу Дејтонског споразума, Босна и Херцеговина није имала класична овлашћења која извиру из државног суверенитета. То је утицало на формирање привремених органа власти и институција, између осталих и омбудсмана, као један од преседана у повести помену

⁸ По први пут се омбудсман за БиХ помиње у Венс–Овеновом плану из 1993. године. Ова институција, са Судом за људска права и Уставним судом, омогућила би учешће међународне заједнице као „фактора примене плана“. Видети: R. Nešković, *Nedovršena država – politički sistem Bosne i Hercegovine*, Fondacija Friedrich Ebert Stiftung, Sarajevo, 2013, стр. 169–170.

⁹ Видети: Дејтонски Мировни споразум, Анекс 6. http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obudsmen_doc2013041003183431ser.pdf, посећено 21. августа 2018. године.

¹⁰ Анекс VI односи се на заштиту људских права. Видети: „Споразум о људским правима“, Анекс VI, Поглавља два: Комисија за људска права: Део А: општи, члан II, Део Б: члан IV–VI.

¹¹ Упоредити: L. C. Reif, *нав. дело*, стр. 88 и 267.

¹² V. Kazarić, „Ostvarivanje i zaštita ljudskih prava u Bosni i Hercegovini kroz praksu prava ombudsmena i Doma za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2005, стр. 45.

институције.¹³ Правни основ његовог настанка није акт унутрашњег права, него међународни споразум.¹⁴

Међународна заједница донела је конститутивне прописе, финансирала институцију и бирала прве омбудсмане до 2003. године.¹⁵ Због тога овај период (1995–2003) има карактер засебне фазе (међународни омбудсман у Босни и Херцеговини). Омбудсмана није постављао домаћи законодавац или државни орган, него председавајући ОЕБС-а (Организације за европску безбедност и сарадњу) након консултација с представницима ентитета,¹⁶ а он је могао бити само страни држављанин – лице које није држављанин Босне и Херцеговине или неке од суседних држава. Тако је за првог омбудсмана именована Грет Шалер, некадашњи амбасадор Швајцарске у Савету Европе. Она је отворила подручне канцеларије у Мостару и Бањој Луци и изабрала стручно особље паритетно састављено од правних експерата из БиХ и иностранства. Седиште Комисије и Омбудсмана било је у Сарајеву, а подручне канцеларије налазиле су се у Републици Српској и Федерацији. Омбудсман је, у овој фази, функционисао као инокосно тело.

Међународни омбудсман конципиран је као привремено тело. Делимичну одговорност за спровођење мера и поступање по захтеву омбудсмана, а затим и све веће учешће у финансирању институције, преузимала је матична земља.¹⁷ Међутим, у складу са чланом XIV Дејтонског споразума, Председништво Босне и Херцеговине није у предвиђеном року испунило обавезу и усвојило закон и изабрало омбудсмана за заштиту људских права у процесу преноса надлежности.¹⁸ Због тога је Законом о Омбудсману за људска права БиХ прецизирано да Канцеларија

¹³ О правној природи Дејтонског споразума видети: G. Marković, *Bosanskohercegovački federalizam*, JP Službeni glasnik, Beograd, University Press – Izdanja Magistrat, Sarajevo, 2012, стр. 69–70.

¹⁴ Анекс IV Дејтонског мировног споразума представља Устав Босне и Херцеговине.

¹⁵ Слична решења примењена су и на Маурицијусу и на Косову.

¹⁶ У литератури се користи еуфемизам за учешће међународне заједнице у креирању и функционисању омбудсмана – „интерни међународни актер“. Видети: L. C. Reif, *нав. дело*, стр. 267.

¹⁷ Стране потписнице Дејтонског споразума (Република БиХ, Република Српска и Федерација БиХ) обавезале су се да ће обезбедити највиши ниво међународно признатих људских права и слободе свим особама које се налазе под њеном надлежношћу. Упоредити: G. Marković, *нав. дело*, стр. 157–158.

¹⁸ Према члану 14 Споразума о људским правима: „Пет година након ступања на снагу овог Споразума одговорности за наставак деловања Комисије ваља пренети са Странака на институције Босне и Херцеговине, уколико се Странке другачије не договоре. У последњем случају Комисија треба да настави са радом како је горе предвиђено.“

(„прелазни омбудсман“)¹⁹ настави рад до 31. децембра 2003. године (члан 41). Први „домаћи“ парламентарни омбудсмани изабрани су у децембру 2003. године, чиме је окончан прелазни период.

Међународна заједница имала је више него консултативну улогу приликом доношења првог Закона о омбудсменима („Службени гласник БиХ“, број 32/00). Овај акт израдио је Савет Европе уз помоћ тзв. Венецијанске комисије. Доношење федералног закона договорено је на Бриселској конференцији за имплементацију мира (мај 2000. године), на којој је предвиђено да то буде учињено од стране парламента до септембра исте године. С обзиром на то Парламентарна скупштина БиХ није усвојила посебан акт о Омбудсману, тадашњи високи представник Уједињених нација донео је Одлуку о Закону о Омбудсману за људска права 12. децембра 2000. године. Парламент БиХ је усвојио овај акт без икаквих измена.²⁰ Уместо одредаба Анекса VI Дејтонског споразума, Закон је постао правна основа за реформу институције.

2. Реформа институције – пренос надлежности

У Босни и Херцеговини постепено је реструктурирана и реформисана Институција омбудсмана. Ове промене диктирала је и пракса међународног омбудсмана – дуготрајни и сложени процеси, који су се углавном завршавали пред домаћим судовима и бројне притужбе на које није могао реаговати због суженог оквира надлежности.

Према Закону од 2000. године, измењен је назив – уместо Канцеларије омбудсмана за људска права установљен је Омбудсман за људска права Босне и Херцеговине.²¹ У вези с називом институције, указујемо на две околности. Изузев у Скандинавији, није чест случај да се у европским земљама употребљава термин са интернационалним значењем – омбудсман (Белгија, Бугарска, Ирска, Малта и Холандија), већ примећујемо употребу одредница са локалним значењем (заштит-

¹⁹ Видети: В. Kofler, „Bosnia and Herzegovina“, у: G. Kucsko-Stadlmayer (ed.), *European Ombudsman-Institutions, A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Wien–New York, 2008, стр. 120.

²⁰ Опширније: М. Дмичић, „Уставност и законитост и остваривање и заштита људских права у Босни и Херцеговини“, *Српска правна мисао*, бр. 1–4/2000, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2000, стр. 135–151; Н. Граховац, *нав. дело*, стр. 25.

²¹ Члан 4.1. Анекса VI Дејтонског споразума.

ник, повереник, медијатор, народни адвокат итд.).²² Такође, у БиХ се користе два израза – „омбудсман“ и „омбудсмен“.²³ Овај дублет јесте необичан,²⁴ а према једном од објашњења упућује се на колективни карактер овог органа („означава три особе које чине институцију“, члан 1 став 2 Закона о Омбудсману за људска права БиХ).²⁵ У једном правном систему неједначени називи за институцију нису номотехнички одрживи, нити је израз „омбудсмен“ теоријски прихватљив. Он представља један од облика „дисторзије“ или „семантичке мутације“ изворног назива, као последица погрешног то јест извитопереног тумачења.²⁶ У Шведској израз – омбудсман није родно неутралан појам, али то није обесхрабрило присталице родне равноправности да у другим земљама потраже „адекватније“ називе за ову институцију.

Законом од 2000. године промењена је организација и начин избора омбудсмана („реструктурирање институције“). Успостављена је независна и самостална институција (парламентарни омбудсман), посебна варијанта колективног тела са три омбудсмана из редова конститутивних народа (бошњачког, хрватског и српског).²⁷ Заступнички дом и Дом народа Парламента Федерације Босне и Херцеговине изабрали су прве домаће омбудсмане, са мандатом од четири године. Омбудсман није „првостепени истражни механизам Комисије“, него посебан државни орган. Надлежност омбудсмана усмерена је на преиспитивање евентуалних случајева ранијих кршења људских права, у складу са чланом 2 Закона (2000), по коме ова институција „ради на отклањању после-

²² У Србији, на пример, Покрајински омбудсман у Аутономној Покрајини Војводини носи назив – „Покрајински заштитник грађана – омбудсман“. Интересантно је да је задржан суфикс омбудсман, с аргументом да се на тај начин ова институција чини ближем припадницима етничких мањина.

²³ Видети званични веб-сајт: <http://www.ombudsmen.gov.ba/>, посећено 28. августа 2018. године.

²⁴ Упоредити: члан 1 а) и б) Закона о омбудсмену за људска права БиХ, „Службени гласник БиХ“, број 32/00. Два различита назива користе и у Белгији, при чему се реч медијатор различито преводи за две националне заједнице – Фламанску и Валонску.

²⁵ Закон о омбудсмену БиХ, доступан на адреси: http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obudsmen_doc2013041003342457ser.pdf, посећено 20. августа 2018. године.

²⁶ Опширније у: М. Радојевић, „Преображај омбудсмана у савременим правним системима с посебним освртом на институцију Заштитника грађана у Републици Србији“, стр. 14–15.

²⁷ Супротно, Богољуб Милосављевић сматра да се не ради о колективном или колегијалном моделу (нпр. у Аустрији, донедавно у Молдавији и Мађарској), него да је у погледу омбудсмана у Босни и Херцеговини формиран „инокосни модел са више носилаца функције“. Према његовом мишљењу, као што је то случај у Шведској и Литванији, институцију омбудсмана чини више појединаца који самостално иступају (Видети: Б. Милосављевић, *Омбудсман – заштитник људских права*, Центар за антиратну акцију, Београд, 2001, стр. 60). Међутим, начин одлучивања омбудсмана у БиХ сличан је начину одлучивања колективног председништва у овој земљи, па сматрамо да се суштински ради о колективном органу.

дица кршења људских права и слобода, а посебно последица етничког прогона²⁸.

Један од омбудсмана координира радом институције, и то тако што се бира периодично (на две године), али свако понаособ задржава степен независности и самосталности у свом делокругу. Сваки од омбудсмана самостално иступа, а одлуке се доносе консензусом (члан 8(1) Закона), што управо упућује на колективни карактер институције. Омбудсмани се бирају на предлог посебне *ad hoc* комисије, коју оснива Парламентарна скупштина БиХ. Комисија објављује јавни позив и утврђује листу кандидата, а Парламентарна скупштина БиХ може од кандидата затражити представљање концепта рада Институције омбудсмана.²⁹ Омбудсмани се бирају истовремено већином гласова у оба дома Парламентарне скупштине, на мандат од шест година.

Институција има етноцентрични карактер јер омбудсмани представљају своје ентитете (конститутивне народе) и *de facto* имају право вета на одлуку других колега. Такво решење уважава начело конститутивности народа, али је критиковано јер не уважава грађански концепт државе.³⁰ Због тога је у Преднацрту новог закона (2015) садржана одредба да, уместо три, канцеларију чине четири омбудсмана, од којих се један бира из редова „осталих“.³¹

Омбудсман у БиХ има хибридни мандат; осим заштите људских права, његова улога јесте и „промовисање добре управе и владавине права“ (члан 1(1) Закона).³² Значајну новину представља ширење његове надлежности. Уместо да истражује случајеве дискриминације у вези са кршењем људских права, он испитује кршење било којег права. Осим традиционалних истражно-тужилачких овлашћења, права да подне-

²⁸ Месна надлежност овог омбудсмана обухвата ентитете, односно све кантоне, као и Дистрикт Брчко.

²⁹ У пракси, Парламентарну скупштину није обавезивала листа кандидата, тј. редослед кандидата према бодовној листи.

³⁰ Видети члан 8(7) Закона. О дилемама везаним за примену овог решења видети: European Commission for Democracy through law (Venice Commission), *Compilation on the Ombudsman Institution*, CDL(2011)79, Strasbourg, 2011, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2011\)079-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2011)079-e), стр. 14; М. Živanović (ur.), *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini 2008*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, стр. 55–57; М. Živanović (ur.), *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini 2014*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, стр. 44–45.

³¹ Видети: члан 9 Преднацрта закона о омбудсмену БиХ, http://www.mhrr.gov.ba/PDF/Javne_konsultacije/Zakon%20o%20ombudsmenu%20sa%20obrazlozenjem.pdf, посећено 22. августа 2018. године.

³² Упоредити: L. C. Reif, *нав. дело*, стр. 270.

се извештај и обавештава јавност, учествовања у унапређењу политике људских људских права, овлашћења у поступку контроле законитости и имплементације међународних стандарда људских права, омбудсман располаже и овлашћењима „парничног“ карактера, као и другим специфичним прерогативима.

С обзиром на то да испуњава Париске принципе (широка надлежност, аутономија у односу на владу, независност зајемчена правним прописима, плурализам, одговарајуће финансирање и технички капацитети и овлашћења у истрази) Омбудсман је и акредитован као Национална институција за заштиту људских права (National Human Rights Institutions, скраћено NHRI),³³ са статусом највише оцене (А) од 2001. године, коју додељују Уједињене нације, односно Међународни координациони комитет за националне институције за промоцију и заштиту људских права.³⁴

Омбудсман у БиХ издваја „либералан“ начин обраћања институцији и покретање поступка, у складу са савременим тенденцијама у упоредном праву. Такође, специфична су овлашћења према којима он поступа као тело које врши надзор над остваривањем права на правну помоћ,³⁵ *amicus curiae* и умешач у судском поступку (*sic!*). Ова „квасисудска“ овлашћења обухватају његово право да покрене судски поступак, интервенише у току судског поступка, консултује и(ли) даје препоруке странама у спору и да препоручи спровођење судске одлуке у одређеном року

³³ Према концепту NHRI, њихов задатак је да се баве претежно питањима заштите и унапређивања људских права. Опширније о моделу омбудсмана као националне институције за заштиту људских права у: М. Радојевић, „Преображај омбудсмана у савременим правним системима с посебним освртом на институцију Заштитника грађана у Републици Србији“, стр. 341–349.

³⁴ Видети: GANHRI – Global Alliance of National Human Rights Institutions, *Chart of the status of National Institutional*, Accreditation status as of 21 February 2018, <https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/Status%20Accreditation%20Chart.pdf>, посећено: 20. августа 2018. године.

³⁵ Видети: Институција омбудсмана за људска права БиХ, *Годишњи извештај о резултатима активности Институције омбудсмана за људска права Босне и Херцеговине за 2017*, Бања Лука, март 2018, стр. 22–22, http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/ombudsmen_doc2018030810344228ser.pdf, посећено: 21. августа 2018. године. Омбудсман прима притужбе у вези са остваривањем права на бесплатну правну помоћ, али није тело које примарно пружа овај вид заштите („Иако обавља правну заштиту у поступку по притужби, према преовлађујућем доктринарном становишту омбудсман није квалификовани пружалац бесплатне правне помоћи [...]. Улога омбудсмана у погледу овог права јесте корективна и надзорна. У складу са својим мандатом стара се о заштити и унапређивању БПП-а“, М. Радојевић, „Омбудсман као механизам за пружање бесплатне правне помоћи – *pro et contra* – (Овлашћења европских омбудсмана у пружању бесплатне правне помоћи), Трећа, исправљена верзија“, доступно на интернету, <https://www.ombudsman.rs/index.php/4540-2016-01-15-08-19-55>, стр. 3, посећено: 25. августа 2018. године).

(члан 5 Закона од 2000),³⁶ али су углавном ограничена на процедуралне аспекте.³⁷

Осим основних овлашћења регулисаних Законом од 2002. године, делокруг Омбудсмана уређен је и у другим прописима. Омбудсман може да покрене и учествује у судском поступку, управном поступку и поступку медијације.³⁸ У одређеним случајевима, забрањена је прекршајна одговорност за неспровођење препорука Омбудсмана, иако су оне доктринарно правнонеобавезујуће. Према члану 16 Закона о дискриминацији, Омбудсман може да се придружи жртви дискриминације или тужиоцу, а да суду помаже у својству пријатеља суда. Осим тога, овлашћен је и да надзире да ли је именоване јавних функционера и постављање јавних службеника обављено у складу с начелима владавине права.³⁹ Омбудсман је и активно легитиман учесник управног поступка. Из статуса странке у управном поступку (члан 42 став 4 ЗУП-а) проистиче низ његових других права.⁴⁰

³⁶ Ова овлашћења објашњавају се управо генералном надлежношћу омбудсмана. Упоредити: N. Ademović, J. Marko, G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija „Konrad Adenauer“ predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2012, стр. 358. Опширније о томе: Б. Милосављевић, „Упоредна анализа надлежности регионалних и европских омбудсмана у области контроле судске управе“, <https://www.ombudsman.rs/index.php/4540-2016-01-15-08-19-55>, стр. 14–15, посећено: 25. августа 2018. године).

³⁷ G. Kucsko-Stadlmayer, „Part One: The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe – Legal Comparative Analysis“, G. Kucsko-Stadlmayer (ed.), *European Ombudsman-Institutions, A comparative legal analysis regarding, the multifaceted realisation of an idea*, Springer Wien, Austria, 2002, стр. 27.

³⁸ Видети: чл. 7 и 20 Закона о забрани дискриминације, „Службени гласник БиХ“, број 59/09; члан 21–22. Закона о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 32/01, 48/11. Упоредити: F. Vehabović, M. Izmirilija, A. Kadribašić, *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije – sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010, стр. 82–84. У Србији у овим областима постоје посебни државни органи искључиво задужени за заштиту ових права: Повереник за заштиту равноправности и Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности. Повереник за родну равноправност не доноси само препоруке, већ и решење које имају карактер управног акта.

³⁹ Смисао овог овлашћења јесте у успостављању ефикаснијег механизма за успостављање деполитизације и професионализације управе (чл. 16–17 Закона о министарским, владиним и другим именованима Федерације Босне и Херцеговине, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 12/03, 34/03). Омбудсман је примио више од 100 жалби у 2013. години. Упоредити: „Иницијатива за преиспитивање оправданости постојања управних и надзорних одбора у јавним установама“, <http://www.ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=232&lang=SR>, посећено 17. новембра 2015. године.

⁴⁰ Опширније: М. Радојевић, „Преображај омбудсмана у савременим правним системима с посебним освртом на институцију Заштитника грађана у Републици Србији“, стр. 155–157.

3. „Оснаживање“ националне институције за заштиту људских права и слобода

Идеја о реформи Омбудсмана БиХ заснована је на незадовољству оствареним степеном заштите људских права, начином функционисања институције, али се посматра као један од корака у оквиру иницијативе за темељно преустројавање облика државног уређења.⁴¹ Решења за реструктурирање институције припремила је Венецијанска комисија.⁴² Према овим начелима, постоје два смера реформе – укидање ентитетских омбудсмана, јачање независности и самосталности и овлашћења и капацитета Омбудсмана.

Изузев тзв. савезног или националног омбудсмана, паралелно су постојали ентитетски омбудсмани – за Федерацију БиХ и Републику Српску.⁴³ Ентитетски омбудсмани у складу су са Дејтонским споразумом, јер ентитети одговарају за највиши ниво међународно признатих људских права и слобода.⁴⁴ С обзиром на то да ентитетски омбудсмани нису „угашени“ у складу са законским роком, он је продужен до краја 2006. године (члан 16(2) Закона о изменама и допунама Закона о Омбудсмену за људска права, „Службени гласник БиХ“, број 32/06). Међутим, и овај рок је прекорачен, па је међународна заједница прибегла притиску. Укидање поменутих институција образложено је испуњавањем услова за визну либерализацију између БиХ и ЕУ. План реструктурирања Институције омбудсмана није обављен у складу са формулом ЕУ: да се са 9 – по три омбудсмана представљали су омбудсмане у два ентитета и централном нивоу, пређе на формулу 3 – омбудсман и два заменика у ен-

⁴¹ БиХ је пример земље с високо децентрализованим правним системом. Према критичарима, БиХ треба устројити као регионалну државу, након укидања ентитета и кантона, а по другима као унитарну државу. Такав „план“ (Дејтон 2) подржава и некадашњи високи представник УН („Wolfgang Petritsch: U BiH je vrijeme za ukidanje entiteta i formiranje regija“, <https://www.klix.ba/vijesti/bih/wolfgang-petrirtsch-u-bih-je-vrijeme-za-ukidanje-entiteta-i-formiranje-regija/140311022>, посећено 21. августа 2018. године).

⁴² Evropska komisija za demokratiju putem zakona (Venecijanska komisija), *Dogovoreni zaključci radnog sastanka na temu – „Restrukturiranje institucije ombudsmana u Bosni i Hercegovini“*, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2004\)028-srb](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2004)028-srb), Strasbourg 20. april 2004, CDL(2004)028, посећено 15. августа 2018. године; Такође: В. Кофлер, *нав. дело*, стр. 125.

⁴³ Парламент Републике Српске је изабрао омбудсмане 2002. године (видети: Закон о омбудсмену, „Службени гласник РС“, бр. 4/00 и 49/04), а канцеларија омбудсмана је престала да ради 2010. године (Закон о престанку важења Закона о омбудсману РС – заштитника људских права“, „Службени гласник РС“, број 103/08). О Омбудсману Републике Српске опширније: М. Радојевић, *нав. дело*, стр. 158–160.

⁴⁴ Видети члан II 1 Устава Босне и Херцеговине. Упоредити: G. Marković, *нав. дело*, стр. 366–367.

титетима и централном нивоу, а затим и једног омбудсмана. Институција јесте централизована, али не у форми инокосног органа.⁴⁵

Ентитетски омбудсмани су паралелно постојали са Омбудсманом за људска права БиХ до 2010. године. У теорији, међутим, не постоји сагласност о томе да ли је боље имати једног омбудсмана на централном нивоу или и паралелне институције на локалном нивоу. Такође, у упоредном праву постоје различита решења у погледу врсте и облика омбудсмана. Међународни стандарди подржавају примену начела плуралитета облика институције, па укидање ентитетских омбудсмана сматрамо некорисним леком за побољшање ефикасности омбудсмана у Босни и Херцеговини, јер је централизовани модел омбудсмана погоднији у унитарним државама са мањим бројем становника.⁴⁶

У претходном раздобљу, Институцију омбудсмана у БиХ је критиковала стручна јавност и међународне институције. Углавном се указује на то да је Институција омбудсмана показала низ недостатака – укупно стање људских права није побољшано, други резултати нису остварени, а ниско је поверење грађана у ову институцију. Поступци пред Омбудсманом трају веома дуго,⁴⁷ а на квалитет рада институције („нестручна обрада предмета“) утиче компетенција и стварни положај њених носилаца и стручне службе. За омбудсмане се истиче да не уживају стварну независност и да представљају политичке намештенике, који се бирају по етничкој основи и регрутују из страначких редова.⁴⁸ Према становишту

⁴⁵ Опширније: М. Živanović (ur.), *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini 2014*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, стр. 41–47; Б. Колар Мијатовић, *нав. дело*, стр. 42 и 97–109.

⁴⁶ Упоредити слично мишљење: М. Дмичић, „Уставноправни аспекти преноса надлежности, ефеката преноса и могућности њиховог поврата“, *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци*, број 30, Бања Лука, 2007, стр. 164–165.

⁴⁷ Поступак је „спор и неефикасан, а то резултира великим бројем нерешених предмета.“ Д. Медић, „Заштита људских права у Босни и Херцеговини са посебним акцентом на Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода“, *Избор из судске праксе*, бр. 1/2003, Глосаријум, Београд, 2003, стр. 68.

⁴⁸ Е. Šarčević, „Institucija ombudsmana u pravnom sistemu BiH: bilans nedostataka“, у: Е. Šarčević (ur.), *Ombudsmani za ljudska prava BiH – bilans jednog neuspjeha*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2017, стр. 8 и даље; Е. Mrkaljević, „Dvadeset godina djelovanja institucije ombudsmana u Bosni i Hercegovini“, у: Е. Šarčević (ur.), *Ombudsmani za ljudska prava BiH – bilans jednog neuspjeha*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2017, стр. 44; Видети и текст исте ауторке у овом зборнику: Mrkaljević, Enesa, „Kako funkcioniše Institucija ombudsmana u Bosni i Hercegovini“, стр. 171–175; V. Kazarić, *нав. дело*, стр. 47 и даље; А. Hanušić, „Ombudsmen u sistemu zaštite od diskriminacije u Bosni i Hercegovini – Analiza situacije i karakteristični problemi, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2012, стр. 25 и даље; Centar za ekonomske socijalne studije, *Činimo li pravi izbor? – Saga o reformi institucije ombudsmana BiH*, Sarajevo, 2009, <http://populari.org/files/docs/51.pdf>, стр. 7, посећено: 18. августа 2018. године.

омбудсмана, оправдање за нижи ниво његове ефикасности јесте у недостатку финансијских средстава и кадрова. И овај разлог сматрамо основаним, јер приликом увођења његових нових овлашћења (нпр. у области заштите од дискриминације) нису размотрене и потребе за повећањем материјалних, кадровских и техничких капацитета институције. У извештају о напретку БиХ у процесу приступања ЕУ (2014), Европска комисија је поменула да је, осим финансијских и кадровских неприлика, евидентан проблем политичке подршке овој институцији и низак ниво примене препорука омбудсмана.⁴⁹

Други правац реформе усредсређен је на проширење мандата, надлежности и јачања интегритета институције. У складу с препорукама Венецијанске комисије и Париским принципима,⁵⁰ по којима национална институција за заштиту људских права има што шира овлашћења, мандат институције у БиХ треба да обухвати унапређење и промоцију људских права и статус националног механизма за превенцију тортуре. Осим тога, неопходно је јачање независности и одговорности институције и реорганизација стручне службе. Преношењем овлашћења која су регулисана другим прописима, а тичу се заштите од дискриминације, управног поступка и судске власти, основни закон добио би карактер тзв. омнибус прописа.

Закључак

Омбудсман за људска права БиХ особен је пример развитка ове институције у упоредном праву. Омбудсман је формиран као последица међународног протектората, што је определило његов мандат и друга нормативна решења. У другој фази Омбудсман је трансформисан у националну институцију за заштиту људских права (NHRI), са хибридни-м мандатом. Међутим, упркос међународној подршци и мониторингу, у његовом раду испољене су бројне слабости, што је довело до захтева за наставак реформе институције, која је у овом чланку означена као савремена фаза.

⁴⁹ European Commission, *Bosnia and Herzegovina Progress Report*, October 2014, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2014/20141008-bosnia-and-herzegovina-progress-report_en.pdf, стр. 11 и 33.

⁵⁰ Упоредити: CDL-AD(2004)041 - Joint Opinion on the Draft Law on the Ombudsman of Serbia by the Venice Commission, the Commissioner for Human Rights and the Directorate General of Human Rights of the Council of Europe adopted by the Venice Commission at its 61st Plenary Session (Venice, 3-4 December 2004).

Бројна истраживања указују на то да Омбудсман у БиХ није ефикасан. Апсурдно је да је након формирања институције дошло до пада нивоа заштите људских права. Уместо да манифестује независност и самосталност, стручност и објективност у деловању, Омбудсман је под политичким утицајем па грађани немају поверења у ову институцију. Због тога је реформа институције усмерена на доношење новог закона, како би се елиминисали структурни недостаци и ојачала његова нормативна позиција. Кључна решења јесу у промени начина избора носилаца функције, изричитом навођењу нових мандата, прописивању овлашћења, као што је право на законодавну иницијативу и право обраћања Уставном суду⁵¹ и отклањање недоумица и празнина које постоје у постојећем закону (нпр. ограничавање рока за поступање у предмету).

Апорије омбудсмана у Босни и Херцеговини су структурне природе, делимично су резултат ниског степена владавине права и правне културе, али и одсуства политичке воље. Критике нису ван оквира када се говори о омбудсманима у бившој Југославији, а то се нарочито односи на непознавање природе саме институције. Ваља се подсетити да омбудсман најбоље резултате постиже у земљама у којима већ постоји демократска традиција и стабилне институције. Превелика очекивања, као што је то случај и у другим државама у транзицији, негативно су утицала на поверење према институцији, као базичне претпоставке њеног ефикасног деловања. С друге стране, настанак омбудсмана у БиХ био је терет или „проблематична заоставштина“ у иницијалној фази, оптерећеној политичким играма и стереотипима у развоју институције. Изабрана је и погрешна терапија за лечење, у виду новог „омнибус“ акта и решења о традиционалној инокосној институцији, уместо да се излаз тражи у другим стратегијама, еластичнијим механизмима, са више стрпљења и опрезним очекивањима.

Литература

Ademović, N., Marko J., Marković G., *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija „Konrad Adenauer“ – predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2012.

⁵¹ Н. Граховац, „Владавина права и овлашћења омбудсмана“, у: Г. Марковић, *Владавина права и правна држава у региону*, стр. 310–317.

Kofler, B., „Bosnia and Herzegovina“, у: Kucsko-Stadlmayer Gabriele (ed.), *European Ombudsman-Institutions, A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Wien–New York, 2008.

Kucsko-Stadlmayer, G., „Part One: The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe – Legal Comparative Analysis“, Kucsko-Stadlmayer Gabriele (ed.), *European Ombudsman-Institutions, A comparative legal analysis regarding, the multifaceted realisation of an idea*, Springer Wien, Austria, 2002.

Граховац, Н., „Владавина права и овлашћења омбудсмана“, у: Марковић, Горан (ур.), *Владавина права и правна држава у региону*, Правни факултет, Источно Сарајево, 2014.

Граховац, Н., „Институција омбудсмана у Босни и Херцеговини“ (магистарски рад), Факултет правних наука, Паневропски универзитет „Апеирон“, Бања Лука, 2008.

Дмичић, М., „Уставност и законитост и остваривање и заштита људских права у Босни и Херцеговини“, *Српска правна мисао*, бр. 1–4/2000, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2000.

Дмичић, М., „Уставноправни аспекти преноса надлежности, ефеката преноса и могућности њиховог поврата“, *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци*, број 30, Бања Лука, 2007.

Живановић, М., *Људска права у Босни и Херцеговини 2008*, Центар за људска права Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2009.

Живановић, М. (ур.), *Људска права у Босни и Херцеговини 2014*, Центар за људска права Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2015.

Kazarić, V., „Ostvarivanje i zaštita ljudskih prava u Bosni i Hercegovini kroz praksu prava ombudsmena i Doma za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2005.

Колар Мијатовић, Б., „Омбудсман у Босни и Херцеговини“, Паневропски универзитет, „Апеирон“, Бања Лука, 2007

Кунић, П., „Нормативноправни оквир стања и заштите људских права у Републици Српској“, *Правни живот*, бр. 12/1996, Удружење правника Србије, Београд, 1996.

Marković, G., *Bosanskohercegovački federalizam*, JP Službeni glasnik, Beograd, University Press – Izdanja Magistrat, Sarajevo, 2012.

Медић, Д., „Заштита људских права у Босни и Херцеговини са посебним акцентом на Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода“, *Избор из судске праксе*, бр. 1/2003, Глосаријум, Београд, 2003.

Милосављевић, Б., *Омбудсман – заштитник људских права*, Центар за антиратну акцију, Београд, 2001.

Милосављевић, Б., „Упоредна анализа надлежности регионалних и европских омбудсмана у области контроле судске управе“, <https://www.ombudsman.rs/index.php/4540-2016-01-15-08-19-55>, посећено: 25. августа 2018.

Мркаљевић, Е., „Двадесет година дјеловања институције омбудсмана у Босни и Херцеговини“, у: Шарчевић Един (ур.), *Омбудсмани за људска права БиХ – биланс једног неуспјеха*, Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2017.

Мркаљевић, Е., „Како функционише Институција омбудсмана у Босни и Херцеговини“, у: Шарчевић, Един (ур.), *Омбудсмани за људска права БиХ – биланс једног неуспјеха*, Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2017.

Nešković, R., *Nedovršena država – politički sistem Bosne i Hercegovine*, Fondacija Friedrich Ebert Stiftung, Sarajevo, 2013.

Ohranović, A., „Ombudsmeni za ljudska prava u izvještaju za 2012. godine: ima li institucija još smisla?“, *Sveske za javno pravo*, број 13/2013, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2013.

Радојевић, М., „Преображај омбудсмана у савременим правним системима с посебним освртом на институцију Заштитника грађана у Републици Србији“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.

Радојевић, М., „Омбудсман као механизам за пружање бесплатне правне помоћи – *pro et contra* – (Овлашћења европских омбудсмана у пружању бесплатне правне помоћи), Трећа, исправљена верзија“, <https://www.ombudsman.rs/index.php/4540-2016-01-15-08-19-55>, посећено: 25. августа 2018.

Reif, C. L., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Marinus Nijhooft Publishers, The Netherlands, 2004.

Hanušić, A., *Ombudsmen u sistemu zaštite od diskriminacije u Bosni i Hercegovini – Analiza situacije i karakteristični problemi*, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2012, [http://www.analitika.ba/files/Analitika%20-%20Izvjestaj%20-%20Ombudsman%2010maj2013%20\(BHS\).pdf](http://www.analitika.ba/files/Analitika%20-%20Izvjestaj%20-%20Ombudsman%2010maj2013%20(BHS).pdf), посећено 15. августа 2018.

Vehabović, F., Izmirilija, M., Kadribašić, A., *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije – sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010.

Šarčević, E., „Institucija ombudsmana u pravnom sistemu BiH: bilans nedostataka“, у: Šarčević, Edin (ur.), *Ombudsmeni za ljudska prava BiH – bilans jednog neuspjeha*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2017.

Centar za ekonomske socijalne studije, *Činimo li pravi izbor? – Saga o reformi institucije ombudsmana BiH*, Sarajevo, 2009, <http://populari.org/files/docs/51.pdf>, посећено: 18. августа 2018. године

Прописи, извештаји и анализе

Анекс 6 Оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obudsmen_doc2013041003183431ser.pdf, посећено 21. августа 2018. године

CDL-AD(2004)041 - Joint Opinion on the Draft Law on the Ombudsman of Serbia by the Venice Commission, the Commissioner for Human Rights and the Directorate General of Human Rights of the Council of Europe adopted by the Venice Commission at its 61st Plenary Session (Venice, 3-4 December 2004)

European Commission for Democracy through law (Venice Commission), *Compilation on the Ombudman Institution*, CDL(2011)79, Strasbourg, 2011, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2011\)079-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2011)079-e), стр. 14

European Commission, *Bosnia and Herzegovina Progress Report*, October 2014, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2014/20141008-bosnia-and-herzegovina-progress-report_en.pdf

Закон о забрани дискриминације, „Службени гласник БиХ“, број 59/09

Закон о заштити потрошача у Босни и Херцеговини, „Службени гласник БиХ“, број 25/06

Закон о министарским, владиним и другим именованима Федерације Босне и Херцеговине, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 12/03, 34/03

Закон о омбудсмену, „Службени гласник РС“, бр. 4/00 и 49/04

Закон о омбудсмену за људска права БиХ, „Службене новине БиХ“, број 32/00

Закон о престанку важења Закона о омбудсману РС – заштитнику људских права, „Службени гласник РС“, број 103/08

Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 32/01, 48/11

Закон о управном поступку, „Службени гласник БиХ“, 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 и 41/13

Закон о управном споровима, „Службени гласник БиХ“, бр. 19/02, 88/07, 83/08 и 74/10

„Иницијатива за преиспитивање оправданости постојања управних и надзорних одбора у јавним установама“, <http://www.ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=232&lang=SR>, посећено 17. новембра 2015. године

Институција омбудсмана за људска права БиХ, *Годишњи извештај о резултатима активности Институције омбудсмана за људска права Босне и Херцеговине за 2017*, http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obnudsmen_doc2018030810344228ser.pdf, посећено: 21. августа 2018. године

Резолуција Генералне скупштине 48/134 од 20. децембра 1993. године

Преднацрт закона о омбудсмену БиХ, http://www.mhrr.gov.ba/PDF/Javne_konsultacije/Zakon%20o%20ombudsmenu%20sa%20obrazlozenjem.pdf, посећено 22. августа 2018. године

**THE OMBUDSMAN INSTITUTION IN BOSNIA AND
HERZEGOVINA**
– From the International Ombudsman to the National Human Rights
Institution –

Dr Mijodrag Radojević*

Summary

The appearance and development of the ombudsman in Bosnia and Hercegovina represent a unique case in the history of this institution. This is particularly related to its genesis, the way it is organized and functioning, jurisdiction and certain entitlements it possesses, and not least its name. The foundation of this precedent under the United Nations was an experiment of its kind for testing different models of the institution in other environments. In accordance with a doctrinal point of view on the post-conflict societies, the ombudsman can undertake the role of the mechanism for maintenance of peace, establishing the rule of law and protection of human rights. This paper highlights the development of the ombudsman in Bosnia and Hercegovina as well as sustainability of the thesis of the ombudsman as the generator of the rule of law in post-conflict, transitional societies.

Keywords: *Ombudsman, Dayton Agreement, protection of human rights, Rule of law, International ombudsman, National human rights institution, reform of the Institution*

* Institute for Political Studies, Belgrade

**СЛОЖЕНА И УНИТАРНА ДРЖАВА – ПРИЛОГ РАСПРАВИ
О ДОБРОМ И ЕФИКАСНОМ УПРАВЉАЊУ И УРЕЂЕЊУ
ДРЖАВЕ**

Др Владан Михајловић*

***Апстракт:** Као резултат постојања двеју тенденција управљања државом (њеним пословима) – централизма и децентрализма – модерне државе се појављују у два облика државног уређења: унитарном и сложеном, односно као унитарне и сложене државе. Данас има и једних и других, унитарних држава више него сложених, али и једне и друге подједнако успешно функционишу и остварују задате државне циљеве. Унитарне државе по природи свог централистичког бића, устројства, имају проблем како да обуздају тај централизам па тако прибегавају разним мерама децентрализације. Сложене државе (пре свега федерације) због своје отворености и привржености принципима слободе, једнакости и демократије, имају већи проблем како да обуздају аутономију па и партикуларизам својих држава чланица, али и успоставе склад између општег и посебног. Истина, и федерације могу да нагињу централизму (унитаризму) мада је то ређа појава. Пракса је показала да су неке федерације (као нпр. југословенска) биле више угрожене због израженог сепаратизма и партикуларизма својих федералних јединица него централизма државне власти. На крају, тај републички партикуларизам и сепаратизам је крајем 80-их година XX века кулминирао и довео до распада, југословенске федерације.*

Иако и једно и друго државно уређење, сложена и унитарна држава, имају и својих мана и својих предности, оне се до данас равноправно одржавају. Зато није лако рећи или препоручити шта је боље, који облик државне праксе или уређења успешније функционише од дру-

* Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица, e-mail: vladan.mihajlovic@pr.ac.rs

гог. Свака држава бира облик државног уређења који одговара њеним историјским, економским, географским, културним, етничким и осталим особеностима. Дакле, осим политичког избора важна је и особена друштвена структура једне земље која треба да определи један или други облик државног уређења као могућ и успешан.

Кључне речи: централизам, деконцентрација, децентрализација, аутономија делова у саставу сложене државе, унитаризам, забрана претераног централизма и дисперзија моћи на ниже делове политичког и државног одлучивања, избегавање искључивости централизације и децентрализације, комбиновање обележја централизованог и децентрализованог руковођења.

Увод

Од свог настанка па до данас, држава се стално суочавала са питањем своје рационалности и ефикасности, ефикасног управљања. Од ње се увек очекује да буде успешна, да решава нагомилане проблеме друштва и човека, и то на један разуман и цивилизован начин. У жељи да буде успешна и ефикасна, држава се стално суочавала са дилемом како да се организује, који јој облик организације више одговара: да ли она која је крута, или пак лабава – која намеће чврсту дисциплину, или пружа већу слободу и демократију; која је више или мање хијерархизована, даља или ближа човеку и решавању његових свакодневних проблема и потреба. Током политичке историје друштва, настајале су и смењивале се бројне државе, различите по много чему, али сличне у томе што су имале да се одлуче између две могућности: централизације и децентрализације, да буду централизоване или да се децентрализују. Из тих двеју могућности или избора настала су и два различита облика државног уређења – централистичко и децентралистичко, односно унитарно и сложено – као једнако прихватљива и равноправна по својим предностима, али и недостацима. Обе ове тенденције су легитимне и само опредељење за децентрализацију не значи аутоматски осуду централизма у име демократије.¹ Истина, за централизам се највише везује идеја аутократије, док је децентрализација ближа

¹ Десимир Тошић, *Општи проблеми централистички уређене државе и потреба децентрализације Србије – са конкретним предлозима* објављено у студији „Уставноправни оквир децентрализације Србије и аутономне Војводине, Центар за регионализам, Нови Сад, 2001, стр. 8

демократији² мада ни централизација није без мана, као што и централизам има својих предности. За централистичке и унитарне државе се каже да су ближе самом појму државе јер су једноставне, ефикасне, рационалне и имају релативно јефтину организацију власти.³ Но опет, због саме централизације власти, оне носе у себи и ризик недемократије па се понекад поистовећују са аутократским моделом вршења власти. Може да се каже да централизам није у свему бољи од децентрализације и обрнуто. Такође се не може тврдити да је једна држава потпуно централизована, а друга потпуно децентрализована, већ се ту може пре говорити о делимичној централизацији или децентрализацији. Зато је могуће у сваком облику територијалне организације државе комбиновати елементе и једног и другог, али и постићи да се више осете и изразе њихови позитивни ефекти на рачун оних негативних.

Древне политичке епохе и цивилизације (кинеска, египатска, римска и др.) донеле су централизам – моћне империје и деспотије, строго централистички уређене државе, и тај тренд је трајао све до великих револуција, када се окончао сломом и уништењем таквих апсолутистичких творевина. Но, револуције нису аутоматски донеле антицентрализам, слободу и демократију. То важи како за Француску револуцију и Француску (која се ни до данас није одрекла централизма и централизације), тако и за неке касније револуције, пре свега комунистичке, које су такође донеле централизам, па и диктатуру најгоре врсте. Без обзира на то, револуције су славиле и величале идеје великих реформатора о слободи, правди, једнакости пред законом и др. и све су подразумевале другачију политичку организацију у односу на ону постојећу, предреволюционарну. То важи пре свега за америчку револуцију, која је била сјајан пример људског ентузијазма 18. века, јер је изнедрила непоновљиву државну творевину која је одржала јединство и један амерички дух и сан који су европски колонисти поносно и побожно пренели из старог, европског, у нови, амерички свет. Као и некадашње, тако и ове данашње (капиталистичке и постсоцијалистичке) државе имају исти задатак. Оне треба да реше проблем и однос пре свега власти и човекове слободе и демократије, спрече свачију прекомерну власт, и постигну да се јаки центри власти донекле контролишу и развласте преношењем дела својих овлашћења на ниже заједнице и органе. Према томе, свака држава, ма колико била централизована, централистички уређена,

² Јован Комшић, *Теорије о политичким системима*, Институт друштвених наука, Београд, 2000, стр. 451.

³ Миодраг Јовичић, *Регионална држава уставноправна студија*, Вајат, Београд, 1996, стр. 1/14.

има потребу и за већим или мањим степеном децентрализације власти јер од тога зависи да ли ће бити демократска и окренута човеку и његовим потребама. И сложене (федералне) и унитарне државе се данас подједнако суочавају са овим проблемом и решавају га мање или више успешно. Док федерације настоје да створе и одрже модел ефикасне и рационалне расподеле надлежности између центра и периферних делова (јединица), унитарне државе то решавају другачије. Оне смањују, ублажавају централизам различитим облицима персоналне, функционалне, територијалне (регионалне) па чак и административне децентрализације. Истина, и унутар централизма може да се нешто уради (постигне) на поправљању власти, њеном ублажавању (путем деконцентрације) мада се сматра да је децентрализација онај прави пут за трансформацију власти, квалитативни скок у друштвеном (државном) животу. Са њом се напушта терен државе и долази на терен недржаве где се грађани уче да собом управљају и остварују своје право на самоуправљање као антиетатистичко, недржавно право које се односи на сферу слободних људских и друштвених односа.⁴ Разликовање децентрализације од централизације почива на суштинској разлици државних од недржавних органа, власти од човека–грађанина. У основи те разлике је чињеница да су централни државни органи удаљени од човека и да немају слуха за његове потребе и интересе. Зато је боље да о тим интересима брину сами грађани у разноврсним облицима свог живота и организовања и то пре свега преко својих територијалних (аутономних) заједница живота и рада. Децентрализација се тако појављује као школа самоуправе, као пут ка њој, јер истиче кључну улогу човека и грађанина у вршењу његових послова, чиме се избегава бирократизовање управне власти, и код грађана одржава стално интересовање за јавне послове.⁵

I

Већина модерних држава, чланица Уједињених нација, унитаристички су уређене, док је неких двадесетак држава федералног облика државног уређења.⁶ Иако се међусобно разликују по структури, начину управљања и броју центара државног и политичког руковођења, ова два

⁴ Проф. Јован Ђорђевић, *Политички систем*, Савремена администрација, Београд, 1977, стр. 518–528.

⁵ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублич, Београд, 1990, стр. 403.

⁶ Слободан П. Орловић, *Уставно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018, стр. 314.

облика државног уређења се донекле и приближавају. Тај облик којим се унитарна држава приближава федерацији је децентрализована унитарна држава.⁷ Како је већ речено, прве државе са којима се срећемо биле су строго централистички и унитарно уређене, са једним (јединственим) центром државног и политичког управљања и одлучивања. То су биле некадашње моћне империје и деспотије у којима је постојала само једна власт која је у правом смислу била суверена и у којој су биле уједињене све њене надлежности (функције). Иако ове моћне државе више не постоје, ипак су се сачувале унитарне или јединствене државе у којима је власт усредсређена на једном месту, једном центру државног и политичког одлучивања. Такве државе имају просту структуру власти – једног носиоца државне власти у коме се налазе најважнији државни органи (законодавни, извршни и судски) који врше све функције државне власти.

Овде се ради о држави која има једну врховну управу и једну једину вољу.⁸ Дакле, унитарна држава је такав облик државног уређења у коме постоји један центар државног и политичког одлучивања. У ствари, државно уређење сваке државе се одређује према томе каква је унутрашња структура њене власти: да ли постоји један или више центара државног и политичког одлучивања. Осим унитарне државе (према традиционалној и уобичајеној подели), постоје и сложене државе које се појављују или као савез држава (конфедерација) или као савезна држава (федерација) и у којима има више центара државног и политичког одлучивања. Но, има и гледишта по којима је само унитарна држава стварно држава, а не и ове сложене државе које и нису у правом смислу државе. То је, рецимо, гледиште нашег великана Слободана Јовановића, по коме сложена држава и не постоји (као посебна творевина) већ да је то једна проста држава са сувереном влашћу с обзиром на то да њене чланице нису суверене и да више наликују на самоуправна тела или заједнице.⁹ Истина, данас постоје и унитарне и сложене државе, али се намеће закључак да је унитарно уређење ближе самом појму државе као правно уобличене и уређене заједнице.¹⁰ То што је унитарна држава ближа централизму, руковођењу из једног центра (што по природи ствари

⁷ Ibid, стр. 315.

⁸ Михаило М. Живанчевић, *Федерализам и унитаризам*, Штампарски завод „Орао“, Београд, 1936, стр. 15.

⁹ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 180.

¹⁰ Миодраг Јовичић, *Регионална држава, уставноправна студија*, „Вајат“, Београд, 1996, стр. 13.

није демократско) не значи да је она аутоматски монархистичка, тоталитарна или недемократска. Она може да буде и таква мада је то више ствар прошлости јер данашње државе више теже томе да буду демократски уређене и настројене. Та демократичност унитарне државе постиже се различитим средствима и решењима којима се та јединствена (унитарна) власт ублажава, смањује или преноси на друге центре или ниже нивое демократског одлучивања. Но, у теорији се сматра да се сложена (савезна) држава карактерише изразито великим степеном децентрализације, знатно вишим од степена децентрализације унитарне државе, па се о унитарној и сложеној држави може говорити као о два различита степена и нивоа децентрализације.¹¹ Иако мањег степена децентрализације, унитарно државно уређење је по дефиницији поузданије и чвршћа је гаранција опстанка државе,¹² али није неспојиво са демократијом нити је по себи тоталитарно и недемократско. Та демократичност унитарне државе се пре свега постиже децентрализацијом али и путем деконцентрације власти јер и тај процес значи извесно приближавање власти народу па тако и припремну фазу за шире спровођење децентрализације.¹³ Тако са становишта вршења власти или управљања државним пословима, унитарна држава може да буде централизована или децентрализована, с тим да сама централизација може да се организује или на принципу концентрације или принципу деконцентрације. Концентрација власти у унитарној држави је више теоријска могућност него реалност јер су данас ретке државе где све функције власти врше само централни државни органи без учешћа или помоћи других органа. Много је реалнија централистичка унитарна држава која функционише на принципу деконцентрације и где се унутар ње, на одређеном подручју, образују тзв. подручни органи на које централна власт преноси одређене надлежности ради њиховог ефикаснијег вршења. Децентрализација унитарне државе је инструмент помоћу кога се нецентралним органима оставља изванредан степен самосталности у односу на централне државне органе. Она подразумева постојање територијалних јединица и локалних органа који располажу правом да самостално одлучују у већем или мањем оби-

¹¹ Бојан Бојанић, *Уставноправни аспекти регионалне државе*, магистарски рад одбрањен на Правном факултету у Косовској Митровици, 2010, 2010, стр. 53.

¹² Проф. др Славко Лукић, *Равноправност федералних јединица у двочланој (етничкој) федерацији*, реферат са научног скупа одржаног у Подгорици, 29 и 30. септембра 1994. год. у организацији Црногорске академије науке и умјетности и Српске академије науке и уметности.

¹³ Александар А. Миљковић, *Схватање професора Михаила Илића о деконцентрацији и децентрализацији власти и федерализму*, саопштење са научног скупа: „Правна и политичка мисао Михаила Илића“, одржаног у Београду, 10. новембра 1994, стр. 271.

му и чије органе бирају сами грађани тих јединица, с тим да у вршењу својих функција ти локални органи подлежу контроли централних органа власти.¹⁴

Децентрализација власти је добра у свим облицима (аутономија, локална самоуправа и сл.) јер приближава власт човеку и његовим интересима, „спушта“ је до локалног нивоа живота на коме се лакше решавају животне потребе људи. Зато децентрализација има у себи више гипкости и олакшава управној власти боље прилагођавање локалним потребама, чиме се искључује једнообразност државног живота. Систем децентрализације погодује увођењу лаичког елемента у локалној управи па се тиме постиже избегавање бирократизовања управне власти.¹⁵ У сваком случају, за унитарну државу (централизовану или децентрализовану) је важно то да на истој државној територији и над истим становништвом не постоји нека друга власт која конкурише постојећој (унитарној), тако да су грађани потчињени само једној власти – једном уставу и да поштују исте законе.¹⁶

II

За разлику од унитарне државе, где постоји само један субјекат одлучивања, у сложеној држави, само име каже, постоји више субјеката, центара државног и политичког одлучивања. Она, дакле, настаје удруживањем двеју или више држава. Ово спајање, удруживање више држава, држава–субјеката поистовећује се са федерализмом. Реч федерализам је грчког порекла (*foedus*) и значи однос удруживања и сарадње ради постизања заједничких циљева, самосталних или аутономних субјеката и индивидуалитета.¹⁷ Први облик федерализма су биле античке лиге, удружења или савези самосталних држава ради одбране од непријатеља али и постизања других заједничких циљева.

Дубљи смисао федерализма је у таквом савезу, удруживању неколицине посебних заједница, али без жртвовања њиховог идентитета.¹⁸

¹⁴ Павле Николић, *Уставно право*, НИУ „Службени лист СРЈ“, Београд, 1994, стр. 340.

¹⁵ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 402.

¹⁶ Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, „Службени гласник“ са п.о. Београд, 1995, стр. 439.

¹⁷ Проф. Јован Ђорђевић, *Политички систем*, „Савремена администрација“, Београд, 1988, стр. 290.

¹⁸ Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, „Службени гласник“, са п.о. Београд, 1995, стр. 439.

Но, федерализам није искључиво политички појам нити се ограничава само на политичко удруживање и остваривање политичких интереса и циљева. У ствари, федерализам је као реч и појам много старији и шири од значења које му се даје у политичкој теорији и пракси. У том старијем и ширем смислу он означава тип међусобних односа у оквиру једне целине, и то не само политичке него и сваке друге која је сложена, плуралистичка. Касније овај термин добија политичку употребу, постаје политички термин и улази у политичку терминологију и праксу. Тај прелазак на политички план се догађа у процесу образовања политичких заједница удруживањем раније самосталних политичких субјеката. Сложена држава као синоним за федерализам се појављује у различитим облицима, при чему се традиционално истичу или разликују њена два вида: државни савез и савезна држава.¹⁹ Савез држава (конфедерација), како само име каже, заснива се на уговору, то је дакле уговорни савез више самосталних и заинтересованих, држава, настао на основу њиховог пристанка.²⁰ И савезна држава је, исто као и државни савез, састављена од више субјеката, организација, али је однос између тих субјеката различит код једне и друге творевине.²¹ У ствари, основни проблем који се појављује у сложеној држави јесте питање суверености, коме она припада: да ли савезу или свакој чланици посебно и на томе се и управо разликују федерација и конфедерација (савезна држава или савез држава). Како добро примећује Слободан Јовановић, државни савез је слободна заједница држава које неке заједничке послове врше преко заједничких органа, док је савезна држава самостална целина која влада посебним државама као својим деловима.²² За савез држава (конфедерацију) се обично тврди да то и није у правом смислу држава, већ више уговорни савез посебних држава које остају исте као и пре, задржавају своју сувереност. Насупрот конфедерацији, федерација је нова држава, правна личност која има сувереност, за разлику од њених чланица које нису суверене, већ само уживају одређени степен самосталности у вршењу послова из своје надлежности. Творевину сличну државном савезу чине и различите уније (које су углавном ишчезле) које се појављују или као персоналне или као реалне. Персоналне, само име

¹⁹ Владан Петров, *Федерализам данас*, чланак објављен у Зборнику радова: „Устав и изазови уставног развоја у сложеним државама“, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука 2018, стр. 136.

²⁰ Ibid, стр. 136.

²¹ Ibid, стр. 136.

²² Слободан Јовановић, „О федерализму“, из *Историје и књижевности I*, Сабрана дела, том 11, Београд, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 358–359.

каже, представљају савез више држава под заједничким шефом државе (круном, владаром), док су реалне, стварније и чвршћи савези више држава који поред заједничког шефа државе имају и друге заједничке органе или врше друге заједничке послове (нпр. некадашња Аустроугарска).

Гледано временски, историјски, конфедерације су претходиле федерацији. Оне су биле први степен у повезивању и удруживању држава да би се током њиховог развитка показало да су то слабе, привремене и тешко одрживе заједнице, савези држава. Зато су временом ишчезавале и замењивале се напреднијим и ефикаснијим обликом повезивања и удруживања више субјеката, каква је федерација.

III

Сложена држава се појављује у два најважнија облика – конфедерација и федерација – од којих је овај први старији, историјски превазиђен, а овај други савремен и актуелан облик повезивања више државних и политичких субјеката. Иако су различити, код оба ова облика федерализма или сложене државе постоји један централни, савезни орган, само што је његов положај и значај другачији, различит код једне и друге творевине. У ствари, по положају тог централног органа се и прави разлика између једне и друге државе. Конфедерација представља најслабију, најлабавију форму федерализма и она се историјски појавила пре федерације. Конфедерација у ствари и није држава па је и погрешно сврстати њу и федерацију у исти род – сложену државу – с обзиром на то да је она само савез међу државама.²³ Она је државни савез који стварају суверене и независне државе и оне ту сувереност и независност задржавају и после ступања у конфедерацију. Овај државни савез се установљава уговором између држава па је то специфична уговорна заједница. Као таква, конфедерација нема неку вишу власт од власти удружених држава, него има само онолико власти колико удружене државе на њу пренесу од своје власти. Ова заједница или савез није правна личност, него правни однос²⁴ који се успоставља уговором или конфедералним пактом који потписују све чланице и који их обавезује све док то желе, с тим да увек могу да иступе из ове уговорне заједнице. Пошто

²³ Проф. Јован Ђорђевић, *Федерализам, нација, социјализам*, Привредни преглед, Београд, 1971, стр. 24.

²⁴ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 155.

није држава, конфедерација нема ни сопствене органе власти, него конфедералним пактом ствара један конфедерални орган који, по Слободану Јовановићу, више личи на дипломатски конгрес или конференцију.²⁵ У овом органу су све државе чланице подједнако заступљене и оне одлучују на принципу једногласности тако да свака чланица располаже правом вета на одлуке које доноси тај заједнички конфедерални орган.²⁶ Конфедерација се у пракси показала као слаба заједница па је временом свуда ишчезла, претварајући се или у федералну или негде и унитарну државу. Основни разлог њене пропасти је у томе што је то био савез потпуно независних држава који је могао да успе и опстане само по цену умањења права и независности својих чланица. Пошто у томе није успео, временом је нестајао, почев од Сједињених холандских области (1579–1795), Северноамеричког савеза (1777–1787) преко Немачког савеза (1815–1866) све до Швајцарског савеза који је 1848. год. претворен у федерацију иако номинално није променио свој назив.

За разлику од конфедерације која је правни однос, федерација је нова правна личност која се разликује од својих посебних делова, удружених чланица. Федерација представља јачи степен повезивања и удруживања држава и она је резултат процеса друштвене интеграције и идеје и праксе повезивања и зближавања држава и народа. Она није просто јединство својих чланова већ њихово усклађивање. То није прост збир или мозаик нација, већ усклађивање, али и противуречност између појединачних и општих (федералних) интереса, при чему су ови заједнички интереси идеал који се не остварује свуда и увек.²⁷ Федерација значи јединство и уједињавање, али не и унитаризам, чиме се у томе претерује и тако гуше посебности и разноврсности посебних делова. Но, федерација није ни пука децентрализација и више у интересу њених делова. Она је дијалектички спој посебног и општег, форма друштвеног државног живота која допушта постојање различитости уз обезбеђивање јединства. Она не значи ни пуко јединство (унитаризам), али ни пуну слободу и аутономију делова па је боља и од једног и другог. Но, у пракси то изгледа другачије па се појављују бројни проблеми у остваривању и правилном функционисању федералног поретка. Један правац деформације федерације испољава се у јачању централизма (унитаризма) на штету посебних делова, удружених чланица, а други се испољава у јачању партикуларизма и сепаратизма, изразитом деловању

²⁵ Ibid, стр. 155.

²⁶ Павле Николић, *Уставно право*, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997, стр. 416.

²⁷ Проф. др Јован Ђорђевић, проф. др Славољуб Поповић и проф. др Димитрије Кулић, *Федерализам и регионализам*, „Савремена администрација“, Београд, 1987, стр. 7.

центрифугалних снага које воде слабљењу, разарању федералног ткива државе. То у ствари води конфузији федералних и конфедералних елемената, претварању федерације у конфедерацију, дакле враћању историје у обрнутом смеру. Но, федерација значи и одбрану од аутономије када се претера са централизмом²⁸, па је свакако пожељан облик децентралистичког уређења које се чува од претераног ризика и централизације, али и аутономије. Федерација обезбеђује јединство, али на принципу слободе и споразумевања, док унитарна и централистичка држава то постиже дисциплином и заповедањем које уједињује народ али без његове воље и слободе. Федерација је виши степен централизације од аутономије (и локалне самоуправе) јер док код ње имамо разграничене надлежности дотле у аутономији имамо додељивање надлежности која се може одузети или умањити актима федералне власти,²⁹ што је свакако доказ постојања извесне и нужне централизације у федерацији.

Свака федерација се препознаје по својим карактеристикама: правним, политичким и социолошким, које обезбеђују да буде снажна и успешна и разликује се од других творевина. За њу као специфичну, и политичку и друштвену заједницу је важно да постигне склад својих политичких и социјалних субјеката и појава, али и обезбеди легитимитет и уважавање плурализма разних интереса, као и разрешење њихових могућих конфликта и разлика. Зато ту треба имати у виду једно објективно и нужно стање које није идеално, него и испуњено конфликтима – дакле, оним што се стварно збива у федерацији. При томе федерација мора да има и одговор на све то, могућност да утиче на ствари и мења лошу праксу и поремећене односе између њених субјеката. Она мора да изгради такву политичку културу која је у стању да прихвати и разуме разноврсне економске, социјалне и друге интересе и разлике, као и да их превазилази стварањем истинске заједнице потреба и интереса.³⁰

Највећи правни проблем федерације као државе огледа се у питању њене суверености, која је иначе и у свакој другој држави тешко и осетљиво. Како добро примећује проф. Р. Лукић, то је једно од највише дискутованих и спорних питања у теорији државе, које ни до данас није до краја рашчишћено.³¹ Тај проблем је, истина, лакше решив у унитарној

²⁸ Др Секула Дрљевић, *Централизам или федерализам*, штампарија „М. Млађана“, Земун, 1926, стр. 38.

²⁹ Лазо М. Костић, *Федерација, аутономија, самоуправа*, штампарија „Љубомир Богданов“, Нови Сад, 1940, стр. 8.

³⁰ Др Стојан Д. Томић, *Федеративни ниво конституисања и разрешавања конфликта*, реферат са научног саветовања: Федерација и федерализам, одржаног у Нишу, 12 и 13. јуна 1986, стр. 1.

³¹ Др Радомир Д. Лукић, *Теорија државе и права*, „Савремена администрација“, Београд, 1964, стр. 95.

држави (где постоји само један субјект државног одлучивања) или конфедерацији која и није држава, већ само уговор између држава чланица, али не и федерацији. У федерацији се појављује отворена дилема ко је суверен: федерација или федералне јединице и да ли је та сувереност потпуна или се може говорити и о њеној деоби. Углавном преовлађује становиште да је у федерацији суверена само федерална држава, а не и њене федералне јединице. Оне, по мишљењу Слободана Јовановића, и нису државе (мада тако функционишу), него више наликују на некаква самоуправна тела, с тим да и с њима нису у свему истоветне.³² Насупрот овој владајућој концепцији о суверености која важи у европској правној теорији па и пракси, има и другачијих гледања на ово питање, по којима је могуће у федерацији уочити и извести поделу суверености између савезне власти и удружених власти, држава. То је гледиште Француза Алексиса де Токвила који сматра да у федерацији, баш због постојања више народа који живе заједно, мора да се изврши деоба суверености,³³ тако да може да се говори и о суверености савезне државе, али и суверености федералних јединица. И наш угледни правни теоретичар, проф. Р. Лукић, критикује гледиште о недељивости суверености у федерацији и сматра да је то само једно од гледања на ово питање јер су могућа различита правна решења. По њему, и савезна, федерална држава има све карактеристике суверене власти, али и државе чланице које задржавају знатан део суверености. Тако је код федерације сувереност, као логичан правни принцип, доведена у питање јер је ту и власт држава чланица ограничена влашћу савезне државе и обрнуто.³⁴ Штавише, и наш великан Слободан Јовановић, који је доследно бранио став о јединственој суверености, на крају је признао да је Американцима пошло за руком да створе нову врсту федерализма, заснованог не на суверености удружених држава, него на деоби суверености између савеза и држава.³⁵ Из овога може да се закључи да оно што је логично не мора увек и да буде исправно и прихватљиво јер се у животу често срећу друштвени и правни модели који нису потпуно сагласни с теоријом. Ипак, имајући у виду природу саме власти која је нужно једна, јединствена, намеће се испра-

³² Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 180.

³³ Алексис де Токвил, *О демократији у Америци*, свеска друга, Државна штампарија, Београд, 1874, стр. 238.

³⁴ Др Радомир Лукић, *Материјал за изучавање теорије државе и права*, I део, Увод у теорију државе – Научна књига, Београд, 1952, стр. 125.

³⁵ Слободан Јовановић, *Из историје и књижевности*, књига 2, сабрана дела, том 12, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1991, стр. 808–809.

ван став да и сувереност мора да буде таква – дакле, недељива и да припада савезној држави, а не федералним јединицама.

При томе, федералне јединице имају у федерацији једну сферу послова у којој су самосталне, која се третира као њихова надлежност, а не сувереност, па се тако и каже да се надлежности могу делити, али не и сувереност која је само једна, јединствена.³⁶ Та самосталност федералних јединица је већа и садржајнија од, рецимо, самосталности аутономних јединица или локалне самоуправе, али опет по квалитету није равна самосталности или суверености коју има држава, тако да федералне јединице, иако доста наликују држави, ипак то нису јер немају сувереност.³⁷

IV

Сагледавајући искуства различитих облика државних уређења, није лако извести оцену о томе шта је боље и прихватљивије са становишта ефикасног управљања и организовања државне власти. Ни један облик државног уређења није савршен и потпун јер, гледано појединачно, сваки има и својих предности и мана. Како је својевремено говорио Слободан Јовановић, централистички систем (унитарно уређење) је прост и није скуп јер усредсређује власт на једном месту а има и надмоћност над системом децентрализације у оним пословима у којима се тражи постојање плана и методичности у раду.³⁸ У овом систему се државни послови воде са осећањем ширег погледа на државне интересе; у њиховом вршењу, по овом систему се види даље у временској и свакој другој перспективи.³⁹

Наравно да централистичко уређење има и својих слабости, мана, а највећа је та да му се приговара да је антидемократско јер власт и управљање усредсређује у једном центру одлучивања, делује с врха. У односу на централистички систем, и децентрализовано уређење има својих предности. Оно има у себи гипкост, олакшава управној власти прилагођавање локалним потребама и спречава претерану једнообразност у државном животу. По овом систему, послови се завршавају брже

³⁶ Павле Николић, *Уставно право*, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997, стр. 418–419.

³⁷ Ibid, стр. 419.

³⁸ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 402.

³⁹ Ibid, стр. 402.

и лакше јер оно поред државних личности ствара и друге јавноправне личности и тиме отвара могућност за свестране правне односе у којима учествује више правних субјеката.⁴⁰ Децентрализација је школа самоуправе, она води ка њој, у њој се грађани уче да сами управљају собом, својим потребама и интересима.⁴¹ Но, и децентрализација има својих мана и слабости, а оне су управо оно што је предност и надмоћност централистичког (унитаристичког) руковођења, вршења државних послова. Идеалан облик државног уређења био би некакав мешовит систем, комбинација једног и другог, централизма и децентрализације.

Као и у прошлости, тако и данас равноправно постоје и конкуришу како идеје централизма тако и децентрализма, као што под руку иду и унитарне и сложене (федералне) државе. Ових првих је више од других, што не значи да је идеја и пракса федерализма мање вредна или применљива. Шта ће у конкретном избору и друштвеној (државној) пракси да преовлада: унитарно или федерално државно уређење, то зависи од датих историјских, друштвених, политичких, економских, географских, културних, етничких и других разлога. Као што није добро да се унитарна држава вештачки федерализује, није добро ни објективно дато и нужно федерално уређење једне земље процесима централизације разбити и трансформисати у унитарни поредак.

Својевремено је Република Србија у социјалистичком уставном поретку СФРЈ вештачки федерализована тако што је њен јединствени уставни, политички и правни поредак разбијен на три дела, која су функционисала као равноправни субјекти у непостојећем федералном (асиметричном) поретку Републике Србије. Као што је познато, због проблема са својим аутономним покрајинама које су уставном реформом 70-их година XX века постале квазидржаве, Србија је претрпела озбиљну политичку штету. Она је правно и политички била разбијена на три дела, при чему је своју власт могла несметано да спроводи само на свом ужем делу, али не и на територији аутономних покрајина. Покрајине су постале „државе у држави“, самосталне у оквиру својих аутономних права и одговорности, са оригинарним овлашћењима и функцијама које су их изједначиле са републикама и учиниле их конститутивним елементом федерализма.

Разуме се да има и супротних процеса, појава па и праксе претварања федерације у конфедерацију, што указује на то, како примећује Владан Петров, да еволуција федерализма иде у смеру својеврсне конфузије

⁴⁰ Ibid, стр. 402.

⁴¹ Ibid, стр. 403.

федералних и конфедералних обележја.⁴² Таква појава деформације федералног поретка је забележена и у пракси југословенске федерације и то 70-их година XX века. Тада, нарочито после Устава од 1974. год., суверена југословенска федерација је претворена у савез републике и покрајина који је функционисао на договореном принципу и у правом смислу био кључан фактор у разбијању јединствене и суверене социјалистичке Југославије. Историја и пракса федерализма познаје и другачије процесе, односно и централистички правац развоја федерације. То је ситуација када федерација, централна власт, служи једном и то најјачем члану федералне заједнице, а остале федералне јединице своди на придружене чланове, организације подређене и ограничене у власти.⁴³ Таква федерација постаје синоним или симбол стварања једне (јединствене) нације, односно стварања јединствене и више хомогене него хетерогене заједнице⁴⁴ каква федерација по својој природи не би никако смела да буде. У ствари, федерална држава је незаменљива у оној улози која никако не припада унитарној држави. Или, другачије гледано, оно што је остварљиво у унитарној држави није и у федералној и обрнуто. У унитарној држави грађански концепт државе је остварљивији него у федералној држави. У федералној држави тај грађански концепт не може да замени концепт колективне заштите конститутивних народа, јер у подељеном друштву и са изразитим разликама увек постоји могућност за доминацију једних над другима, односно за наметање воље јачих над слабијим.⁴⁵

Литература

Десимир Тошић, *Општи проблеми централистички уређене државе и потреба децентрализације Србије – са конкретним предлозима*, објављено у студији „Уставноправни оквир децентрализације Србије и аутономне Војводине“, Центар за регионализам, Нови Сад, 2001.

⁴² Владан Петров, *Федерализам данас*, чланак објављен у Зборнику радова: „Устав и изазови уставног развоја у сложеним државама“, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука, 2018, стр. 137.

⁴³ Јован Ђорђевић, *Политички систем*, „Савремена администрација“, Београд, 1988, стр. 504.

⁴⁴ Ibid, стр. 504.

⁴⁵ Проф. др Петар Кунић, *Промјене устава Босне и Херцеговине*, PRO ET CONTRA, Бања Лука, 2015, стр. 72.

Јован Комшић, *Теорије о политичким системима*, Институт друштвених наука, Београд, 2000.

Миодраг Јовичић, *Регионална држава уставноправна студија*, Вајат, Београд, 1996.

Проф. Јован Ђорђевић, *Политички систем*, Савремена администрација, Београд, 1977.

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

Слободан П. Орловић, *Уставно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018. год.

Михаило М. Живанчевић, *Федерализам и унитаризам*, Штампарски завод „Орао“, Београд, 1936.

Миодраг Јовичић, *Регионална држава*, уставноправна студија, “Вајат”, Београд, 1996.

Бојан Бојанић, *Уставноправни аспекти регионалне државе*, магистарски рад одбрањен на Правном факултету у Косовској Митровици, 2010, Косовска Митровица, 2010.

Проф. др Славко Лукић, *Равноправност федералних јединица у двочланој (етничкој) федерацији*, реферат са научног скупа одржаног у Подгорици, 29. и 30. септембра 1994. год. у организацији Црногорске академије науке и умјетности и Српске академије науке и уметности.

Александар А. Миљковић, *Схватање професора Михаила Илића о децентрацији и децентрализацији власти и федерализму*, саопштење са научног скупа: „Правна и политичка мисао Михаила Илића“, одржаног у Београду, 10. новембра 1994.

Павле Николић, *Уставно право*, НИУ „Службени лист СРЈ“, Београд, 1994.

Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, „Службени гласник“ са п.о. Београд, 1995.

Проф. Јован Ђорђевић, *Политички систем*, „Савремена администрација“, Београд, 1988.

Владан Петров, *Федерализам данас*, чланак објављен у Зборнику радова: „Устав и изазови уставног развоја у сложеним државама“, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука 2018.

Слободан Јовановић, „*О федерализму*“, из историје и књижевности I, Сабрана дела, том 11, Београд, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990.

Проф. Јован Ђорђевић, *Федерализам, нација, социјализам*, Привредни преглед, Београд, 1971.

Павле Николић, *Уставно право*, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997.

Проф. др Јован Ђорђевић, проф. др Славољуб Поповић и проф. др Димитрије Кулић, *Федерализам и регионализам*, „Савремена администрација“, Београд, 1987.

Др Секула Дрљевић, *Централизам или федерализам*, штампарија „М. Млађана“, Земун, 1926.

Лазо М. Костић, *Федерација, аутономија, самоуправа*, штампарија „Љубомир Богданов“, Нови Сад, 1940.

Др Стојан Д. Томић, *Федеративни ниво конституисања и разрешавања конфликта*, реферат са научног саветовања: Федерација и федерализам, одржаног у Нишу, 12. и 13. јуна 1986.

Др Радомир Д. Лукић, *Теорија државе и права*, „Савремена администрација“, Београд, 1964.

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

Алексис де Токвил, *О демократији у Америци*, свеска друга, Државна штампарија, Београд, 1874.

Др Радомир Лукић, *Материјал за изучавање теорије државе и права*, I део, Увод у теорију државе – Научна књига, Београд, 1952.

Слободан Јовановић, *Из историје и књижевности*, књига 2, сабрана дела, том 12, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1991.

COMPLEX AND UNITARY STATE – A CONTRIBUTION TO THE DEBATE ON GOOD AND EFFICIENT GOVERNANCE AND THE ORGANIZATION OF THE STATE

Vladan Mihajlović*

Summary

Through the history and practice of the state, various forms of state regulation have been replaced. As a criterion of differentiation, it is taken as if they tend to centralization or decentralization. Unitary states are, by their very nature, closer to centralization, while the complex states survive due to respect for equality and greater freedom of the states united. In practice, the unitary state may be closer to decentralization, but also a complex state (federation) can be deformed by centralism and more tending to centralism.

Today, a modern state unitary or complex must be successful; it must guarantee effective state and political governance, whether it means being managed by one or more decision centers.

More and more decisions are taken from several decision centers, but less from one center. Both centralist and decentralist governance has its own weakness and advantages. It is best to apply such a form of decoration that is neither completely centralist nor decentralist but has both the characteristics of both centralism and decentralism.

Keywords: *centralism, deconcentration, decentralisation, autonomy of areas within a complex country, unitarism, prohibition of extreme centralism and dispersion of power to lower levels of political and state decision-making, evading exclusiveness of centralisation and decentralisation, combining features of centralised and decentralised administration.*

* LLD, Faculty of Law Dean, University in Kosovska Mitrovica

РЕФЕРЕНДУМ КАО ОСНОВНИ ОБЛИК НЕПОСРЕДНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ

– раскорак теорије и праксе –

Проф. др Синиша Каран*
Мр Горан Џајић**

Анстракт: До данас је референдум¹ најбољи и најобјективнији општеприхваћени облик непосредне демократије у којој доминира исказивање воље грађана. Он се почео све чешће примјењивати након 1501. године у Швајцарској, када се Швајцарска отцијепила од Њемачког царства и то баш на бази резултата референдума, наравно, тај референдум је проведен по систему *Landesgemeinde* (скупова свих бирача једног кантона), из чега се развио модерни облик референдума као вида учешћа грађана у власти и управљању.² Етимологија ријечи референдум је латинског поријекла, па референдум значи оно што треба да се каже, односно још поближе, референдум значи оно што је сам народ организовано рекао о неком битном питању.

Његово појмовно и садржајно обликовање довршено је у деветнаестом и почетком двадесетог вијека. Велики подстицај афирмације референдума учиниле су двије важне чињенице. Прва је доношење Декларације о правима човјека и грађанина у доба Француске револуције и, друга, доношење устава у скоро свим земљама свијета којима су се гарантовала одговарајућа права и слободe грађана и предвиђали референдуми као облици или форме изражавања воље (мишљења) грађана.

* Факултет правних наука, Паневропски универзитет АПЕИРОН Бања Лука, Пере Креце 13, 78000 Бања Лука, e-mail: skaran@predsjednikrs.net

** Служба предсједника Републике Српске

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

² Према: Правна енциклопедија, (1975). Савремена администрација, Београд, стр. 1201; Јовичић, М. (1957), *Референдум*, Институт за упоредно право, Београд, стр. 5.

Кључне ријечи: референдум, непосредно изјашњавање, устав, закон, надлежности, међународна заједница, наметнути закони, суверенитет.

Референдум су, у начелу, формално прихватиле скоро све земље свијета. Међутим, у пракси је било нешто другачије. Наиме, само је мали број земаља остао досљедан референдуму као облику непосредног одлучивања.

Из тог разлога све земље се могу сврстати у три категорије (групе).³

Референдум је преузет и прихваћен као битан облик непосредне демократије, и у државним заједницама насталим на тлу бивше Југославије, посебно у Републици Србији, Републици Црној Гори, и Републици Српској.⁴ Уставима тих држава омогућено је да се примјењује референдум на свим нивоима, од мјесне заједнице и општине до федерације, Тиме се наставља традиција да Југославија и новоформиране државе на њеном тлу нормативно и стварно прихватају и примјењују референдум.

Грађани непосредним гласом, одговарајући на питање „да“ или „не“, односно „за“ или „против“, доносе одлуку о питању које је предмет референдума (на примјер: устав, закон или други општи акт), те неко друго питање које је од виталног значаја за ужу или ширу заједницу у којој су грађани настањени.

1. Историјски развој институције референдума

Директна демократија, или демократија у којој људи сами доносе законе који њима управљају, има древне коријене. Одређени облици народне иницијативе и референдума постојали су још у скупштини древне Атине и других грчких градова. Ова традиција је настављена и у Старом Риму, односно, Римској републици, гдје су обични људи имали право на одређено изјашњење (референдум или плебисцит “*People’s decree*”), односно, имали су право да гласају при доношењу или укидању одређених закона, упркос противљењу Сената.

³ 1) Земље које издашно примјењују референдум као што су Швајцарска, Француска, па и САД и бивша Југославија (нарочито у периоду од 1971. до 1990. године);

2) земље које примјењују референдум с времена на вријеме, а којих је највише (огромна већина), и 3) земље које референдум скоро и не примјењују (то су, углавном, тоталитарни режими, као нпр. Саудијска Арабија).

⁴ Скупштина Републике Српске је на сједници одржаној 23. 4. 1993. у Новом Граду први пут донијела Закон о референдуму.

Надаље, у средњем вијеку термин плебисцит као синоним за референдум, коришћен је у неким европским градовима, иако су, истине ради, гласачка права била ограничена на малу елитну групу богатијих бирача.

С тим у вези, почевши од XIII вијека, неки швајцарски кантони (државе) редовно су најважније одлуке доносили на међу народом популаран начин, односно на скупштинама грађана. Овај тип народног изјашњавања познат је под називом *Landsgemeinden*.

Први познати референдум у Сједињеним Америчким Државама одржан је у Масачусетсу 1640. године.⁵ Овакав вид изјашњавања у овом дијелу Америке постао је каква-таква пракса, па су 1715. године бирачи у Масачусетсу добили облик локалне иницијативе. Наиме, тзв. Општи суд, односно парламент усвојио је закон на основу којег се захтијева од извршних официра градова да обавезно укључе у дневни ред састанка града било који предмет који петицијом затражи десет или више посто бирача. Прецизније, ово је омогућило грађанима да предлажу законе који ће бити разматрани на састанку градског руководства.

Ипак, први референдум ширих размјера од локалног десио се тек 1778. године, при формирању савезне америчке државе Масачусетс. Тада је грађанима представљен устав ове младе државе који је од истих требало да буде ратификован. Народ је овај устав одбацио па је морао ићи на дораду. Дорађени устав је усвојен 1780. године, од стране бирача са правом гласа. Од тада је оваква процедура постала стандардна за све државне уставе, а измјена истих је такође морала да буде одобрена од стране бирача.

Талас интересовања за овакве типове директне демократије у Сједињеним Државама резултат је популистичких и прогресивних покрета крајем 1800. и почетком 1900-их.

Примјери националног референдума у посљедњих неколико вијекова укључују у то вријеме популарне консултације одржаване у Француској крајем седамнаестог и почетком осамнаестог вијека, које су требале да покажу подршку народа у вези са освајачким ратовима и промјенама везаним за унутрашња дешавања у Француској.

Но, без обзира на наведено, које је имало одређене карактеристике референдума као облика народног изјашњавања, неки експерти из ове области сматрају да се Швајцарска сматра отаџбином модерног референ-

⁵ Јовичић, М., *Велики уставни системи*, Београд, 1984.

дума.⁶ Наиме, у овој земљи, установа референдума на националном нивоу уведена је далеке 1802. године (осим на националном, овај облик непосредне демократије постоји и на кантоналном и локалном нивоу). Под снажним утицајем швајцарских искустава, институција референдума пренесена је у САД (прва америчка држава која је уставом предвидјела ову установу била је Јужна Дакота, 1898. године). У годинама које су слиједиле установа референдума постаће широко распрострањена у америчким локалним заједницама.

Надаље, за примјер показивања директне народне воље можемо узети и талијанску покрајину Пијемонт, односно изјашњавање народа (1860. година) у односу на суверенитет над овим талијанским полуострвом.

С обзиром на све то, дуго времена примјена референдума била је, највећим дијелом, ограничена на двије државе – Швајцарску и САД. Након пада Берлинског зида, ова институција (укључујући и установу локалног референдума⁷), постаје све заступљенија и у осталим дијеловима Европе и свијета.

Дио земаља ову установу допушта само на локалном нивоу⁸. Експанзија установе локалног референдума довела је и до усвајања одговарајућих међународних докумената, међу којима се, својим значајем, издваја Препорука Министарског комитета Савјета Европе бр. К (96) 2е о референдумима и народним иницијативама на локалном нивоу.⁹

2. Правни основ за референдум

Референдум као облик директног изјашњавања грађана један је од најраширенијих облика непосредне демократије и судјеловања грађана

⁶ Јовичић, М. (2006). „Референдум. Покушај упоредноправног изучавања“, у *Демократија и одговорност*, Изабрани списи, Књига 1, Београд, стр. 5.

⁷ У појединим државама (Аустрија, Њемачка, Италија, Русија, Уједињено Краљевство и Швајцарска), расписивање референдума могуће је на свим нивоима – националном, регионалном и општинском. Узмимо за примјер Њемачку која представља најбољи примјер нагле експанзије локалног референдума. Примјера ради, у раздобљу од 1990. до 1996. године, ова институција уведена је у свим њемачким покрајинама.

⁸ Јерменије, Чешке Републике, Естоније, Финске, Ирске, Луксембурга, Малте, Македоније и Португала.

⁹ Према, Калин, В. (2006). „Референдум и иницијатива у Европи, трендови и развој“, у *Референдум и грађанска иницијатива* (зборник), Краљево, стр. 1–2.

у доношењу битних одлука. Грађани треба да имају активну улогу у политичким процесима не само на изборима, него и након што дају свој глас, а један од начина да се то оствари може бити одлучивање на референдуму, било да је иницијатор референдума влада или сами грађани. Референдумом се повећава утицај грађана у процесима политичког одлучивања, што на крају може имати позитиван утицај на развој демократске политичке културе.

Како би референдум осигурао изјашњавање стварне слободне воље бирача, потребно је детаљно уредити правни оквир за његову проведбу. Било да референдум покрећу државна или локална тијела или пак грађани својим иницијативама, он грађанима омогућује значајно већу партиципацију у процесима доношења одлука.

Пошто су референдум и плебисцит уставна и изузетна форма непосредног одлучивања, не могу се препустити стихијском начину организовања (провођења). Стога морају постојати детаљно разрађена и утврђена правила игре (понашања). Та правила се уређују правним нормама, и то на четири нивоа: уставима¹⁰, законима¹¹, статутима¹² и међународним актима¹³.

Напоменимо на крају да је било и других примјера да међународна организација расписује референдум, али још и чешће плебисцит.

Овдје је потребно нагласити да референдум понекад може угрозити основне темеље савремених демократија. Наиме, либерална

¹⁰ Устави су најзначајнији правни основ, пошто они утврђују темељне норме о референдуму и плебисциту на основу којих долази до cjеловитог њиховог регулисања законом, статутом и другим актима. Примјера ради, сви југославенски устави од 1946. године, закључно са Уставним амандманима 1988. године, на одговарајући начин су предвиђали могућност плебисцита и референдума. То чине и садашњи устави који су на снази: Устав Републике Српске предвиђа плебисцит и референдум, затим Устав Републике Србије предвиђа референдум, а предвиђају га и неке друге земље бивше Југославије. Већине земаља свијета уграђују још шири основ за референдум и плебисцит, поготово за доношење и промјене устава, као на примјер: Швајцарска, Француска, Русија, Италија и друге.

¹¹ Закони су незаобилазан основ за утемељење и рад референдума и плебисцита. Све оне државе које су, на овај или онај начин, уставом утемељиле референдум или плебисцит, донијеле су законе о томе. У бившој Југославији (од 1945 до 1992. године) дјеловало је осам таквих закона (закони шест република и двије покрајине). Законима се опширно и прецизно утврђује о којим питањима, како и када се расписује референдум, те низ других питања која омогућују да се, демократски и правно, проведу референдум и плебисцит.

¹² Статути детаљно прописују примјену референдума у локалној самоуправи, односно на подручјима општина, срезова, округа и др. Тако је била обавеза и пракса да све општине имају свој статут, почев од 1956. године, када се први пут у Југославији појавио тзв. Крањски статут, у којем је неизоставно регулисано питање референдума. И данашњи статути општина, као и Статут општине Бања Лука, регулишу питање референдума. Поред статута општина, статуте доносе и мјесне заједнице, као и предузећа и установе.

¹³ Међународни акти такође могу бити основ за провођење референдума и плебисцита, Тако је Међународна конференција о мору, у Паризу 1920. године, закључила да се проведе плебисцит о самоопредељењу Корушке.

демократија као концепт представља облик владавине у коме су спојени дихотомни либерални елементи владавине ограничене осигурањем и заштитом људских и грађанских права, те демократски елементи у виду директних облика демократије. Стога су ризичне ситуације у којима се путем механизма директне демократије одлучује о људским правима (која морају бити заштићена од угрожавања од стране државе, али и од стране самих грађана). Управо зато, посебна пажња се мора посветити регулаторним рјешењима која се односе на услове за покретање референдума на иницијативу грађана.¹⁴

Ограничења код референдума не умањују његов значај, јер се та ограничења односе углавном на лична права и слободе човјека, која су неприкосновена.

Правна основа за расписивање референдума у Републици Српској налази се у Уставу. С тим у вези, Народна скупштина Републике Српске (у даљем тексту: Народна скупштина) је 13. априла 2011. године донијела Одлуку о расписивању републичког референдума (Одлука)¹⁵.

Доношењу Одлуке о расписивању референдума претходио је низ закључака који су се односили настање у правосуђу БиХ. Иако се Одлука односи на наметнуте акте високог представника у цјелини, други дио референдумског питања се искључиво односи на Суд и Тужилаштво БиХ. И једно и друго представља стварни повод за расписивање референдума и за усвајање Одлуке.

Релевантни прописи који омогућавају расписивање референдума у Републици Српској су: Устав Републике Српске, који у члану 70, гдје су

¹⁴ Швајцарско изјашњавање и одлучивање грађана путем референдума о вјерским слободама 2009. године, тј. о приједлогу швајцарске популистичке Народне странке о забрани градње минарета, показује све изазове референдума кад грађани одлучују о људским и мањинским правима. У поменутом случају 57,5% швајцарских грађана изјаснило се за забрану минарета, дакле за кршење мањинских права. Слично томе, у америчкој савезној држави Калифорнији, грађани су путем референдума одлучивали о прорачунским и пореским питањима, а одлуке су им вођене неодрживом жељом за већим бројем и квалитетнијим јавним услугама, уз што нижа пореска давања. Такве су референдумске одлуке у условима рецесије америчке привреде довеле до великог мањка у прорачуну, што је на крају довело до отежаног функционисања јавних служби. Стога су данас све присутнији захтјеви за промјеном правила за референдум. Управо због оваквих разлога, у већини земаља постоје ограничења о чему се на референдуму не може одлучивати, а укључују питања људских права, пореза, прорачуна, помиловања те прихваћања и ратификације међународних споразума.

¹⁵ Одлука је објављена у „Службеном гласнику Републике Српске“ број 45/2011. У преамбули је наведено да се Одлука доноси на основу члана 70 став 1 тач. 2 и 5 Устава Републике Српске као и чланова 182 и 186 став 1 и 2 Пословника Народне скупштине Републике Српске („Сл. гл. РС“ бр. 31/2011), те чл. 10 и 11 Закона о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске („Сл. гл. РС“, бр. 42/2010).

описане надлежности Народне скупштине: Народна скупштина доноси законе, друге прописе и опште акте; ...; расписује републички референдум; затим Пословник о раду Народне скупштине, Закон о референдуму и грађанској иницијативи.

1) Народна скупштина одлуку о расписивању републичког референдума доноси већином гласова укупног броја народних посланика;

2) Приједлог за расписивање републичког референдума могу поднијети предсједник Републике, Влада Републике Српске, најмање 30 народних посланика или најмање 10.000 бирача;

3) Скупштина општине, односно града, одлуку о расписивању општинског референдума доноси већином гласова укупног броја одборника.

4) Приједлог за расписивање општинског референдума могу поднијети једна трећина одборника, начелник односно градоначелник, најмање 10% бирача уписаних у бирачки списак општине, односно града или 3.000 бирача ако је у бирачки списак општине, односно града уписано више од 30.000 бирача.

5) Од дана ступања на снагу одлуке о расписивању референдума из ст. 1 и 3 овог члана до данас провођења референдума не може протећи мање од 30 дана ни више од шест мјесеци“.

Одлука о расписивању референдума садржи нарочито: назначење територије за коју се референдум расписује, питање или питања о којима се грађани изјашњавају и вријеме спровођења референдума.

Одлука о расписивању референдума објављује се на начин на који се објављују акти органа који је расписао референдум.

Референдум треба добро припремити да би успио и постигао предвиђени циљ, односно да буду испуњени одређени услови. Ти услови су бројни, а најзначајнија су два. Први је да сваки бирач може слободно да изрази своју вољу без било каквих притисака од било кога, што се може десити и дешава се у току референдумске кампање. Други услов је да бирачи буду квалификовани, а то значи едуковани да би могли изразити своју вољу у најчешће компликованом референдумском питању.

О тим бројним условима познати српски публицист Слободан Јовановић (1869–1939) пише: „У античкој држави, слободан је грађанин имао своје робове, живио је од туђег рада, био господар свога време-

на, једном ријечју имао је услове за виши културни живот, па сагласно томе и за оне интелектуалне напоре који се траже од једног законодавца. Под владом општег права гласа, слободан грађанин јесте махом радник, човјек који се бори за насушни хљеб, знатно испод културног нивоа на коме се налазио слободан грађанин у античкој држави. Бирачко тијело по општем праву гласа није у стању да испуњава како треба ни своје бирачке дужности. Како се онда може и мислити да му се повјере те још много теже, законодавне дужности?¹⁶

Начин постављања референдумског питања је услов успјешности референдума. Питање мора бити јасно и недвосмислено, да би се бирач могао без двоумљења изјаснити са „да“ или „не“. Прописи (устав и закон) морају бити јасни народу – бирачима. Ту јасноћу лијепо је изразио Андре Моро (Француска): „Сматрао сам да је устав који предвиђа референдум као средство власти сачињен за народ, а не народ за устав“.

У основи, питање референдума у Босни и Херцеговини отворило се као питање статуса Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине, уз оцјену да се ради о антидејтонском дјеловању, али и за међународну заједницу, питање или редефинисање уставноправне и политичке природе одлука високог представника у Босни и Херцеговини које је доносио, посебно одлука којима је наметао законе¹⁷.

¹⁶ Јовановић, С. (1924), *Стварање заједничке државе СХС*, Београд, стр. 75–76.

¹⁷ Предсједник Републике Српске упутио је, 1. 7. 2015. године, приједлог за заказивање посебне сједнице Народне скупштине Републике Српске, са дневним редом „Приједлог за расписивање републичког референдума“, на којој би била донесена одлука о расписивању републичког референдума. Референдумско питање о коме би се грађани – бирачи изјашњавали гласило би: „Да ли подржавате неуставно и неовлашћено наметање закона од стране високог представника међународне заједнице у Босни и Херцеговини, посебно наметнуте законе о Суду и Тужилаштву БиХ и примјену њихових одлука на територији Републике Српске?“.

Народна скупштина на Десетој посебној сједници је донијела Одлуку о расписивању републичког референдума са наведеним референдумским питањем. За дан одржавања референдума, предвиђена је прва недјеља по истеку педесет дана од дана ступања на снагу Одлуке о расписивању републичког референдума. Институција високог представника успостављена је Анексом Х (Споразум о цивилном спровођењу мирног рјешења) Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, који су потписали Република Босна и Херцеговина, Република Српска, Федерација Босне и Херцеговине, Република Хрватска и Савезна Република Југославија. Овлашћења високог представника регулисана су чланом 2 Анекса Х Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. Оно што је најважније јесте одредба члана 5 овог Анекса (Коначни ауторитет за тумачење) која предвиђа да је високи представник на терену коначни ауторитет за тумачење овог споразума о цивилном спровођењу мирног рјешења. Сходно члану 6 овог Анекса, Споразум је ступио на снагу послје потписивања, с тим да су стране преузеле обавезу (члан 4) да ће у потпуности сарађивати са високим представником и његовим/њеним особљем, као и са међународним организацијама и агенцијама као што је предвиђено у члану 9 Општег оквирног споразума. У анализи донесених аката високог представника може се утврдити да су се закони доносили на два начина – у форми закона или у форми одлука којима се проглашавао одређени

Оспоравајући могућност Републици Српској да може поставити наведено референдумско питање¹⁸, оспорава се и сам институт референдума¹⁹, а придодају му се политичке квалификације које излазе из оквира улоге, значаја и домена референдума у Републици Српској као што је оцјена да се референдумом жели извршити сецесија Републике Српске од Босне и Херцеговине, те да се узурпирају надлежности институција Босне и Херцеговине. Уставом Републике Српске предвиђена законодавна активност унапријед се осуђује као антидејтонски чин, игноришући став Народне скупштине Републике Српске да републички референдум и његова одлука неће угрозити интегритет и суверенитет Босне и Херцеговине, имајући у виду да је она сложена држава, заједница састављена од два ентитета у чијим је надлежностима правосудни систем.

Расправа о референдуму треба да има у виду реализацију донесених правних и политичких аката Народне скупштине РС из ранијег периода (декларације, резолуције, закључци, препоруке и др.), који се односе на систем правосуђа Босне и Херцеговине, а који претходи одлуци о расписивању референдума. Политички аспект, а на бази анализа provedбе наведених докумената Народне скупштине РС, показује да постоји уставна и законска основа и политичка оправданост за одржавање републичког референдума, као облика демократског изјашњавања грађана о реформи правосудног система у Босни и Херцеговини.

Посебно је важно нагласити да је структурални дијалог о реформи правосуђа у Босни и Херцеговини до сада био неуспјешан и није дао одговарајуће и очекиване резултате, те да је овакав вид преговарања, у великој мјери, најчешће злоупотребљаван, првенствено са циљем

закон, које су законодавна тијела Босне и Херцеговине имала обавезу да усвоје у истовјетном облику – тексту.

¹⁸ Члан 2 Закона о референдуму и грађанској иницијативи (1) Референдум у Републици Српској (у даљем тексту: републички референдум) расписује се ради претходног изјашњавања грађана, у складу са Уставом. (2) Референдум у општини, односно граду (у даљем тексту: општински референдум) расписује се ради претходног изјашњавања грађана о питањима из надлежности скупштине општине, односно града утврђених законом и статутом општине, односно града. (3) Општински референдум спроводи се на начин и по поступку утврђеним овим законом и статутом општине, односно града. Члан 3 дефинише начин да овим Законом грађани иницирају, односно предлажу промјену Устава, закона, других прописа и општих аката из надлежности Народне скупштине Републике Српске, општине, односно града, расписивање референдума о одређеном питању и подносе друге приједлоге у складу с Уставом, законом и статутом (у даљем тексту: грађанска иницијатива).

¹⁹ Члан 5 (1) Закона дефинише референдум и грађанску иницијативу као облике непосредног и слободног изјашњавања грађана. Став (2) дефинише да нико не може позвати грађанина на одговорност због изјашњавања на референдуму, односно због учествовања у грађанској иницијативи у складу с овим законом.

успостављања и јачања улоге треће, уставно непостојеће правосудне гра-не власти у Босни и Херцеговини. У исто вријеме Тужилаштво БиХ преузимало је надлежности ентитетских тужилаштава, а није покренуло поступке за бројне злочине учињене над српским народом. У исто вријеме је Суд БиХ неуставно и незаконито ретроактивно примјењивао Кривични закон БиХ из 2003. године, те се оглушио на стално инсистирање да се изврши озбиљна анализа и ревизија изречених судских одлука.

Улога Канцеларије високог представника је додатно модификована јер Анексом X високи представник није добио извршна и наредбодавна овлашћења, а посебно не законодавна овлашћења. Дата овлашћења се односе само на право да надгледа спровођење мировног рјешења, одржава тијесне контакте са странама уговорницама, координира активности цивилних организација и агенција, сугерише и савјетује одређена рјешења.

Накнадно (само) тумачење Анекса о праву да издаје наредбодавне одлуке, смјењује или поставља личности, доноси законе²⁰ и друге акте супституирајући домаће институције државне власти, дубоко је подијелило босанскохерцеговачко друштво и наставља се и данас након 20 година успоставе данашње уставне структуре Босне и Херцеговине.

У овом свјетлу, референдум је само до краја „оголио“ видљиву и мање видљиву неуставну праксу међународне заједнице и дефинисао посебан облик старатељства као специфичан вид протектората над Босном и Херцеговином који се остварује од стране високог представника (ОХР).

Чак и са аспекта принципа међународног уговорног права (јер је Дејтонски мировни споразум међународни уговор), а како то истиче и проф. Миодраг Митић, високи представник међународне заједнице, с обзиром на то да није страна овог споразума, није могао добити овлашћење да га коначно тумачи. Оно на шта јесу пристале стране уговорнице, како примјењује академик Снежана Савић, јесу овлашћења високог представника која су јасно одређена и на које су пристале стране уговорнице.

Међународна заједница, свјесна ограничења за високог представника да интервенише у уставноправну сферу Босне и Херцеговине на бази овлашћења датих Анексом X, успоставља и Савјет за

²⁰ Специфичност закона које је донио високи представник садржана је у уобичајеној одредби тих закона, одредби да „закон ступа на снагу као закон Босне и Херцеговине, на привременој основи све док Парламентарна скупштина БиХ не усвоји овај закон у одговарајућем облику, без амандмана и додатних услова.“ Одлуке високог представника, како општи тако и појединачни правни акти, објављују се у службеним гласницима Босне и Херцеговине, ентитета, и Дистрикта Брчко, као што се објављују и акти домаћих институција и власти.

имплементацију мира (PeaceImplementation Council – PIC). Већ „чувеним“ декларацијама²¹, посебно бонском,²² дошло је до проширивања овлашћења и надлежности високог представника које ће у протеклих 20 година до данас створити другачију уставноправну структуру Босне и Херцеговине, а посебно ентитета, у односу на важећи Устав БиХ. Како високог представника именују министри вањских послова у Управном одбору Савјета за имплементацију мира, на приједлог Европске уније, а мандат му потврђује Савјет безбједности Уједињених нација, управо се Резолуцијом Савјета безбједности број 1031 додатно јача даљи капацитет и позиционира мјесто и улога високог представнику у Босни и Херцеговин и потврђује његова водећа улога.

Референдумско питање²³ о коме би се грађани–бирачи изјашњавали, које гласи: „Да ли подржавате неуставно и неовлашћено наметање закона од стране високог представника међународне заједнице у Босни и Херцеговини, посебно наметнуте законе о Суду²⁴ и Тужилаштву БиХ²⁵ и

²¹ Савјет за имплементацију мира, односно његов Управни одбор, прати ситуацију у Босни и Херцеговини, да би на повременим конференцијама (сједницама) оцјењивао степен имплементације Дејтонског мировног споразума уз доношење ставова и упућивања сугестија високом представнику и институцијама Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Босне и Херцеговине.

²² За високог представника под тачком 26 овог дијела Декларације предвиђено је “доношење привремених мјера када стране нису у стању да постигну договор, што ће остати на снази све док Предсједништво БиХ или Савјет министара БиХ не усвоје одлуку која је конзистентна са Мировним споразумом по питањима о којима се ради”. О овом овлашћењу смо говорили у више наврата, с обзиром на то да је у пракси дошло до злоупотребе овог овлашћења од стране високог представника. Мада је јасно да високи представник није законски предлагач, јер се обраћа Предсједништву БиХ или Савјету министара БиХ, као уставним предлагачима закона. Даље, ово овлашћење је широко примијењено јер су постојале честе ситуације када се стране нису договориле о одређеним питањима.

²³ Према члану 36 Закона о референдуму и грађанској иницијативи, Народна скупштина, као надлежни орган, у року од шест мјесеци након одржаног референдума доноси одговарајући акт којим одређује активности и рокове за остваривање одлуке грађана исказане на референдуму.

²⁴ Закон о Суду БиХ је наметнут Одлуком високог представника 2000. године, а Парламентарна скупштина БиХ га је усвојила 2002. године. Суд је основан да би се осигурало ефикасно остваривање надлежности државе Босне и Херцеговине и поштовање људских права и владавине закона на њеној територији. Суд је организован кроз три одјељења (кривично, управно и апелационо).

²⁵ Тужилаштво БиХ представља самосталан и посебан орган чији је главни задатак да обезбједи ефикасно остваривање надлежности Босне и Херцеговине, поштовање људских права и слобода, те законитости на простору Босне и Херцеговине. Надлежност Тужилаштва утврђена је Законом о Тужилаштву БиХ. Са аспекта надлежности, Тужилаштво је орган надлежан за спровођење истраге за кривична дјела за која је надлежан Суд БиХ, за гоњење починилаца пред Судом БиХ. Тужилаштво је и орган надлежан за примање захтјева за међународну правну помоћ у кривичним стварима, у складу са законима, мултилатералним и билатералним споразумима и конвенцијама, укључујући и захтјеве за изручење или предају тражених лица од стране судова или органа на подручју Босне и Херцеговине и других држава, односно међународних судова или трибунала.

примјену њихових одлука на територији Републике Српске?²⁶, отвара и проблематизује најмање три важна уставноправна и политичка питања чији одговори могу имати далекосежне посљедице на будући развој Босне и Херцеговине.

Референдум који је расписала Народна скупштина доводи ово питање преко наметнутих закона без сагласности ентитета,²⁶ а посебно закона о Суду и Тужилаштву БиХ до нове уставне, правне и политичке ситуације у којој све институције у Босни и Херцеговини и Републици Српској „имају прилику“ да изнова протумаче и тумаче однос Устава БиХ и Устава РС.

Изнова смо у позицији и да сагледамо реакцију Уставног суда РС и БиХ.²⁷ Уставни суд БиХ је већ раније дао оцјену о уставности одлука високог представника²⁸, а које су предмет и референдумског питања. Питање надлежности²⁹ и независности, као и апелационе надлежности³⁰, Уставног суда БиХ нека су од од спорних питања у правничкој јавности Босне и Херцеговине, с обзиром на то да је сопствену надлежност сам

Као спецификум се наводи да у прелазном периоду може бити именовано троје међународних тужилаца Посебног одјељења за организовани криминал, привредни криминал и корупцију који не могу бити држављани Босне и Херцеговине или држављани било које од сусједних земаља.

²⁶ У домену подјеле надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Уставом су предвиђене још двије одредбе. Наиме, члан III 3 4 (Координација) предвиђа да Предсједништво БиХ може да одлучи да олакша координацију међу ентитетима по питањима која не спадају у надлежност Босне и Херцеговине према овом уставу, уколико се један ентитет не противи томе у било ком посебном случају. Истим чланом, тачком 3 5а (Додатне надлежности), прописано је да ће Босна и Херцеговина преузети надлежност за све друге послове о којима се ентитети сложе; за послове које предвиђају Анекси V до VIII Општег оквирног споразума; и за послове који су нужни за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног статуса Босне и Херцеговине у складу са подјелом надлежности међу установама Босне и Херцеговине. По потреби се могу установити додатне установе ради обављања тих послова.

²⁷ Вијеће за заштиту виталног интереса при Уставном суду РС дана 10. 8. 2015. године, одлучило је да је прихватљив захтјев Клуба делегата бошњачког народа у Вијећу народа РС за утврђивање повреде виталног националног интереса у вези са Одлуком о расписивању републичког референдума, коју је Народна скупштина донијела 15. 7. 2015. године.

²⁸ Када је Закон о Суду БиХ, који је високи представник наметнуо Одлуком, оспорен пред Уставним судом БиХ, четири од шест судија из Босне и Херцеговине правилно су закључили да је Закон неуставан. Међутим, Закон је подржан, гласовима три стране судије Уставног суда.

²⁹ Једном од најзначајнијих одлука Уставног суда БиХ, сматра се Одлука о конститутивности народа, која је промијенила унутрашњу структуру ентитета. Ради се о ситуацији у којој се Уставни суд БиХ појавио у улози уставотворца, вршећи суштинску ревизију Устава, занемарујући при томе чињеницу да је основна улога сваког уставног суда управо заштита од неуставних промјена и, уопште, заштита Устава.

³⁰ Највеће одступање од класичне уставне концепције европских уставних судова представља надлежност Уставног суда БиХ да има апелациону јурисдикцију по питањима из Устава која произлазе из пресуда било ког суда у Босни и Херцеговини.

Уставни суд у својим одлукама одређивао и у предметима у којима она није децидирано предвиђена Уставом³¹.

3. Врсте референдума

Референдум је непосредно изјашњавање грађана најчешће за једну од двије понуђене алтернативе (углавном „за“ и „против“ или „да“ и „не“). Примјеном различитих мјерила, могуће је добити различите врсте референдума, које постоје у савременим уставним системима.

Када се посматра предмет због кога се референдум расписује, пракса показује да он може да се односи на различита питања, али по овој подјели су најважнији уставотворни и законодавни референдум. Поред ова два најзначајнија референдума, имамо и административни референдум, финансијски референдум, референдум из области међународног права, референдум за распуштање парламента, претходни, накнадни, конститутивни, аброгациони, обавезни, факултативни, обавезујући и савјетодавни.³²

По радно-функционалном принципу, референдум може бити у привредним предузећима и у установама. У њему учествују сви запослени радници. До уставних амандмана на Устав СФРЈ из 1974. године, који су усвојени 1988. године, у радним организацијама и установама референдум се проводио за све опште – нормативне акте, а од 1988. године обавезан је само за доношење статута.³³

На крају је потребно напоменути да су у различитим уставним системима³⁴ различито утврђена подручја на која се односи законодавни ре-

³¹ Уставни суд сачињава девет судија, од којих шест судија бирају парламенти ентитета (Представнички дом Федерације БиХ бира четири, а Народна скупштина два), док преосталу тројицу бира председник Европског суда за људска права, након консултација са Председништвом БиХ. За судије Уставног суда могу да буду изабрани истакнути правници високог моралног угледа. Судије које бира председник Европског суда за људска права не могу бити држављани Босне и Херцеговине, нити било које сусједне државе. Мандат судија именованих у првом сазиву је пет година, а судије каснијих сазива могу да обављају своје дужности до 70. године старости, изузев ако прије тога не поднесу оставку или не буду разријешени консензусом осталих судија. Постојеће уставно овлашћење да три члана Уставног суда бира председник Европског суда за људска права (члан IV тачка 1) директан је израз улоге међународне заједнице у уставном систему Босне и Херцеговине. По свом карактеру оно свједочи о ограничењу суверености ове државне заједнице. Зато Парламентарна скупштина БиХ законом треба да пропише другачији избор ових судија.

³² За све наведене облике референдума шире видјети Кузмановић, Р. (2002), *Уставно право*, Правни факултет, Бања Лука, стр. 249–250.

³³ Амандман XXIV на Устав из 1974. године усвојен је 26. новембра 1986. године.

³⁴ Законски оквир, примјера ради, у Хрватској дефинише три врсте референдума: државни, локални и савјетодавни референдум.

ферендум. Тако је већи број земаља, међу којима и Швајцарска као бастин референдума, искључио неке законе из референдума. У системима који установљују законодавни референдум, често се искључује његова примјена на доношење закона о буџету, амнестији, помиловању, ратификацији међународних уговора и слично.

4. Поступак примјене референдума

Поступак спровођења референдума у Републици Српској регулисан је законом о референдуму и грађанској иницијативи и сагласно са тим законом право изјашњавања на референдуму имају грађани који у складу са уставним законом имају бирачко право и спровођење референдума је јавно.³⁵ Јавност поступка спровођења референдума подразумијева право сваког грађанина да под једнаким условима, путем средстава јавног информисања или на други одговарајући начин, буде благовремено и истинито информисан о свим фазама поступка. Народна скупштина одлуку о расписивању републичког референдума доноси већином гласова укупног броја народних посланика. Приједлог за расписивање републичког референдума у Републици Српској могу поднијети предсједник Републике, Влада Републике Српске, најмање 30 народних посланика или најмање 10.000 бирача. Скупштина општине, односно града, одлуку о расписивању општинског референдума доноси већином гласова укупног броја одборника. Приједлог за расписивање општинског референдума могу поднијети једна трећина одборника, начелник односно градоначелник, најмање 10% бирача уписаних у бирачки списак општине, односно града или 3.000 бирача ако је у бирачки списак општине, односно града уписано више од 30.000 бирача. Од дана ступања на снагу одлуке о расписивању референдума до дана спровођења референдума не може протећи мање од 30 дана ни више од шест мјесеци.³⁶

Одлука о расписивању референдума садржи нарочито: назначење територије за коју се референдум расписује, питање или питања о којима се грађани изјашњавају и вријеме спровођења референдума.

Органи за спровођење референдума су комисија и гласачки одбор. Комисију образује орган који је расписао референдум, а комисија

³⁵ Закон о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске („Службени гласник РС“, број 42/10).

³⁶ Члан 10 Закона о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске број 42/10.

образује гласачке одборе³⁷. Кад се спроводи републички референдум, односно општински референдум, комисије се образују и у општини, односно граду. Кад се спроводи републички референдум, комисије у општини, односно граду образује Републичка комисија за спровођење референдума у року од 15 дана од дана ступања на снагу одлуке о расписивању референдума.

Републичка комисија ће у року од 15 дана од дана ступања на снагу одлуке о расписивању републичког референдума закључити споразум са надлежним органима власти Брчко дистрикта Босне и Херцеговине о спровођењу референдума за грађане Брчко дистрикта Босне и Херцеговине који имају држављанство Републике Српске. Комисију за спровођење референдума чине предсједник и чланови комисије.³⁸

Републички референдум спроводе: Републичка комисија, Комисија за спровођење републичког референдума у општини, односно граду и гласачки одбори. Републичку комисију коју чине предсједник и осам чланова које именује Народна скупштина, на приједлог надлежног скупштинског радног тијела, истовремено са доношењем одлуке о расписивању референдума.

Републичка комисија – надлежности:³⁹

„Комисију за спровођење Републичког референдума у општини, односно граду чине предсједник и четири члана.“⁴⁰

„Гласачки одбор именује се за свако гласачко мјесто, најкасније десет дана прије дана одређеног за изјашњавање на референдуму. Гласачки одбор чине предсједник и два члана.“⁴¹

Питање о коме се грађани референдумом изјашњавају мора бити изражено јасно тако да се на њега може одговорити ријечју „за“ или „против“, односно „да“ или „не“. Кад се на референдуму грађани изјашњавају истовремено о више питања, свако питање мора бити посебно формулисано на гласачком листићу⁴², тако да се на свако може одговорити ријечју „за“ или „против“, односно „да“ или „не“.

Гласачке листиће припрема комисија за спровођење референдума. Комисија за спровођење референдума утврђује број гласачких листића

³⁷ Члан 12 Закона о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске број 42/10.

³⁸ Члан 13 Закона о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске број 42/10.

³⁹ Члан 20 Закона о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске број 42/10.

⁴⁰ Члан 22 и 23 Закона о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске број 42/10.

⁴¹ Члан 25 и 26 Закона о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске број 42/10.

⁴² Члан 29 Закона о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске број 42/10.

који мора бити једнак броју грађана који имају право изјашњавања на референдуму уписаних у бирачки списак, као и број резервних гласачких листића за спровођење републичког, односно општинског референдума. Глас се заокруживањем на гласачком листићу једног од могућих одговора. У погледу начина гласања, на лица која нису у могућности да гласају на гласачком мјесту, односно да сама гласају, сходно се примјењују прописи о изборима.

По завршеном гласању гласачки одбор утврђује резултате гласања на гласачком мјесту и о томе саставља записник. Неважећи гласачки листић је онај листић на коме су заокружене и ријеч „за“ и ријеч „против“, односно и ријеч „да“ и ријеч „не“, непопуњен листић и листић који је тако попуњен да се не може са сигурношћу утврдити како се грађанин изјаснио.

У записнику о резултату гласања на гласачком мјесту наводе се: датум и мјесто одржавања гласања, гласачко мјесто, лична имена чланова гласачког одбора, приједлог који је стављен на референдум, број грађана с бирачким правом на гласачком мјесту, број грађана с бирачким правом који је гласао, број неупотријебљених гласачких листића, укупан број важећих гласачких листића, укупан број неважећих гласачких листића, број гласова „за“ или „да“, односно „против“ или „не“ кад се гласало о неком питању, број гласова за сваки од приједлога кад се гласало између више приједлога, резултат гласања, као и друге чињенице важне за гласање и рад гласачког одбора.

Сваки члан гласачког одбора може дати издвојено мишљење и примједбе на записник. Записник потписују сви чланови гласачког одбора. Записник и остале материјале са гласања гласачки одбор доставља надлежној комисији у року од 12 сати од затварања гласачког мјеста.

Извјештај о спроведеном референдуму комисија за спровођење референдума доставља органу који је расписао референдум. Орган који је расписао референдум дужан је да на првој наредној сједници од дана подношења извјештаја надлежне комисије констатује резултате референдума.⁴³

⁴³ „Извјештај Републичке комисије за спровођење републичког референдума о резултату републичког референдума одржаног 25. септембра 2016. године – На референдумско питање: „ДА ЛИ ПОДРЖАВАТЕ ДА СЕ 9. ЈАНУАР ОБИЉЕЖАВА И СЛАВИ КАО ДАН РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ?“ одговор: „ДА“ дала су 677.771 гласача, односно 99,81% од укупног броја уписаних гласача, а одговор: „НЕ“ дало је 1.298 гласача, односно 0,19% од тог броја.

Резултат републичког референдума објављује се у форми извјештаја у „Службеном гласнику Републике Српске“, најкасније у року од 30 дана од дана констатовања резултата референдума.

Резултат општинског референдума објављују се на начин на који се објављује одлука о расписивању референдума, најкасније у року од 30 дана од дана одржавања референдума. Референдум је пуноважан ако је на њему гласала натполовична већина грађана који имају бирачко право и који су уписани у бирачки списак. Референдумско питање добило је подршку грађана ако се за њега изјаснила натполовична већина грађана која је гласала на референдуму.

Ако су се грађани референдумом претходно изјаснили о одређеном питању, надлежни орган ће донијети одговарајући акт у року од шест мјесеци од дана одржавања референдума у складу са Уставом и законом.

О истом референдумском питању, без обзира на резултат изјашњавања грађана на референдуму, грађани се не могу поново изјашњавати референдумом у року краћем од шест мјесеци од дана одржаног референдума.

5. Мјесто и улога (вриједности) референдума у друштву

Систем иницијатива у којем је аутор текста иницијатор парламент заснива се на уставној концепцији референдума као средства политичких странака. Такав систем су прихватиле државе с дугом парламентарном традицијом, попут Велике Британије, Шведске и Норвешке, али га налазимо и у Ирској, Данској, те примјера ради, Финској. Према тој концепцији референдума као средства политичких странака, парламентарна већина процјењује предност и народног изјашњавања и није подложна спољашњим утицајима у доношењу одлука. Стога ће се парламентарна већина одлучити за референдум уколико сматра да одлука која треба да буде усвојена има далекосежно значење које прелази границе њиховог мандата, или уколико су подијељени о неком питању (приликом чега обично први разлог не искључује други). Примјера ради, у британском референдуму из 1975. године, у вези са преговорима са ЕЕЗ-ом, сврха је била рјешавање конфликта унутар Парламента, у коме су парламентарна већина и опозиција биле, малтене, строго подијељене по том питању. Одлука донесена на референдуму такође може имати и важне посљедице на политички систем у земљи, као што је био случај након

провођења норвешког референдума о приступању ЕЕЗ-у 1972. године. На том је референдуму 53% бирача одбило приједлог који је имао подршку чак три четвртине заступника у парламенту, а посљедица таквог резултата је био пад Владе и раскол унутар социјалдемократа.

С друге стране, систем иницијативе у којем су аутор текста и иницијатор поступка и даље органи државне власти, али иницијатор више није законодавно тијело, већ тијело извршне власти, примјера ради предсједник, монарх и сл., основа је уставној концепцији референдума као средства државног поглавара. Концепцију референдума као средства државног поглавара прихватиле су државе с полупредсједничким обликом организације власти гдје предсједника бира непосредно народ, попут Француске. Први предсједник модерне Француске Шарл де Гол послужио се референдумом како би добио подршку бирачког тијела за своју предсједничку политику. Тај повратак народном одлучивању био је усмјерен на ограничавање овлашћења парламента. Примјена ове уставне концепције референдума као средства државног поглавара у појединим политичким системима доноси потенцијалну опасност и стваран ризик ауторитарног застарјевања. Таква би се ситуација могла десити у оним политичким системима који нису достигли степен демократије одређен стварном могућности провођења мирне смјене власти.

Систем иницијативе у коме је иницијатор одређен број грађана основа је уставној концепцији референдума као средства грађана. Овдје је потребно нагласити да је међу развијеним европским демократијама мало оних у којима је прихваћена уставна концепција референдума као средства грађана. У вези с тим, можемо навести Швајцарску која је уједно и једина развијена демократија у којој се референдум грађанске иницијативе примјењује на подручју Устава, те Италију. Референдум грађанске иницијативе усвојен у наведеним државама може се јавити у два облика: када је аутор текста о којем се одлучује на референдуму парламент, а иницијатор и тог референдума су грађани или пак када су аутори и иницијатор поступка сам народ. Уколико је аутор текста парламент, а иницијатори грађани, говоримо о факултативном законодавном референдуму. С друге стране, када је, аутор текста и иницијатор поступка сам народ, није ријеч о уклањању из правног поретка закона усвојених у парламенту, већ о предлагању и усвајању прописане посредно од народа. На крају додајмо да референдум грађанске иницијативе, заправо, представља сталну пријетњу демократски изабраној власти у држави јер његови резултати могу утицати на њен политички програм те измијенити њене планове.

Литература

- Јовичић, М., *Велики уставни системи*, Београд, 1984.
- Јовичић, М., „Референдум. Покушај упоредноправног изучавања“, у *Демократија и одговорност, Изабрани списи*, Књига 1, Београд, 2006.
- Калин, В., *Референдум и грађанска иницијатива* (зборник), Краљево, 2006.
- Царевих, М., *Општина у политичком систему СМИЈ*, Глас, Бања Лука, 1980.
- Митровић, А., *Југославија на Конференцији мора 1919–1920. године*, Београд, 1969.
- Јовановић, С., *Стварање заједничке државе СХС*, Београд, 1924.
- Кузмановић, Р., *Референдум као облик непосредне демократије, Уставно право*, Правни факултет, Бања Лука, 2002.
- Кузмановић, Р., Каран, С., *Уставно право*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука, 2015.
- Каран, С., *Референдум у Републици Српској, уставноправни и политички аспекти*, Бања Лука, 2015.
- Каран, С., *Уставноправна и политичка природа Одлука високог представника у Босни и Херцеговини*, ГПФ Апеирон, јули, 2015.
- Матић, М., *Међународноправни аспекти Дејтонског споразума и покушај његове неовлашћене ревизије*, Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, АНУРС, Бања Лука, 2005.
- Мијановић, Г., *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, Округли сто, АНУРС, Бања Лука, 1999.
- Савић, С., *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, Академија наука и умјетности Републике Српске, научни скупови, Књига III, Одјељење друштвених наука Књига II, Бања Лука, 2000.

Остали извори

Закон о референдуму, „Службени гласник Републике Српске“ број 4/93.

Референдум у Хрватској одржан 2013. о питању шта је брак.

Закон о референдуму и грађанској иницијативи у РС, „Службени гласник“, број 42/10.

Одлука о расписивању Републичког референдума, „Службени гласник РС“, број 45/11.

Одлука Уставног суда Републике Српске број: УВ-4/10 од 20. априла 2010.

Одлука Народне скупштине Републике Српске о расписивању републичког референдума број 01-541/11 од 13. априла 2011.

Одлука Уставног суда БиХ о „конститутивности народа“ (предмет У 5/98).

Седма сједница Сената Републике Српске од дана 27. маја 2011.

Структурални дијалог у области реформе правосуђа у сарадњи са Европском комисијом – информација.

Устав Босне и Херцеговине, *Анекс 4 Дејтонског мировног споразума*, потписан 14. децембра 1995.

Устав Републике Српске – Пречишћени текст, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92 и 19/92.

Документи Дејтон–Париз, четврто издање, Бања Лука, 2002.

Извјештај о ефектима одлука о преносу овлашћења са Републике Српске на заједничке органе БиХ, материјал Владе Републике Српске од марта 2006.

REFERENDUM AS A BASIC FORM OF DIRECT DEMOCRACY**– Conflict between theory and practice –****Siniša Karan, PhD, Full Professor*****Goran Džajić, LL.M.****

Abstract: *Until today, the referendum⁴⁴ has been the best and most objective generally accepted form of direct democracy in which the will of the citizens is dominant. It began to be applied more often after 1501 in Switzerland when Switzerland seceded from the German Empire on the basis of the results of the referendum. Of course, this referendum was carried out according to the Landesgemeinde system (gatherings of all voters of one canton), from which the modern form of referendum was developed as the form of the citizen's participation in government and governance.⁴⁵ The etymology of the word referendum is of Latin origin, thus, a referendum means something what needs to be reported on, or even more so, a referendum means something what the people itself stated in an organised way about an important issue.*

Its conceptual and substantive form was completed in the nineteenth and early twentieth century. Two important facts have made the great incentive to affirm the referendum. The first one is the adoption of the Declaration on the Rights of the Man and of the Citizen during the French Revolution and the second one is the adoption of constitution in almost all countries of the world, which guaranteed the appropriate rights and freedoms of the citizens and provided referenda as forms or structures of expressing the will (positions) of the citizens.

Key words: *referendum, direct declaration, constitution, law, jurisdiction, imposed laws, sovereignty.*

* Faculty of Law, Pan-European University APEIRON Banja Luka

** Cabinet of the President of the Republic of Srpska

⁴⁴ Referendum (from the Latin Referendum – what needs to be reported on) is a direct decision of the electorate on the constitution (constitutional referendum), law (legislative referendum), or any other act or decision within a territorial and political community.

⁴⁵ According to The Law Encyclopedia. (1975). Contemporary administration, Belgrade, page 1201; Jovičić, M. (1957), Referendum, Institute for comparative law, Belgrade, page 5.

USTAVNI PRINCIP JEDNAKOSTI PRED ZAKONOM U PRAKSI USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Dr. sc. Šahbaz Džihanović*
Doc. dr. sc. Selma Džihanović Gratz**

Apstrakt: Ustavni princip jednakosti pred zakonom spada u katalog posebno zajamčenih ljudskih prava i osnovnih sloboda utvrđenih u dokumentima navedenim u Ustavu Bosne i Hercegovine¹ i u Aneksu Ustava Federacije Bosne i Hercegovine², čija implementacija je obaveza Bosne i Hercegovine, svih sudova, ustanova, organa vlasti, te organa kojima neposredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta³.

Međutim, kako ustavno načelo jednakosti pred zakonom svoju razradu ni u formalnom ni u materijalnom smislu ne nalazi u Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, to je pitanje njegovog tumačenja, a posebno njegove implementacije od strane svih sudova ali i od drugih tijela vlasti, od posebnog značaja, dok bi odluke Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, s obzirom na njihov karakter, u predmetima zaštite ustavnosti u kojima se poziva na navodne povrede tog prava, trebalo da imaju posebno mjesto, imajući u vidu ustavnu strukturu i podjelu nadležnosti između Federacije, kantona i jedinica lokalne samouprave, kao i naglašene potrebe jednake i efikasne zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, posebno u postupcima pred sudovima, državnim i drugim tijelima vlasti.

Rad se bazira na analizi relevantne prakse Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u vremenu od juna 2006. do marta 2017. godine, u

* Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine, Valtera Perića 15, 71000 Sarajevo, e-mail: sahbaz.dzihanovic@ustavnisudfbih.ba

** Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine.

¹ Ustav Bosne i Hercegovine, Sarajevo, OHR, Office of the High Representative.

² Odluka o proglašenju Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine objavljeni su u „Službenim novinama Federacije BiH“ broj: 1/94 od 21. 7. 1994. godine.

³ Ibid, član II.6. Ljudska prava i slobode.

predmetima zahtjeva za ocjenu ustavnosti i po predloženim ustavnim pitanjima od strane kantonalnih sudova, a koji su obrazloženi navodnim povredama ustavnog prava na jednakost pred zakonom.

Ključne riječi: *ljudska prava i osnove slobode, jednakost pred zakonom, praksa ustavnog suda, sudska argumentacija, obrazloženje sudske presude.*

Uvodna razmatranja

Ustavi, kao najviši pravno-politički akti savremenih demokratskih i pravnih država, zasnivaju se na pravno-političkim konceptima vladavine prava koji obilježava sistem političke vlasti koja se temelji na poštovanju ustava, zakona i drugih propisa, u isto vrijeme i jednako, i od strane građana i od strane tijela državne vlasti, što u svojoj suštini znači da svi pravni propisi, kao i akti državnih i drugih tijela javne vlasti, moraju biti zasnovani na Ustavu, zakonu i drugim propisima.

Osim toga, ustav demokratske pravne države sadrži načelo ustavnosti i zakonitosti, prema kojem zakoni moraju biti u saglasnosti sa ustavom, a ostali propisi sa Ustavom i zakonom, kao i obavezu svakog da je dužan držati se Ustava, zakona i prava, a ustavne vrijednosti kao što su: sloboda čovjeka i građanina, jednakost pred zakonom, nacionalna ravnopravnost, socijalna pravda, poštovanje prava čovjeka i druge temeljne ustavne vrijednosti, predstavljaju osnove etičkog koncepta na kojem se zasniva ustav slobodne, demokratske i pravne države.

Zaštićene ustavne vrijednosti osnova su kroz koju, putem zaštite ustavnosti i zakonitosti, treba cijeniti svaku ustavnu, zakonsku i drugu opštu pravnu normu u njezinoj primjeni i tumačenju, pri čemu je važno naglasiti da se pri tom tumačenju ne može pristupiti na način da se iz jedinstvene ustavne cjeline i odnosa koji se njome uspostavljaju izvlači jedna odredba, koja se onda tumači zasebno i mehanički, neovisno o svim ostalim vrijednostima koje su ustavom kao takvim zaštićene.

Dakle, putem zaštite ustavnosti i zakonitosti vrši se najznačajnija interpretacija Ustava i osigurava vladavina prava koja se, kao takva, ne smije poistovjećivati samo sa zahtjevom za zakonitošću u postupanju državnih i drugih tijela vlasti, nego i u zahtjevu za ustavnošću i zakonitošću i vladavini po pravu koja, uz zahtjev za ustavnošću i zakonitošću, kao najvažnijem načelu svakog uređenog pravnog poretka, sadrži i dopunske zahtjeve koji

se tiču samih zakona i njihovog sadržaja. A to znači da u pravnom poretku zasnovanom na vladavini prava zakoni moraju biti opšti i jednaki za sve, a zakonske posljedice treba da budu izvjesne za one na koje će se primijeniti, one moraju biti primjerene legitimnim očekivanjima stranaka u svakom konkretnom slučaju u kojem se zakon na njih primjenjuje. Dakle, pravni propisi u demokratskom društvu moraju imati određen sadržaj primjeren demokratskom društvu kako bi služili zaštitu ljudskih prava i sloboda u odnosima građana i tijela državne vlasti.

U takvom konceptu vladavine prava, kojem bi trebalo da pripada i Bosna i Hercegovina, nezamjenjivu ulogu ima sistem institucija u kojem bi ustavni sudovi trebalo da predstavljaju vrhovne institucije pri konkretnoj zaštiti ustavnosti i zakonitosti i zaštiti ustavnih/ljudskih prava i osnovnih sloboda, i koji bi u rješavanju ustavnih sporova i sukoba, interpretacijom ustava i primjenom prava, trebalo sprečavati samovolju vlasti a i istovremeno se čuvati od opasnosti “juridizacije politike” i “politizacije ustavnog sudstva”.

Upravo iz razloga očigledne “juridizacije politike” i “politizacije ustavnog sudstva” pod formom zaštite ustavnosti, ukazala se potreba kritičkog promatranja dosadašnje prakse i postupanja Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u predmetima ocjenjivanja ustavnosti nekih propisa u Federaciji Bosne i Hercegovine, a posebno propisa donesenih u okviru prava i dužnosti jedinica lokalne samouprave kojima se uređuju komunalne takse i naknade, a kojima se, prema obrazloženjima podnosilaca takvih zahtjeva, navodno, povređuje ustavni princip jednakosti pred zakonom.

Kratak osvrt na ustavno sudstvo u Bosni i Hercegovini u vezi sa zaštitom ljudskih prava i osnovnih sloboda

Treba napomenuti da predmet našeg rada nije analiza postojećih ustava u Bosni i Hercegovini niti ocjena da li oni, kao takvi, predstavljaju najviše pravno-političke akte koji karakterišu ustave savremenih demokratskih država. Uz to, smatramo korisnim samo konstatovati da je Bosna i Hercegovina, prema vlastitom Ustavu, demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih demokratskih izbora, te da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prioritet nad svim drugim zakonima. Osim deklarativnog jamstva ljudskih prava i osnovnih sloboda, ustavna je obaveza Bosne i Hercegovine, svih sudova,

ustanova, organa vlasti, te organa kojima neposredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta, *da primjenjuju* ljudska prava i osnovne slobode iz člana II Ustava Bosne i Hercegovine, s tim da će Bosna i Hercegovina ostati ili postati strana ugovornica međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I ovog Ustava.

Primjena zajamčenih ljudskih prava i osnovnih sloboda, a posebno ustavnog prava na jednakost pred zakonom, svakako je, dakle, zadaća i ustavnog sudstva kao takvog, međutim, *zaštita ljudskih* prava i osnovnih sloboda u konkretnom ustavnopravnom poretku nije moguća bez jasne uloge i nadležnosti ustavnog suda da štiti ustavnost i zakonitost koji su temeljni elementi vladavine prava i pravne države.

Međutim, treba podsjetiti da samo Ustavni sud Bosne i Hercegovine (ali ne i ustavni sudovi u entitetima), ima tzv. apelacionu nadležnost ali samo u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, i to kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini, što znači da je u svojoj osnovi ostala neosigurana zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda čovjeka i građanina kao takvog, pred ustavnim sudovima u Bosni i Hercegovini.

S tim u vezi, nužno je podsjetiti da se u savremenim društvima pravni i politički principi ustavnost i zakonitost normativno izražavaju prije svega u ustavima, a ostvarivanje ovih principa mjeri se prema stepenu priznavanja ustavnopravnog i zakonskog sankcionisanja, garantovanja, zaštite i ostvarivanja ljudskih prava i osnovnih sloboda, i uslov su i pretpostavka razvoja i stabilnosti svakog društva. Radi se, dakle, o sistemu ustavnih normi koji obavezuje svakoga da se pridržava ustava, zakona, drugih propisa i opštih akata. Ustavno uređenje se temelji na vladavini prava i obavezi svakog da se pridržava ustava i zakona, a da zakoni, statuti, drugi propisi i opšti akti moraju biti u saglasnosti sa ustavom, a propisi i drugi opšti akti ne mogu biti u suprotnosti sa zakonom.

Ove opšte ustavne principe ustavnosti i zakonitosti, u pravnoj državi koja počiva na vladavini prava i zakona, obezbjeđuje i štiti ustavni sud, čija se nadležnost propisuje ustavom i ne može se mijenjati zakonom.

Dakle, u pravnoj državi, ustavni sud kao svoju osnovnu funkciju ima zaštitu ustavnosti i zakonitosti i zaštitu ustavnih prava i osnovnih sloboda, dok je pristup ustavnom sudu osiguran bez ograničenja, uključujući posebno građanina kao pojedinca, društvene i druge organizacije i zajednice, te postupanje ustavnog suda prema vlastitoj procjeni u svrhu zaštite ustavnosti i zakonitosti.

Prema postojećim ustavnim određenjima, u dejtonskoj Bosni i Hercegovini ustavno sudstvo čine Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine i Ustavni sud Republike Srpske, koji su međusobno nezavisni, sa različitim ustavnim položajem i nadležnostima, dejstvom i funkcijama ustavnih sudova, različitim postupcima i značajem i primjenom odluka ustavnog suda, a posebno, sa različitim pristupom ustavnom sudu.

Ustavom Bosne i Hercegovine je uspostavljen Ustavni sud Bosne i Hercegovine, u čijoj osnovnoj nadležnosti je rješavanje sporova, a nadležnost u vezi sa zaštitom ustavnosti u osnovi je svedena na pravo Suda da odlučuje o tome da li je ustav entiteta ili zakon jednog entiteta u skladu sa Ustavom BiH, dok ovaj Sud nije nadležan za zaštitu zakonitosti.⁴

Postoji apelaciona jurisdikcija ovog suda u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini kao i u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda, te nadležnosti u odnosu na neka druga manje važna pitanja koja ne spadaju u osnovnu funkciju ustavnog suda kao takvog.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine, dakle, nema punu jurisdikciju i nije nadležan da štiti ustavnost i zakonitost kao takvu i kao svoju osnovu funkciju; nije nadležan da odlučuje o saglasnosti propisa i opštih akata sa zakonom; nije nadležan da rješava sukob nadležnosti između organa zakonodavne, izvršne i sudske vlasti; nije nadležan da odlučuje o saglasnosti programa, statuta i drugih opštih akata političkih organizacija sa Ustavom i zakonom, niti je, prema tome, u mogućnosti da štiti ustavnost i zakonitost kao osnovne postulate pravne države.

Osim toga, Ustavni sud Bosne i Hercegovine nije nadležan i ne prati pojave od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti, niti je nadležan da o tome obavještava najviše organe Bosne i Hercegovine o stanju i problemima u toj oblasti i da daje mišljenja i prijedloge za donošenje zakona i preduzimanje drugih mjera radi obezbjeđenja ustavnosti i zakonitosti i zaštite sloboda i prava građana, organizacija i zajednica.

⁴ Ibid, Ustavni sud, član VI.3.

Pristup Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine u vezi sa rješavanjem sporova omogućen je samo i isključivo određenim subjektima – nosiocima izvršne i zakonodavne vlasti Bosne i Hercegovine odnosno zakonodavnim organima entiteta, a u pogledu apelacione nadležnosti, samo u određenim pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmetom spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

Ne postoji Zakon o Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine niti Zakon o postupku pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine, pa je sam Sud, koristeći se ovlaštenjima iz člana VI/2.b) Ustava BiH, donio Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine⁵ prema kojima nijedan organ vlasti u Bosni i Hercegovini ne može donositi zakone, druge propise i opšte akte koji se tiču rada Ustavnog suda i njegove uloge utvrđene Ustavom!

Dakle, ako imamo tako strukturiran Ustav Bosne i Hercegovine i takav ustavni položaj i nadležnosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, i ako ustavnost i zakonitost nisu sadržani u Ustavu Bosne i Hercegovine, nužno se postavlja pitanje kako Bosna i Hercegovina, kao međunarodnopravni subjekt, može na jednak način štititi jednaka ustavna prava i osnovne slobode na cijelom teritoriju Bosne i Hercegovine. Zapravo, kako je moguće u tako dezintegrisanom pravnom poretku osigurati ustavne principe na kojima se temelji pravna država u kojoj postoji hijerarhija domaćih i međunarodnih opštih pravnih akata, obaveza objavljivanja zakona i drugih opštih akata i zabrana njihovog povratnog dejstva, zakonitost uprave, javnost rada kao i jezik postupka, zapravo, mora se postaviti pitanje na koji način se ostvaruje vladavina prava i štite jednaka ljudska prava i osnovne slobode kao obaveza države ako se Ustavom izričito ne propisuje da je Ustav najviši pravni akt zemlje, a svi zakoni i drugi propisi i opšti akti moraju biti u saglasnosti sa ustavom i zakonom.

Na isti način, Ustav Federacije Bosne i Hercegovine sadrži odredbe o ljudskim pravima i osnovnim slobodama⁶ prema kojem se načela, prava i slobode utvrđeni u članu II Ustava Bosne i Hercegovine primjenjuju na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine, s tim da će Federacija osigurati primjenu najvišeg nivoa međunarodno priznatih prava i sloboda utvrđenih u dokumentima navedenim u Aneksu ovog Ustava, a posebno, katalog zajamčenih ustavnih prava, među ostalima, i obavezu da sve osobe na teritoriji Federacije uživaju i prava na jednakost pred zakonom.⁷

⁵ „Službeni glasnik BiH“ broj: 60/05.

⁶ Ibid, Odjeljak II. Ljudska prava i osnovne slobode.

⁷ Ibid, Odjeljak II. član 2.(1) i (2).

Jednako kao i u Ustavu Bosne i Hercegovine, dijametralno suprotno zajamčenim ljudskim pravima i osnovnim slobodama, ni u Ustavu Federacije se normativno ne izražavaju vladavina prava i ne garantuje se ostvarivanje i zaštita principa ustavnosti i zakonitosti koji obavezuju svakoga da se pridržava ustava, zakona, drugih propisa i opštih akata, a čiju zaštitu treba da obezbjeđuje Ustavni sud Federacije.

S druge strane, u stvarnosti, Federacija Bosne i Hercegovine funkcioniра po sistemu egzaktnе podjele nadležnosti između federalne i kantonalne vlasti, sa opštinama i gradovima i njihovim položajem i nadležnostima u skladu sa Ustavom i zakonom, i u kojoj svaki nivo vlasti ne samo što *de iure* predstavlja, nego i u životu funkcioniра kao zasebna, samodovoljna i samostalna cjelina, sa svojim shvatanjima i odnosima prema ustavnosti i zakonitosti, vladavini prava i zakona i zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, dok se zahtjevi Ustavnom sudu Federacije za zaštitu ustavnosti nerijetko manifestuju i podvoде pod zaštitu ustavnog prava na jednakost pred zakonom, što se sve prelama i preko neadekvatnog ustavnog položaja i neadekvatne nadležnosti Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine.

Naime, Ustavom Federacije uspostavljen je Ustavni sud⁸ koji nije osnovni nosilac zaštite Ustava i ustavnosti i zakonitosti, nego Sud čija je osnovna funkcija rješavanje sporova, djelimična zaštita ustavnosti, osiguranje zaštite prava na lokalnu samoupravu, te odlučivanje o ustavnim pitanjima koja mu predoči Vrhovni sud ili neki kantonalni sud, kao i neka, sa stanovišta zaštite ustavnosti i zakonitosti, manje važna pitanja, kao što su odlučivanje o smjeni predsjednika odnosno potpredsjednika Federacije, o pitanjima imuniteta, davanje mišljenja i sl., dok je pristup Ustavnom sudu ograničen samo na nosioce javnih funkcija, odnosno vlasti čiji propisi odnosno sporovi su već bili, ili mogu biti, predmetom rješavanja, odnosno ocjene ustavnosti.

Za razliku od Ustava Bosne i Hercegovine i Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, Ustav Republike Srpske,⁹ koji je donesen 1992. godine, sa karakteristikama ustavnopravnog akta i u formalnom i u materijalnom smislu, predstavlja najviši pravni akt kojim se uređuje društveno i ekonomsko uređenje ovog entiteta i državna organizacija, i sadrži hijerarhijski usklađen i cjelovito postavljen pravni poredak koji odgovara biću pravne države, sa poglavljem o ljudskim pravima i slobodama, kao i posebnim poglavljem o ustavnosti i zakonitosti i vladavini prava kao i o instrumentima ostvarivanja vladavine prava.

⁸ Ibid, vidi član IV.C.3. Ustava Federacije BiH.

⁹ Ustav Republike Srpske, Neslužbeni prečišćeni tekst, uključeni amandmani I–CXIII s komentarom. Autori: prof. dr Miodrag Simović, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, i doc. dr Mile Dmičić, sekretar Ustavnog suda Republike Srpske, Banja Luka, mart 2004. godine.

U vezi sa zaštitom i ostvarivanjem ustavnosti i zakonitosti, nužno je konstatovati da je u Republici Srpskoj prihvaćeno da je “princip ustavnosti prevashodno pravni, pa tek onda politički princip, kao što je i ustav pravno-politički akt. Princip ustavnosti, kao pravni princip, ostvaruje se zahtjevom za saglasnošću sa ustavom svih pravnih (pa djelimično i političkih) akata nižih od njega (a u stvari svi su niži), jer, kako je već naglašeno, on je najviši pravni akt, sa najvišom pravnom snagom. To u osnovi znači da zakoni i niži pravni akti, kao i u krajnjoj liniji materijalne radnje, moraju biti u skladu sa ustavom¹⁰.”

Ustavom Republike Srpske ustanovljen je Ustavni sud pune ustavnosudske jurisdikcije koji čuva supremaciju Ustava nad ostalim aktima, i kojem, osim ovlaštenih nosilaca javnih funkcija kao i organa vlasti i drugih subjekata koji *ex lege* mogu pokrenuti postupak, svako može dati inicijativu za pokretanje postupka pred Ustavnim sudom za ocjenu ustavnosti i zakonitosti, s tim da Sud i sam može pokrenuti postupak za ocjenjivanje ustavnosti i zakonitosti.

O pravnoj prirodi i sadržaju ustavnog načela jednakosti pred zakonom

Kao što smo već rekli, Ustav Federacije Bosne i Hercegovine obavezuje Federaciju da svim osobama na teritoriji Federacije osigura primjenu najvišeg nivoa međunarodno priznatih prava i sloboda navedenih u Aneksu, a posebno, između ostalih, i pravo na jednakost pred zakonom, što znači da su svi državljani Bosne i Hercegovine / entiteta i stranci jednaki pred sudovima, državnim i drugim tijelima koja imaju javna ovlaštenja.

U postupku zaštite ustavnog principa jednakosti pred zakonom, što u suštini znači zabranu diskriminacije, mora se voditi računa o pravnoj prirodi i sadržaju ovog prava i o formalnopravnom i materijalnopravnom aspektu ovog načela.

Naime, princip jednakosti pred zakonom u formalnopravnom smislu može biti povrijeđen ako stranke u postupku koji je prethodio donošenju osporavane odluke/akta, nisu imale ravnopravan položaj u smislu poštovanja njihovih procesnih prava koja omogućuju ravnopravno sudjelovanje stranaka u postupku (pravedno suđenje, saslušanje stranke, omogućavanje iznošenja činjenica, prijedloga i dokaza, izjašnjavanje nadležnog tijela o navodima

¹⁰ Ustavni sud Republike Srpske i zaštita ustavnosti i zakonitosti, prof. dr Rajko Kuzmanović i prof. dr Miodrag Simović, Banja Luka 1999.

stranaka važnim za odlučivanje, obrazlaganje pojedinačne odluke/akta, uskraćivanje prava na prigovor ili žalbu i sl.).

U materijalnom pravnom smislu, princip jednakosti pred zakonom može biti povrijeđen ako sudovi, državna i druga tijela koja imaju javna ovlaštenja, u jednakim slučajevima nejednako sude odnosno odlučuju. Ovaj princip će, dakle, biti povrijeđen ako se u osporavanoj presudi odnosno aktu bez razumnih ili ikakvih razloga odstupilo od ustaljene prakse, odnosno, ako se radi o aktu koji niti sa jednog mogućeg stanovišta nije pravno prihvatljiv, a posebno ako nije uzet u obzir odgovarajući propis ili je odgovarajući propis grubo pogrešno shvaćen i primijenjen, u mjeri koja upućuje na zaključak da je pojedinačna presuda ili akt donesen samovoljno.¹¹

Ako je to tako, postavlja se pitanje može li se ustavno pravo na jednakost pred zakonom štititi zahtjevima za ocjenu ustavnosti u postupku apstraktne kontrole ustavnosti pred ustavnim sudom kao takvim, a da o zaštiti tog prava, u prethodnom, konkretnom postupku koji je prethodio donošenju osporavane odluke ili akta, nisu odlučivali nadležni sudovi, državni organi ili druga tijela koja imaju javna ovlaštenja.

Ustavni princip jednakosti pred zakonom u praksi Ustavnog suda Federacije po zahtjevima za ocjenu ustavnosti i po predočenim ustavnim pitanjima od strane kantonalnih sudova

Pokretanje postupaka za ocjenu ustavnosti, prema dosadašnjem iskustvu, posebno u oblasti propisivanja komunalnih taksi, naknada i poreza iz nadležnosti kantona odnosno lokalne samouprave, a prema obrazloženjima takvih zahtjeva, često zavisi od motiva i volje pojedinaca, odnosno nosilaca pojedinih nivoa vlasti u Federaciji BiH, i nerijetko korespondira sa različitim drugim interesima i odnosima u Federaciji BiH, ali ne i stvarnoj potrebi i obavezi jednake zaštite ustavnosti i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda.

U periodu od juna 2006. do marta 2017. godine, Ustavni sud Federacije je odlučivao u 52 predmeta po predočenim ustavnim pitanjima i o zahtjevima kantonalnih sudova za ocjenom ustavnosti odluka o komunalnim taksama u dijelu koji se odnosi na tarifu i tarifne brojeve opštinskih komunalnih taksi i donio je isto toliko presuda.¹²

¹¹ Šire, vidi Odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III-1505/01 od 4. 10. 2001. godine., Informator, broj 5036, Zagreb, juna 2002.

¹² Referat o opravdanosti promjene ranijeg stajališta Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u vezi sa pravom jedinica lokalne samouprave i kantona, da svojim aktima propisuju komunalne takse/

U istom periodu, u još tri predmeta, Ustavni sud je odlučivao i o saglasnosti sa Ustavom Federacije kantonalnih zakona o komunalnim taksama, o čemu je donio tri presude.

U svim predmetima zahtjeva za ocjenom ustavnosti odluka o komunalnim taksama, radilo se o osporavanju zakonitosti pojedinačnih rješenja Federalnog ministarstva finansija Sarajevo kao drugostepenog upravnog organa, u upravnom sporu pred kantonalnim kao nadležnim sudom, u upravnoj stvari razreza godišnje obaveze plaćanja komunalnih taksi na istaknutu firmu, odnosno, naknada za instaliranje tehničkih uređaja mobilne telefonije.

U postupcima u upravnom sporu pred kantonalnim sudom, tužitelji (pravna ili fizička lica) su, osporavajući zakonitost tih rješenja, istovremeno od kantonalnog suda tražili da se pred Ustavnim sudom Federacije postavi pitanje ustavnosti opštinskih odluka o komunalnim taksama, a kantonalni sudovi su, nekritički i mimo svoje nadležnosti, pozivajući se na član II.2.(1) c) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, i bez prethodnog upuštanja u meritum i nadležno rješavanje upravnog spora, Ustavnom sudu Federacije praktično delegirali takve zahtjeve tužitelja, iako su znali ili su morali znati da se u svakom konkretnom slučaju radilo o podzakonskim aktima a ne o odgovarajućim zakonima od kojih zavisi rješenje konkretne upravne stvari, kako to propisuje Ustav Federacije Bosne i Hercegovine¹³, te da su u konkretnom upravnom sporu, primjenom relevantnog materijalnog prava i u skladu sa Zakonom o upravnim sporovima¹⁴, koji predstavlja posebnu vrstu sudske kontrole nad radom organa uprava, i koji kao takav ima svoja formalna i materijalna obilježja, kantonalni sudovi bili dužni odlučiti o zakonitosti rješenja kao pojedinačnog upravnog akta koji je donesen na osnovu propisa iz nadležnosti opštine kao jedinice lokalne samouprave.

U ostalih nekoliko predmeta, pitanje ustavnosti kantonalnih zakona o komunalnim taksama Ustavnom sudu su postavljali drugi, ovaj puta ovlašteni podnosioci zahtjeva za ocjenu ustavnosti, osporavajući ih iz istih razloga kao i opštinske odluke o komunalnim taksama i sa istim obrazloženjima da su navedeni propisi o komunalnim taksama, u dijelu koji sadrži tarife i tarifne brojeve komunalnih taksa, kao kriterij visine takse, uzimali djelatnost pravnog odnosno fizičkog lica kao obveznika plaćanja taksa, te da uzimanje naknade i poreze u okviru svoje nadležnosti, u svjetlu opšteg ustavnog načela da sve osobe na teritoriju Federacije uživaju prava na jednakost pred zakonom. Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo 5. 1. 2018. godine.

¹³ Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, član IV.C.3.11.

¹⁴ „Službene novine Federacije BiH“ broj: 11/05

tog kriterija, navodno, nije u saglasnosti s Ustavom Federacije – opštim principom jednakosti pred zakonom.

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine se, odlučujući o navedenom, a prenebregavajući svoje ustavne nadležnosti, pravnu prirodu ustavnog načela jednakosti pred zakonom, kao i ustavni i zakonski okvir komunalnih taksa u Bosni i Hercegovini u cjelini, posebno u Federaciji Bosne i Hercegovine i kantonima,¹⁵ ali i zakonsko uređenje komunalnih taksa u Republici Srpskoj,¹⁶ upuštao u odlučivanje o takvim zahtjevima te je u svim takvim predmetima donio izrekom istovjetne presude kao npr.: „Utvrđuje se da Odluka o opštinskim komunalnim taksama (‘Službene novine Opštine (...), u dijelu koji se odnosi na tarifu opštinskih komunalnih taksi – tarifni broj (...), nije u saglasnosti sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine’. Presudu objaviti u ‘Službenim novinama Federacije BiH’ i ‘Službenim novinama Opštine’ (...).“¹⁷ Iste odluke Suda sa istim obrazloženjima donesene su i u odnosu na osporavane kantonalne zakone o komunalnim taksama.

Prema esencijalnim dijelovima obrazloženja navedenih, i svih takvih presuda ponavlja se jedna jedina sentenca prema kojoj: „(...) Ustavni sud Federacije, pri odlučivanju o predočenom ustavnom pitanju, pošao je od odredbi člana II.A.2.(1)c) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine kojim je propisano da sve osobe na teritoriji Federacije uživaju pravo na jednakost pred zakonom. Isto tako, utvrđeno je da prema Amandmanu VIII.d) na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, u isključivoj nadležnosti Federacije je donošenje propisa o finansijama i finansijskim institucijama Federacije i fiskalna politika Federacije, (...) a kojim je također propisano *učestće*¹⁸ jedinice lokalne samouprave u ostalim javnim prihodima (član 13 stav 1 tačka c) citiranog Zakona), te da se istim članom propisuju *ovlaštenja*¹⁹ opštinskih vijeća da donesu propise kojim se uređuje visina naknade na temelju korištenja i uređenja zemljišta, kao i visina drugih naknada, novčanih kazni i taksi u njihovoj nadležnosti“.

Iz citiranog je očigledno da je obrazloženje ovakvih odluka u svojoj esenciji kontradiktorno jer ne razlikuje učestće jedinice lokalne samouprave

¹⁵ Zakon o komunalnim taksama SR Bosne i Hercegovine, „Službeni list SR BiH“ broj: 21/77, 35/88 i 26/89; kantonalni zakoni i komunalnim taksama: „Službene novine Kantona Sarajevo“ broj: 14/2006. do 36/2012; „Službene novine Bosansko-podrinjskog kantona Goražde“ broj: 16/2011; 15/14 i 5/17; „Narodne novine Posavskog kantona“ broj: 4/2009; „Službene novine Srednjobosanskog kantona“ broj: 2/12 i 5/14.

¹⁶ Zakon o komunalnim taksama, „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj: 4/2012.

¹⁷ Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine, U-1/06, od 9. 6. 2006. godine.

¹⁸ Podvukao autor rada.

¹⁹ Ibid.

u ostalim javnim приходима Federacije, i ustavna ali i zakonska ovlaštenja opštinskih vijeća da donesu propise za koje su nadležni, uključujući i propise o visini drugih naknada i taksi koje im kao takve pripadaju. Osim toga, Ustavni sud u svim svojim obrazloženjima ovih odluka ponavlja da je opštinsko vijeće (...) „u osporenom tarifnom broju odluke o komunalnim taksama, kao jedini kriterij za određivanje visine takse utvrdilo izvjesnu djelatnost ili zanimanje koju obavlja određena pravna ili fizička osoba, a što je već u brojnim presudama ovog Suda jasno označeno kao neustavno“. Međutim, za takav stav, Sud ne daje niti navodi nikakve ustavnopravne činjenice i razloge na osnovu kojih ustavnopravnih određenja i standarda je došao do zaključaka da djelatnost pravnog ili fizičkog lica ne može biti kriterij za određivanje visine komunalne takse ili naknade, pa je ostalo nejasno kako se to propisivanjem djelatnosti za određivanje visine komunalne takse povređuje ustavni princip na jednakost pred zakonom. Zapravo, kako je moguće ustavni princip jednakosti pred zakonom tumačiti na način da i inače nejednaki među sobom moraju biti jednaki, odnosno, kako je moguće da Ustavni sud Federacije BiH svojim takvim odlukama i obrazloženjima, u ime jednakosti pred zakonom, promovira diskriminaciju, odnosno nejednakosti među i inače jednakima, te na osnovu kojeg prava, time istovremeno, derogira ustavnu i zakonsku nadležnost i položaj grada i opštine kao jedinice lokalne samouprave u okviru pravnog poretka u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Kako je Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine, odlučujući na takav način većinom glasova, i bez meritorne rasprave, ostao kod svoje dosadašnje prakse u predmetima ocjene ustavnosti po predočenim ustavnim pitanjima kantonalnih sudova na naprijed predočeni način, kao i u predmetima zahtjeva ovlaštenih subjekata za pokretanje postupka ocjene ustavnosti,²⁰ a koji se obrazlažu razlozima povrede ustavnog prava na jednakost pred zakonom, to se nastavlja podnošenje zahtjeva za ocjenu ustavnosti opštinskih odluka o komunalnim taksama, pozivajući se na povredu ustavnog načela jednakosti pred zakonom.

Na primjer, prema jednom od niza takvih zahtjeva, ovlašteni podnosilac zahtjeva za ocjenu ustavnosti navodi da je Opštinsko vijeće Opštine (...) donijelo odluku kojom se utvrđuje obaveza plaćanja komunalne takse za korištenje uređaja u svrhu pružanja internet usluga – instaliranja bežičnog

²⁰ Vidi, Zapisnik sa 267 sjednice Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine od 2. 2. 2018. godine, prema kojem: Ustavni sud većinom glasova, i bez meritorne rasprave, utvrđuje da nema potrebe promjene stava Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u vezi sa pravom jedinica lokalne samouprave i kantona da svojim aktima propisuju komunalne takse/komunalne naknade i poreze u okviru svoje nadležnosti u svjetlu opšteg ustavnog načela jednakosti pred zakonom.

interneta, odnosno utvrđuje se obaveza plaćanja komunalne takse za pružanje usluga mobilne telefonije, odnosno plaćanje istih na bazne stanice, mikrobazne stanice, predajnike, antene i stubove, te da ista odluka direktno obavezuje samo društva koja se bave određenom vrstom djelatnosti pružanja telekomunikacijskih usluga, između ostalih BH Telecom d.d. Sarajevo i JP HT Eronet d.d. Mostar, kao društva koja su u većinskom vlasništvu Vlade Federacije Bosne i Hercegovine.

Zaključuje da je predmetnom odlukom kao kriterij za utvrđivanje takse uzeta djelatnost koju pravno ili fizičko lice obavlja, što svakako nije u skladu sa odredbama člana II.A.2 (1) c) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, koji propisuje da sva lica uživaju prava na jednakost pred zakonom, te se poziva na više presuda Ustavnog suda Federacije (U-31/07 od 27. 5. 2009; U-5/09 od 13. 10. 2009; U-12/11 od 4. 10. 2011; U-36/12 od 26. 2. 2013. i U-32/15 od 18. 5. 2016) i stavove u tim presudama, gdje je jasno utvrđeno da je u suprotnosti sa Ustavom Federacije BiH propisivati vrstu djelatnosti kao relevantan kriterij za propisivanje takse, a kao daljnje razloge osporavanja predmetne odluke navodi da su telekom operateri društva koja su u većinskom vlasništvu Vlade Federacije Bosne i Hercegovine, privredna društva od državnog interesa, da se radi o društveno odgovornim kompanijama koja već podržavaju sport, kulturu, socijalnu i humanitarnu djelatnost na prostoru BiH kao i da svake godine izdvajaju preko stotinu hiljada KM samo na području (...) kantona, kao i da izdvajaju milionska sredstva u budžet Federacije Bosne i Hercegovine putem plaćanja licenci za rad Regulatornoj agenciji za komunikacije (cca 10.500,000,00 KM na godišnjem nivou) koja se raspoređuju po svim nivoima vlasti, da Regulatorna agencija nameće obavezu pokrivenosti teritorije i razvoj svoje GSM usluge za 80%, tako da i sa tog aspekta nije opravdano nametati dodatne obaveze u vidu komunalnih taksi, naročito što bi to podrazumijevalo duplo plaćanje istih obaveza, te da se ogromna finansijska sredstva izdvajaju za plaćanje ovakvo utvrđenih komunalnih taksi, što dovodi u pitanje isplativost infrastrukture za pružanje mobilnih usluga na teritoriju Livanjskog kantona s obzirom na to da su troškovi veći od prihoda koji se ostvaruju. Ponavlja da bi u tom slučaju dalji tehnološki napredak u pogledu mobilne telefonije bio značajno ugrožen, te bi čak moglo doći do pada kvaliteta usluga zbog eventualne redukcije broja baznih stanica.

Konačno, podnositelj zahtjeva predlaže da Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine u smislu člana 29 Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 06/95 i 37/03) i člana 39 stav 2 Poslovnika Ustavnog suda Federacije

Bosne i Hercegovine, donese presudu kojom će utvrditi da osporene odredbe odluke nisu u saglasnosti sa članom II.2.(1) c) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.

U odgovoru opštine (...) se navodi da je osporenom odlukom utvrđeno da se komunalna taksa plaća za korištenje uređaja za pružanje usluga mobilne telefonije, a članom VI.4.b) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine propisano je da Opštinsko vijeće usvaja opštinski budžet i donosi propise o oporezivanju, kao i da na druge načine osigurava potrebno finansiranje koje nisu osigurali kantonalna i federalna vlast. Pored toga, navodi se da je članom 13 Zakona o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 22/06, 43/08, 22/09, 35/14 i 94/15), propisano da jedinici lokalne samouprave pripadaju javni prihodi, naknade i takse u skladu sa propisima ovih jedinica, te drugi prihodi predviđeni zakonom i drugim propisima Federacije, kantona i ovih jedinica lokalne samouprave, a da su, prema navedenoj odluci, svi mobilni operateri u jednakom položaju iako se u zahtjevu podnosioca spominju samo dva operatera i to BH Telekom i JP HT Mostar, te im je isti položaj pri utvrđivanju visine naknadne komunalne takse. Svi, pa i navedeni mobilni operateri, pružaju svoje usluge koje naplaćuju od krajnjih potrošača kroz mjesečne naknade, a prihodi od komunalne takse su, prema postojećoj zakonskoj regulativi, prihodi Opštine Bosansko Grahovo. Zahtjev za ocjenu ustavnosti smatraju neosnovanim.

U vezi s navedenim zahtjevom, nesumnjivo bi bilo potrebno prethodno odgovoriti na nekoliko ključnih ustavnopravnih pitanja:

1. Da li postoje ustavne pretpostavke da u takvim slučajevima premijer Federacije Bosne i Hercegovine podnosi zahtjev za ocjenu ustavnosti nekog predloženog ili usvojenog propisa koji je donijelo neko tijelo kantonalne, gradske ili opštinske vlasti?

Odgovor je nesumnjivo: ne postoje ustavne pretpostavke da premijer Federacije zahtijeva od Ustavnog suda da utvrđuje da li je neki predloženi ili usvojeni propis koje je donijelo neko tijelo kantonalne, gradske ili opštinske vlasti u skladu sa ovim Ustavom jer je članom IV.C.3.10.d) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine propisano (...) da Ustavni sud: na zahtjev premijera (kantona, malo “p”²¹) ili kantona, utvrđuje da li neki predloženi ili usvojeni propis koje je donijelo neko tijelo kantonalne, gradske i opštinske vlasti u skladu s ovim ustavom;

2. Da li postoje sadržinski razlozi za postupanje po zahtjevu takvog podnosioca?

²¹ Napomena autora.

Odgovor je nesumnjivo: Ne postoje sadržinski razlozi jer se zahtjev Premijera Federacije za ocjenu ustavnosti određenih odredaba Odluke o komunalnim taksama i tarifi komunalnih taksi Opštine Bosansko Grahovo, podvodi pod zahtjev za apstraktnu kontrolu / zaštitu ustavnosti, ali se obrazlaže i dovodi u vezu sa navodnom povredom člana II.A.2.(1) c) Ustava Federacije – ustavnim principom jednakosti pred zakonom, načelom sadržanim u Odjeljku Ustava Federacije – Ljudska prava i osnovne slobode.

Slijedom navedenog, zaštita ustavnog prava na jednakost pred zakonom ne može se tražiti zahtjevima za ocjenu ustavnosti ovlaštenih podnosilaca iz člana 10 stav (1) a); b); c); d); e); i f). i stav (2) a); b), c), i d), te stava (3) zahtjevom za zaštitu prava na lokalnu samoupravu, kao i u slučaju iz stava (4) u vezi sa članom 11 Ustava Federacije, predočavanjem ustavnih pitanja od strane kantonalnih sudova u Federaciji BiH.

Na zaštitu nekog prava u skladu sa ustavnim principom jednakosti pred zakonom, u konkretnom slučaju, samo i isključivo se može pozivati stranka u postupcima sudske i druge pravne zaštite u kojima fizička ili pravna lica, ostvarujući svoja pojedinačna prava ili obaveze, imaju pravo na jednaku zaštitu pred sudom i drugim tijelima vlasti.

Osim navedenog, u konkretnom slučaju, nije bilo nikakog sudskog ili upravnog ili drugog postupka, i ničija procesna prava, a posebno procesna prava Vlade Federacije, BH Telecoma Sarajevo i HT Eroneta Mostar na jednakost pred zakonom, nisu mogla biti povrijeđena.

Pri tome, posebno treba uzeti u obzir da se pod navodnom zaštitom ustavnog načela jednakosti pred zakonom, takvim zahtjevom za ocjenom ustavnosti izdvajaju samo JP BH Telecom d.d. Sarajevo i JP HT Eronet d.d. Mostar koji su, prema Zakonu o telekomunikacijama Bosne i Hercegovine, samo dva od četrnaest privrednih subjekata – pravnih lica koja se na osnovu dozvole nadležnog regulatornog državnog tijela bave, u skladu sa svojim statutima, osim nizom drugih, i djelatnostima telekom operatora na relevantnom tržištu Federacije/BiH,²² i da su prema relevantnom pravnom okviru u Bosni/Federaciji Bosne i Hercegovine, privredni i pravni subjekti koji posluju i treba da posluju na jedinstvenom, relevantnom BiH/Federacije tržištu i u skladu sa relevantnim pravnim okvirom, pod jednakim uslovima i na koje se bez iznimke odnosi i primjenjuje Zakon o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br.: 48/05, 76/07 i 80/09), kojim se uređuju pravila, mjere i postupci zaštite konkurencije, i koji se također primjenjuje na sva pravna i

²² Vidi, Statut JP BH Telecom d.d. Sarajevo, februar 2016. godine, i Statut JP HT Eronet d.d. Mostar, Mostar Travanj 2009. godine.

fizička lica na tržištu Bosne i Hercegovine, bez obzira na oblik vlasništva, sjedište i prebivalište, na tržištu Federacije BiH/BiH, te da bez obzira na njihov status javnih preduzeća samo iz razloga većinskog vlasništva kapitala od strane Vlade Federacije, ne mogu imati privilegovan položaj na relevantnom tržištu, niti se oni sami mogu ponašati na način koji ima za cilj sprečavanje, ograničavanje i narušavanje tržišne konkurencije, niti mogu donositi bilo koje mjere ili provoditi aktivnosti koje bi bile u koliziji sa zabranjenim konkurencijskim djelovanjima.

Pri tome, treba konstatovati da su navedena dva javna preduzeća iz Federacije BiH, uz Telekomunikacije RS a.d. Banja Luka (Telekom Srpske) za dio registrovane njihove djelatnosti u oblasti telekomunikacija, korisnici dozvola za obavljanje djelatnosti fiksnih javnih telefonskih usluga koje izdaje nadležna Regulatorna agencija Bosne i Hercegovine.²³

Međutim, isto tako treba konstatovati da, osim navedenih operatora koji posjeduju dozvolu javnog operatora fiksne telefonije kao i dozvolu za obavljanje djelatnosti davaoca fiksnih javnih telefonskih usluga, na relevantnom tržištu BiH/Federacije, *ima još 12 kompanija – operatora* (devet iz Federacije i tri iz Republike Srpske), ali da samo ta tri navedena operatora koja, osim što su javna preduzeća, imaju i dominantan položaj na tržištu fiksne telefonije u područjima pokrivenim njihovom fiksnom mrežom do 2006. godine, kada se sklapaju prvi interkonekcijski ugovori sa novim operatorima pružaocima javnih fiksnih telefonskih usluga.

Pored toga, u oblasti mobilne komunikacije, u Bosni i Hercegovini postoje također tri operatora koji posjeduju dozvole za pružanje GSM/UMTS usluga, i to: JP BH Telecom d.d. Sarajevo, JP Hrvatske Telekomunikacije d.d. Mostar i Telekomunikacije RS a.d. Banja Luka (Telekom Srpske), ali i *da isto tako postoje registrovani i drugi pružaoci mobilnih telefonskih usluga* koji djeluju preko komercijalnih ugovora sa nosiocima GSM/UMTS dozvola (BH Telecom, HT Mostar i Telekom Srpske).

S obzirom na navedeno, prihvatanje zahtjeva za ocjenu ustavnosti i u konkretnom i drugim istim slučajevima, i donošenje ustavnosudske odluke u skladu sa dosadašnjom praksom Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, nesumnjivo bi značilo postupanje mimo Ustava i nadležnosti Ustavnog suda Federacije BiH, ali i neprihvatljivo sadržinsko tumačenje jednakosti pred zakonom kao takvom, koje bi, u konkretnom slučaju, imalo za posljedicu izdvajanje samo dva telekom operatera iz reda svih drugih i

²³ Vidi Izvještaj RAK-a BiH za 2016. godinu. Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine.

jednakih u pogledu njihove djelatnosti, a na koje se odnosi osporena Odluka o komunalnim taksama, odnosno, svi drugi telekom operateri ne samo u Federaciji Bosne i Hercegovine, nego i u Bosni i Hercegovini, u odnosu na dva navedena i privilegovana, bili bi diskriminirani i nejednaki pred zakonom, što znači diskriminaciju kao suštu suprotnost ustavnom načelu jednakosti pred zakonom.

Zaključak

Ustavno načelo jednakost pred zakonom, ili opšta zabrana diskriminacije, sadržana je i u opštoj ustavnoj i zakonskoj zabrani diskriminacije po bilo kom osnovu u Ustavu Bosne i Hercegovine, ustavima entiteta i kantona i u Statutu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine kao konstitutivnim aktima koji čine jedinstveni ustavnopravni poredak u Bosni i Hercegovini a svoju razradu nalazi u pravilima i procedurama krivičnog, upravnog, građanskog kao i svih drugih, i posebnih postupaka utvrđenih relevantnim zakonima u Bosni i Hercegovini, kojima se svakome (svim državljanima Bosne i Hercegovine i strancima koji su pod jurisdikcijom Bosne i Hercegovine), jamči jednaka pravna zaštita u postupku pred sudovima, državnim, upravnim organima i drugim državnim tijelima koja imaju javna ovlaštenja.

To dalje znači da ustavno načelo jednakosti pred zakonom može biti povrijeđeno kad nadležni sud ili državni organ ili drugo tijelo javne vlasti, ne donese odluku na osnovu odgovarajućih propisa o postupku i o samom pravu, pri čemu je nužno naglasiti da se ustavno načelo jednakosti pred zakonom ne može cijeniti izvan konteksta vladavine prava i pravne države.

Prema ustavnopravnom okviru u Bosni i Hercegovini, koja je uz to i u procesu stabilizacije i pridruživanja EU, ustavno načelo jednakosti pred zakonom jednako treba da pripada materijalnoj kao i formalnoj strani vladavine prava, u kome se vladavina prava javlja kao suštinska za djelotvornost pravnog poretka i svodi se na formalno regulisanje pravila u propisima, ne uzimajući u obzir sadržaj propisa, a svoje ishodište nalazi u pravu pravila, prema kojima pojedinci (fizička i pravna lica) moraju biti u mogućnosti znati unaprijed koja su pravila napisana kako bi mogli svoje ponašanje uskladiti s njima, ona dakle, moraju biti predvidljiva i sigurnost za pravne sudionike u nekom postupku, što treba da znači da vladavina prava nije samo vladavina zakona, već vladavina prava po pravu koja, uz zahtjev za ustavnošću i zakonitošću, kao najvažnijem načelu svakog uređenog pravnog poretka, sadrži i dopunske

zahtjeve koji se tiču samih zakona i njihovih sadržaja koji moraju biti opšti i jednaki za sve, a zakonske posljedice treba da budu izvjesne za one na koje će se primijeniti.

Dakle, ustavni princip jednakosti pred zakonom neće i ne može biti narušen ako nadležne vlasti u skladu sa ustavnom i na zakonu zasnovanom podjelom nadležnosti između federalne i kantonalne vlasti, i između gradske i opštinske vlasti utvrđene Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine, uređuju društvene odnose za koje su izričito nadležni.

Navedeni ustavni princip pogotovo neće i ne može biti povrijeđen ukoliko vlasti jedinica lokalne samouprave, na osnovu Ustava Federacije, Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, Zakona o principima lokalne samouprave i drugih relevantnih zakona Federacije te relevantnog kantonalnog zakona, svojim odlukama i drugim propisima uređuju pitanja i donose propise o samom pravu a koja su u izričitoj nadležnosti lokalne samouprave, kao što su, u konkretnom slučaju, pitanja poreza, такси i drugih naknada koji su osnova za osiguranje izvora prihoda koji izričito pripadaju budžetu grada odnosno opštine kao jedinica lokalne samouprave.

U ime ustavnog načela jednakosti pred zakonom nije moguće zahtijevati da nejednaki među sobom budu jednaki, niti da međusobno jednaki budu nejednaki.

Korištena literatura

Ustav Bosne i Hercegovine, Sarajevo, OHR, Office of the High Representative.

Odluka o proglašenju Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine objavljeni su u „Službenim novinama Federacije BiH“ broj: 1/94 od 21. 7. 1994. godine.

Decision on the Promulgation of the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina were published in the „Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina“ No. 1/94 of 21 July 1994.

Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“ broj:60/05.

Ustav Republike Srpske, Neslužbeni prečišćeni tekst, uključeni amandmani I–CXIII s komentarom. Autori: prof. dr Miodrag Simović, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, i doc. dr Mile Dmičić, sekretar Ustavnog suda Republike Srpske, Banja Luka, mart 2004. godine.

Ustavni sud Republike Srpske i zaštita ustavnosti i zakonitosti, prof. dr Rajko Kuzmanović i prof. dr Miodrag Simović, Banja Luka 1999.

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III-1505/01 od 4. 10. 2001. godine, Informator, broj 5036, Zagreb juna 2002.

Referat o opravdanosti promjene ranijeg stajališta Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u vezi sa pravom jedinica lokalne samouprave i kantona, da svojim aktima propisuju komunalne takse/naknade i poreze u okviru svoje nadležnosti, u svjetlu opšteg ustavnog načela da sve osobe na teritoriju Federacije uživaju prava na jednakost pred zakonom. Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo 5. 1. 2018. godine.

Zakon o upravnim sporovima, „Službene novine Federacije BiH“ broj: 11/05.

Zakon o komunalnim taksama SR Bosne i Hercegovine, „Službeni list SR BiH“ broj: 21/77, 35/88 i 26/89;

Zakon o komunalnim taksama, „Službene novine Kantona Sarajevo“ broj: 14/2006. do 36/2012;

Zakon o komunalnim taksama, „Službene novine Bosansko-podrinjskog kantona Goražde“ broj: 16/2011; 15/14 i 5/17;

Zakon o komunalnim taksama „Narodne novine Posavskog kantona“ broj: 4/2009; „Službene novine Srednjobosanskog kantona“ broj: 2/12 i 5/14;

Zakon o komunalnim taksama, „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj: 4/2012.

Zapisnik sa 267. sjednice Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine od 2. 2. 2018. godine, i Odluka Suda da nema potrebe promjene stava Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u vezi sa pravom jedinica lokalne samouprave i kantona da svojim aktima propisuju komunalne takse/komunalne naknade i poreze u okviru svoje nadležnosti u svjetlu opšteg ustavnog načela jednakosti pred zakonom.

Statut JP BH Telecom d.d. Sarajevo, februar 2016. godine, i Statut JP HT

Eronet d.d. Mostar, Mostar, travanj 2009. godine.

Izvještaj RAK-a BiH za 2016. godinu. Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine.

Presude Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine:

U-1/06 od 9.06.2006; U-7/02 od 5.6.2003; U-11/04 od 31.5.2005; U-23/06 od 19.10.2006; U-24/06 od 19.10.2006; U-25/06 od 12.09.2006; U-26/06 od 19.10.2006; U-27/06 od 19.10.2006; U-20/07 od 18.11.2007; U-2/07 od 7.6.2007; U-23/07 od 22.01.2008; U-24/07 od 19.02.2008; U-28/07 od 18.3.2008; U-29/07 od 15.4.2008; U-30/07 od 15.4.2008; U-31/07 od 27.5.2008; U-31/08 od 23.6.2009; U-10/08 od 16.9.2008; U-12/08 od 14.10.2008; U-19/08 od 27.01.2009; U-21/08 od 17.1.2009; U-24/08 od 17.5.2009; U-29/08 od 18.5.2009; U-5/09 od 13.10.2009; U-27/10 od 10.01.2010; U-13/09 od 8.02.2010; U-31/10 od 2.2.2011; U-19/11 od 25.10.2011; U-21/11 od 25.10.2011; U-12/11 od 4.10.2011; U-25/11 od 13.12.2011; U-34/11 od 6.3.2012; U-35/11 od 13.3.2012; U-31/12 od 20.2.2013; U-38/12 od 7.3.2013; U-36/12 od 26.02.2013; U-37/12 od 26.02.2013; U-14/13 od 26.6.2013; U-38/13 od 11.02.2014; U-65/13 od 13.5.2014; U-55/13 od 01.4.2014; U-66/13 od 01.04.2014; U-79/14 od 24.02.2015; U-56/14 od 24.02.2015; U-68/14 od 21.01.2015; U-73/14 od 24.02.2015; U-77/14 od 7.7.2015; U-78/14 od 7.7.2015; U-2/15 od 9.9.2015; U-27/16 od 22.03.2017; U-28/15 od 18.5.2016; U-32/15 od 18.05.2016; U-36/15 od 18.5.2016; U-20/16 od 8.11.2016; U-19/16 od 25.10.2016; U-26/16 od 22.03.2017.

CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY BEFORE THE LAW IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Šahbaz Džihanović, PhD*
Selma Džihanović-Grat, PhD, Assistant Professor**

Abstract: *The Constitutional Principle of Equality before the Law falls within a catalog of specially guaranteed human rights and fundamental freedoms set forth in the documents listed in the Constitution of Bosnia and Herzegovina and in the Annex to the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina,²⁴ whose implementation is an obligation of Bosnia and Herzegovina, all courts, institutions, and organs directly administered by entities or acting within the Entities.²⁵*

However, as the constitutional principle of Equality before the law is contained neither in formal nor material terms in the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina, it is the question of its interpretation, and in particular its implementation by all courts and other authorities of particular importance, while the decisions of the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina, having regard to their character, in matters of protection of constitutionality invoking alleged violations of that right, should have a special place having regard to the constitutional structure and the division of jurisdiction between the Federation, cantons and local self-government units, as well as the stressed need for equal and effective protection of human rights and fundamental freedoms, especially in proceedings before the courts, state and other authorities.

The paper is based on an analysis of relevant case-law of the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina between June 2006 and March 2017, in the cases of constitutional review and constitutional issues submitted by cantonal courts, which have been explained by alleged violations of the constitutional right to equality before the law.

* Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina

** Ministry of Justice of Bosnia and Herzegovina

²⁴ Decision on the Promulgation of the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina were published in the «Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina» No. 1/94 of 21 July 1994.

²⁵ Ibid, Article II.6. Human Rights and Freedoms.

Key words: *human rights and fundamental freedoms, equality before the law, the practice of the constitutional court, court argumentation, reasoning of the court verdict*

USTAVNOPRAVNI ASPEKTI ZAŠTITE MAJČINSTVA U KONTEKSTU DEMOGRAFSKE POLITIKE

Prof. dr. sc. Milorad Ćupurdija*
Ljiljana Ćupurdija, struč. spec. oec.**

***Sažetak:** Pitanje zaštite majke kao temelja obitelji i demografske politike strateški je cilj razvoja svakog društva te čini predmet zaštite ukupnog pravnog poretka. U ovom radu bavimo se pitanjem zaštite majčinstva s motrišta normativnopravne regulative u Republici Hrvatskoj i njihovom praktičnom aplikacijom. Naime, iako je pitanje zaštite prava trudnica, žena koje su nedavno rodile ili koje doje regulirano brojnim međunarodnim i domaćim pravnim izvorima, u praksi je još uvijek primjetan raskorak između normativnog i stvarnog što otvara prostor za neizravnu diskriminaciju. To samo potvrđuje činjenicu da pravni okvir bez ostalih društvenih elemenata (ekonomskih, socijalnih, psiholoških, obrazovnih i dr.) sami po sebi nisu dostatni za učinkovitu i društveno poželjnu zaštitu majčinstva. Polazište pravilnog funkcioniranja pitanja zaštite majčinstva i zabrane svakog oblika diskriminacije treba biti ustav kao temeljni akt. U ovom radu autori otvaraju pitanja o ulozi ustavnih rješenja po pitanju zaštite majčinstva koji bi političkoj moći odredio i povukao jasne granice u cilju pravilnog funkcioniranja pravne države.*

1. Pristup problemu

Problem zaštite majčinstva u kontekstu demografske politike kao društvenu pojavu nije moguće promatrati izvan realnog društvenog i pravno-političkog konteksta. Pad nataliteta i odlazak mladih iz zemlje ozbiljan je de-

* Veleučilište Baltazar Zaprešić, Vladimira Novaka 23, 10290 Zaprešić, e-mail: misoc@net.hr

** Veleučilište Baltazar Zaprešić.

mografski problem koji pogađa na globalnoj razini. Potrebno je napomenuti kako on za sobom nosi i ostale probleme kao što su: ekonomski problemi koji se, prije svega, izražavaju u nedostatku radne snage, a posljedično tome izražavaju se i kao socijalni, psihološki, zdravstveni, pravni i drugi problemi koji ne utječu samo na pojedinca nego i na globalnu društvenu zajednicu. Činjenica je da o problemu zaštite majčinstva u kontekstu demografske politike postoji mali broj znanstvenih istraživanja usmjerenih na istraživanje uzroka problema i iznalaženja mogućih rješenja. Dakle, mali je broj istraživanja koja nalaze svoju praktičnu primjenu, ali postoje brojna istraživanja koja opisuju i konstatiraju postojeće stanje. Posebno je mali broj ozbiljnih istraživanja o problemu zaštite majčinstva u području pravne znanosti, a koja su zasnovana na principima sustavnosti, logičnosti i primjenjivosti. U svom pojmovnom značenju zaštita majčinstva može se definirati kao ukupnost mjera, radnji i postupaka kojima se štite socijalna prava majki te kojima se zabranjuje svaki oblik diskriminacije. Zaštita prava trudnica, žena koje su nedavno rodile ili koje doje, regulirana je brojnim izvorima prava kako međunarodnog tako i domaćeg pravnog značaja. Pri tome uočavamo da je fokus istraživanja usmjeren prvenstveno na zaštitu majčinstva s motrišta njihovog radnopravnog statusa i ostvarivanja prava temeljem rada i u svezi s radom. Svijest o zaštiti majki kao posebnoj kategoriji zaštićenih radnika pojavljuje se usporedo sa prvim intervencijama države u područje radnih odnosa, odnosno sa pojavom radnog prava. O položaju žena na tržištu rada krajem 19. i 20. stoljeća, kada se radni odnos izražavao kao najamnopravni odnos, M. Učur navodi sljedeće: „Na prijelazu iz 19. u 20. stoljeće tek oko 10 milijuna žena u svijetu bilo je ekonomski aktivno, tj. zaposleno. U tom, a i kasnijem razdoblju zapošljavale su se žene mlađe dobi i nekvalificirane žene, a to je onemogućavalo, uz druge razloge, potvrđivanje žena u ekonomskoj sferi. To je onemogućavalo njezin profesionalni status i zagovarano je da je ženina prvenstvena uloga da bude u kući. Ženama su gospodarili muškarci. Povijesno, žena je bila sredstvo razmjene: davale su se brakom, uzimale se u bitkama, razmjenjivale za usluge, kupovale i prodavale.“¹

Prava žena u radnom odnosu danas su u normativnopravnom smislu formalno izjednačena sa pravima muškaraca, a po pitanju zaštite majki kao zaštićene kategorije propisani su visoki pravni standardi. Praktična iskustva još uvijek nisu u suglasju sa idejnim, teorijskim i pravnim okvirom. Još uvijek su žene u lošijoj poziciji od muškaraca, što pokazuju brojni primjeri iz prakse, kao na primjer: mnogi poslodavci negativno gledaju na činjenicu da

¹ M. Đ. Učur, *Socijalno pravo*, Informator, Zagreb, 2000, str. 242.

su žene trudne i ne žele ih zaposliti ili im daju otkaz nakon poroda jer im više ne trebaju, odnosno na njihovo radno mjestu primili su drugu osobu itd. Inspeksijske službe i drugi nadležni organi nedovoljno su učinkoviti u sprječavanju navedenih i sličnih kršenja propisa i zloupotreba istih.

Međutim, odredbe o zaštiti majčinstva treba promatrati u širem društvenom kontekstu nego što je to samo radnopravni okvir kojim se štite prava žena u svezi s radnim odnosom. Pitanje zaštite majke kao temelja obitelji i demografske politike strateški je cilj razvoja svakog društva te čini predmet zaštite ukupnog pravnog poretka.

2. Pravni izvori zaštite majčinstva u Republici Hrvatskoj

Temeljni pravni izvor zaštite majčinstva i svih oblika diskriminacije je Ustav Republike Hrvatske. Člankom 63 Ustava RH propisano je: „Država štiti materinstvo, djecu i mladež te stvara socijalne, kulturne, odgojne, materijalne i druge uvjete kojima se promiče ostvarivanje prava na dostojan život“, te u članku 65 st. 3 „mladež, majke i osobe s invaliditetom imaju pravo na osobitu zaštitu na radu.“ Ustav u članku 57 st. 2 određuje „Prava u svezi s porođajem, materinstvom i njegovom djece uređuju se zakonom“. Dakle, ustav je odredio osnovna načela i ciljeve razvoja kao najapstraktnije pravne norme koje služe za razradu svih ostalih normi u području zaštite majčinstva. Detaljna razrada ovih načela prepuštena je zakonodavcu da ista detaljnije razradi i uskladi sa realnim društvenim kontekstom. Pravno uređenje zaštite majčinstva uređeno je i brojnim međunarodnim ugovorima koje je Republika Hrvatska potpisala i prihvatila te su po toj činjenici postali sastavnim djelom internog prava, a po pravnoj snazi su ispod ustava, a iznad hrvatskih zakona. „Pitanje zaštite majčinstva na razini Europske unije, osim u osnivačkim ugovorima, vezano za socijalna prava i zabranu spolne diskriminacije, detaljnije je regulirano u sekundarnom zakonodavstvu kroz direktive Europske unije“.² Republiku Hrvatsku obvezuju i ratificirane konvencije Međunarodne organizacije rada, i to: Konvencija MOR-a br. 103 o zaštiti majčinstva (revidirana) iz 1952, Konvencija MOR-a br. 156 o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu radnika i radnica:radnici s obiteljskim potrebama; Konvencija MOR-a br. 183 o zaštiti majčinstva iz 2000.

„Konvencija br. 156 predstavlja značajan pomak u izjednačavanju prava oba roditelja“, dok Konvencija br. 183: „...ženama jamči najmanje 14 tje-

² V. Galić, *Zaštita majčinstva u Europskoj uniji i hrvatski zakonodavni okvir*, <https://hrcak.srce.hr>, datum pristupa 5.9.2018.

dana obveznog roditeljnog dopusta. Zашtita od otkaza odnosi se ne samo na vrijeme dopusta, već i na cijelu trudnoću i određeno (vremensko) razdoblje nakon povratka na posao. Uz ovu konvenciju usvojena je i Preporuka br. 191 o zaštiti мајчинства, која је по својој нарави необвезујућа, али предлаже увођење minimuma od 18 tjedana roditeljnog dopusta.⁴³

3. Demografska situacija u Republici Hrvatskoj i zakonodavna regulativa

U RH je sredinom 2016. godine, prema procjenama i podacima dostupnim na DZS-a,⁴ živjelo nešto manje od 4,2 milijuna stanovnika s prosječnom gustoćom naseljenosti 73,8 stanovnika po km².

Iz dolje navedene tablice vidimo kako se stopa stanovništva u odnosu na posljednji popis stanovništva iz 2011. godine smanjio za više od 100.000 stanovnika. Razlog smanjivanja stanovništva leži u raznim migracijama zaposlenog stanovništva koje su postale učestalije ulaskom Hrvatske u Europsku uniju i otvaranjem granica za radnosposobno stanovništvo koje svoje zaposlenje nerijetko traži van granica Hrvatske. Također, svjedočimo i sve većem iseljavanju stanovništva u potrazi za boljim životom i boljim poslovima. Jedan od razloga smanjivanja stanovništva je dakako i smanjivanje broja rođenih unatrag posljednjih 10-ak godina. Tako, iz dolje priložene tablice možemo vidjeti kako je broj živorođenih u 2012. g. iznosio 41.771, dok je taj broj 2016. g. iznosio svega 37.537 živorođene djece, što je za 4.234 manje u nepunih pet godina, a statistike pokazuju kako je u 2017. g. taj broj pao prvi puta ispod 37.000.

U radu ćemo posvetiti pažnju upravo razlozima lošeg natalitetnog prirasta, kao i rješenjima koje RH nudi kako bi se stopa nataliteta u narednom razdoblju povećala.

³ V. Galić, *Zaštita мајчинства u Europskoj uniji i hrvatski zakonodavni okvir*, str. 439, <https://hrcak.srce.hr>, datum pristupa 5.9.2018.

⁴ Državni zavod za statistiku RH – <https://www.dzs.hr/>

CROATIA IN FIGURES, 2017

Stanovništvo prema popisima stanovništva							Population by censuses	
	1961.	1971.	1981.	1991.	2001.	2011.		
Stanovništvo	4 159 696	4 426 221	4 601 469	4 784 265	4 437 460	4 284 889	Population	
Gustoća stanovništva na 1 km ²	73,6	78,3	81,4	84,6	78,4	75,7	Population density per km ²	
Prosječna starost stanovništva: ukupno	31,9	34,0	35,5	37,1	39,3	41,7	Average age of population	Total
muškarci	30,5	32,4	33,8	35,4	37,5	39,9		Men
žene	33,3	35,5	37,1	38,7	41,0	43,4		Women
Broj kućanstava	1 167 586	1 289 325	1 423 862	1 544 250	1 477 377	1 519 038	Number of households	
Prosječan broj članova kućanstva	3,56	3,43	3,23	3,10	2,99	2,80	Average number of household members	
Broj obitelji	...	1 203 240	1 307 423	1 367 106	1 252 025	1 215 865	Number of families	
Udio nepismenih osoba, %	12,1	9,0	5,6	3,0	1,8	0,8	Share of illiterate persons, %	
muškarci	6,4	4,7	2,5	1,2	0,7	0,4		Men
žene	17,2	12,9	8,4	4,8	2,8	1,3		Women

Prirodno kretanje stanovništva						Population natural change	
	2012.	2013.	2014.	2015.	2016.		
Stanovništvo (procjena sredinom godine), tis.	4 268	4 256	4 238	4 204	4 174	Population, (mid-year estimate), '000	
Roden: živorođeni	41 771	39 939	39 566	37 503	37 537	Births: Live births	
mrtvoroden	130	144	150	163	169	Stillbirths	
Umrli: ukupno	51 710	50 386	50 839	54 205	51 542	Deaths: Total	
dojenčad	150	162	199	154	161	Infants	
Prirodni prirast	-9 939	-10 447	-11 273	-16 702	-14 005	Natural increase	
Brakovi: sklopljeni	20 323	19 169	19 501	19 834	20 467	Marital statistics: Marriages	
razvedeni	5 659	5 992	6 570	6 010	7 036	Divorces	
Očekivano trajanje života: ukupno	77,0	77,2	77,6	77,4	78,1	Life expectancy: Total	
muškarci	73,9	74,2	74,6	74,3	74,9	Men	
žene	80,1	80,2	80,5	80,4	81,3	Women	

Državni zavod za statistiku/ Croatian Bureau of Statistics

7

Izvor: Državni zavod za statistiku (https://www.dzs.hr/hrv/publication/cro_in_fig.htm)

H1: Žene sve kasnije ulaze u brak i odlučuju se na rađanje djece

Napravimo li istraživanje, na temelju pretraženih podataka možemo doći do zaključka kako se u Hrvatskoj žene, ali i muškarci, sve kasnije odlučuju za bračni život i zasnivanje obitelji. Naglasak pri tome stavljamo prvenstveno na žensku populaciju koja zbog bioloških svojstava i medicinskih razloga imaju ograničenja za stvaranje potomstva. Prema podacima dostupnim na stranici Ginekološke poliklinike GinOps,⁵ istaknuto je kako se posljednjih godina u svijetu i kod nas primjećuje odluka žena za odgađanjem majčinstva iza 35. godine, te ističu kako je posljednjih godina prosječna dob rađanja prvog djeteta kod nas porasla na čak 29,1 godinu, iako ginekolozi ističu kako je najbolja dob za zanijeti i iznijeti trudnoću, kao i dob kada je porod najlakši, između 20. i 25. godine života.

Iako su žene svjesne komplikacija koje donosi odgađanje majčinstva, odlučuju se na njega zbog raznih razloga kao što je završetak visokoškolskog obrazovanja, potrage za poslom, ostvarivanja karijere. Možemo reći kako

⁵ Više na: <http://ginops.hr/trudnoca-i-porod-u-zena-starijih-od-35-godina/>

istoj odluci doprinosi i činjenica kako je u Hrvatskoj iz godine u godinu sve veći broj nezaposlenih, pri čemu žene spadaju u ugroženiju skupinu, neovisno o stupnju obrazovanja.

Demografske mjere su najčešće kratkoročno rješenje i za nezaposlene majke i očeve definitivno nisu dugoročna okolnost u kojima je moguće odgajati dijete, nego na njih današnji budući roditelji najčešće gledaju kao pomoć u kratkoročnom popunjavanju tzv. rupa u budžetu koje nastaju dolaskom novog člana obitelji.

Izazov majčinstva pred žene stavlja veliku dilemu kako uskladiti privatni, obiteljski život, tako i profesionalni život, odnosno karijeru. Svjesne situacije da odgađanjem majčinstva nerijetko završavaju na komplikacijama vezanim uz trudnoću, što opterećuje organizaciju poslovanja unutar organizacije u kojoj rade, ali i sam državni proračun s obzirom na to kako se naknada isplaćuje na teret HZZO-a u visini iznosa do 4.257,28 HRK tijekom cijelog trajanja komplikacija, ali i riskiranje povratka na posao nakon rodiljnog dopusta koji majka koristi u obveznom neprekidnom trajanju od 98 dana, od čega 28 dana prije dana očekivanog poroda te 70 dana nakon rođenja djeteta, nakon čega joj je omogućeno korištenje i dodatnog rodiljnog dopusta koji je u RH moguće iskoristiti do navršenih šest mjeseci života djeteta. Također, roditelji imaju pravo i na roditeljski dopust u trajanju od osam mjeseci za prvo ili drugorođeno dijete, odnosno do 30 mjeseci za rođene blizance, treće i svako sljedeće dijete.⁶

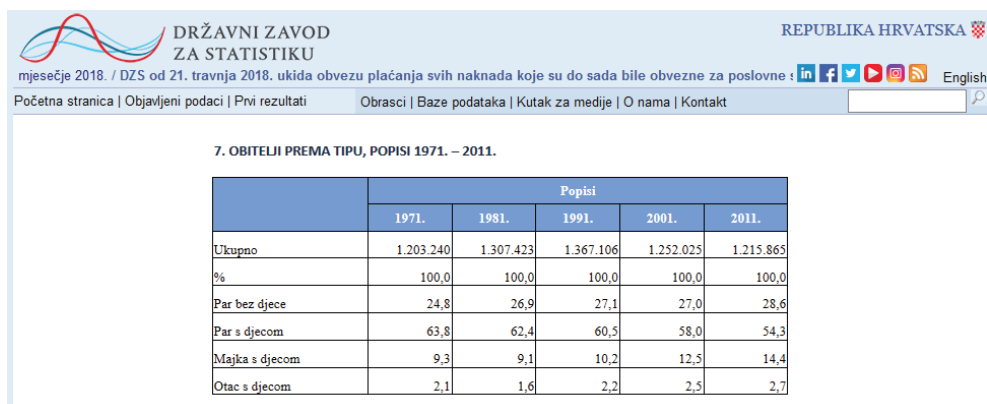
Zakon u tom dijelu ide na ruku majci koja ukoliko ima ugovor na neodređeno vrijeme iz čega proizlazi da ne može dobiti otkaz za vrijeme trajanja komplikacija, niti za vrijeme trajanja rodiljnog i roditeljskog dopusta, ali nakon isteka rodiljnog i roditeljskog dopusta ne postoji zakon koji obvezuje poslodavca da majku ostavi u radnom odnosu.

Zakonom o radu (Narodne novine br. 93/14, 127/17) zaštita trudnica, roditelja i posvojitelja posebno je uređena člancima 30 do 36. „Zakonodavac se svojski potrudio zaštititi sve radnice i potencijalne radnice od bilo kakvog oblika diskriminatornog postupanja utemeljenog na činjenici ili osnovi postanka roditeljem, uvaživši i suvremena društvena kretanja gdje svaka osoba može postati roditeljem, čak ne nužno i biološkim putem, bez da pri tome na bilo koji način formalizira svoj odnos s partnerom s kojim ima ili odgaja dijete. Opće je pravilo *teleološkim tumačenjem pravnih odredbi iz Zakona o radu* (nap. a.) da poslodavac ne smije odbiti zaposliti ženu niti joj otkazati ugovor

⁶ Više na Središnjem državnom portalu: „Rodiljne i roditeljske potpore“ (<https://gov.hr/moja-uprava/obitelji-i-zivot/roditeljstvo/rodiljne-i-roditeljske-potpore/495>)

o radu zbog njezine trudnoće, niti joj smije ponuditi sklapanje izmijenjenog ugovora o radu, osim pod posebnim uvjetima, precizno određenim zakonom.⁷ Poslodavac je dužan voditi računa da žene ne smiju raditi na osobito teškim fizičkim poslovima, na radovima pod zemljom ili pod vodom te drugim poslovima koji ugrožavaju ženin život i zdravlje. U tom smislu posebno je značajna odredba članka 31 Zakona o radu, prema kojem: „Trudnoj radnici, radnici koja je rodila ili radnici koja doji dijete u smislu posebnog propisa, a koja radi na poslovima koji ugrožavaju njezin život ili zdravlje, odnosno djetetov život ili zdravlje, poslodavac je dužan za vrijeme korištenja prava u skladu s posebnim propisom, ponuditi dodatak ugovora o radu kojim će se na određeno vrijeme ugovoriti obavljanje drugih odgovarajućih poslova.“ Ovdje je potrebno napomenuti temeljni postulat ugovornog karaktera radnog odnosa prema kojem svaka promjena ugovora o radu pretpostavlja suglasnost volja ugovornih stranaka i pisanu formu. To znači da radnica mora dati (izraziti–očitovali) svoj pristanak na ponudu poslodavca. U slučaju spora, procjenu prikladnosti ponuđenih poslova trudnoj radnici, roditelji ili radnici koja doji dijete obavlja isključivo nadležni doktor specijalist medicine rada.

H2: Globalna kriza i nedovoljno dobro provođenje demografske politike na razini države



	Popisi				
	1971.	1981.	1991.	2001.	2011.
Ukupno	1.203.240	1.307.423	1.367.106	1.252.025	1.215.865
%	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Par bez djece	24,8	26,9	27,1	27,0	28,6
Par s djecom	63,8	62,4	60,5	58,0	54,3
Majka s djecom	9,3	9,1	10,2	12,5	14,4
Otac s djecom	2,1	1,6	2,2	2,5	2,7

Na stranicama Ministarstva za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku možemo pronaći podatke kako je RH suočena s dugotrajnim procesom negativnih demografskih kretanja, koja su iskazana u nekoliko segmenata: padu nataliteta, starenju populacije i iseljavanju stanovništva RH. Također, ističu kako se planira donošenje demografskih populacijskih mjera, a osnovni preduvjet za njihovo provođenje je suradnja i aktivna uključenost svih resora

⁷ Veliki komentar Zakona o radu, grupa autora, ur. M. Ćupurdija, Libertin naklada, Rijeka, 2018, str.211.

s obzirom na područja djelovanja, nadležnost institucija i ministarstava kao i aktivnosti kojima se želi potaknuti demografska revitalizacija RH.

„Сектор за демографски развој је устројствена јединица у систему Управе за демографски развој, обителј, дјecu и младе, која обавља послове везано уз циљана демографска истраживања, прати, проводи и координира provedбу мјера популацијске и миграцијске политике; координира израду и provedбу програма потицајних мјера за сарадњу с другим тијелима која обављају послове демографских истраживања; израђује стручне и аналитичке подлоге из дјелокруга Сектора; организира и припрема стручне skupове и тематске конференције с циљем сензибилизације јавности о демографској проблематици; обавља послове координације израде и имплементације јавних политика демографског развоја; сарађује с тијелима државне управе, јединицама локалне и подручне (регионалне) самоуправе, зnanstvenим и стручним установама, организацијама цивилног друштва и осталим дionicима везано уз дјелокруг Сектора; израђује планове и програме из свог дјелокруга; судјелује у раду стручних радних skupина те организира и судјелује у раду стручних skupова на националној и међународној разини; подузима активности везане уз промиджбу јавних политика; припрема податке из свoga дјелокруга у сврху информирања јавности; подноси извјешћа о учињеном у квантитативном и квалитативном смислу; даје приједлоге из подручја управљања људским потенцијалима; судјелује у изради процеса рада и прати њихову provedбу; планира краткорочне и средњорочне радне задатке Сектора; обавља управне и стручне послове који се односе на израду nacрта приједлога закона и приједлога других прописа из свoga дјелокруга; обавља управне и стручне послове који се односе на давање стручних мишљења на приједлоге закона и других прописа из свoga дјелокруга; израђује извјешћа из подручја рада те поставља и ostvarује циљеве и мјере из свoga дјелокруга; судјелује у планирању државног прорачуна и друге послове у оквиру свог дјелокруга.“⁸

Tijekom ožujka i travnja 2018. g. Ministarstvo за демографију, обителј, младе и социјалну политику је од јединица локалне и подручје (регионалне) самоуправе прикупило податке о демографским мјерима које provode те активностима усмјереним на подршку обителјима, посебиче обителјима с троје и више дјеце, те их објединило и објавило на својим мрежним stranicama у циљу размјене информација и координације демографских мјера које се provode и које се планирају на разини државе.

⁸ Министарство за демографију, обителј, младе и социјалну политику: <https://mdomsp.gov.hr/istaknute teme/demografija/8906>

Tako su na stranicama Ministarstva objavljene tablice koje sadrže prikaz mjera i aktivnosti koje općine, gradovi i županije provode, a koje se odnose na sljedeće:

- „Naknada za novorođenčad u 2017. i 2018. godini
- Postoje li druge potpore vezane uz začecje, trudnoću novorođenčad i majčinstvo
- Sufinanciranje troškova u području zdravstva
- Sufinanciranje vrtića
- Način organizacije upisa u vrtić i rada vrtića
- Sufinanciranje školskih udžbenika
- Sufinanciranje školske prehrane
- Sufinanciranje prijevoza učenika
- Sufinanciranje smještaja u učeničke domove
- Dodjeljuju li se stipendije
- Postoje li drugi načini poticanja studiranja
- Postoje li druge potpore vezane uz školovanje
- Postoje li mjere za stambeno zbrinjavanje
- Ostalo“.⁹

Usporedba demografskih mjera – Osječko-baranjska županija i Grad Zagreb. Usporedba rađena s obzirom na to kako je Osječko-baranjska županija jedna od županija s najnižom stopom nezaposlenosti i koja je suočena posljednjih godina sa velikim odljevom stanovništva upravo zbog nemogućnosti ostvarivanja statusa iz radnog odnosa, te Grada Zagreba kao glavnog grada RH.

⁹ Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku: „Demografske mjere na lokalnoj i županijskoj razini“ (<https://mdomsp.gov.hr/istaknute-teme/demografija/demografske-mjere-na-lokalnoj-i-zupanijskoj-razini/10177>)

Županija	Naknade za rođenje djeteta 2018. g.	Druge potpore vezane uz trudnoću, novorođenčad i majčinstvo	Sufinanciranje troškova u području zdravstva	Sufinanciranje vrtića	Sufinanciranje školskih udžbenika	Sufinanciranje školske prehrane	Sufinanciranje prijevoza učenika	Dodjela stipendije	Drugi načini poticanja studiranja	Mjere za stambeno zbrinjavanje	Ostalo
Osječko-baramjska županija	1.000,00 kn					U 2018. g. će osigurati svim učenicima osnovnih škola na području Županije besplatni školski obrok	Županija sufinancira prijevoz redovitih učenika srednjih škola u iznosu od 75% cijene mjesečne učeničke karte za autobus odnosno vlak	Stipendije se dodjeljuju u četiri kategorije: darovitim učenicima, darovitim studentima, učenicima koji se obrazuju za deficitarna zanimanja. Visina stipendije za učenike: 450,00 kn, a za studente 1.000,00 kn	Odobrena su četiri studentska kredita, a Županija sufinancira kamatnu stopu koja je za naveden kredit iznosila 5,07% (godišnja promjenjiva)		U 2017. g. odobrene su dvije potpore mladim poljoprivrednicima te osam potpora mladim poljoprivrednicima za preradu poljoprivrednih proizvoda. Županija provodi projekt opremanja dječjih igrališta.

Grad Zagreb	1.800,00 kn za prvo dijete, 3.600,00 kn za drugo dijete (tijekom dvije godine), 54.000,00 kn za treće i svako sljedeće dijete (tijekom šest godina), ali samo za oba roditelja s prebivalištem u Gradu Zagrebu	Grad daje pomoć u mjesečnoj prehrani za 73 korisnika	Grad financira Savjetovalište za dojenje, Savjetovalište o pravilnom pozicioniranju i stimulaciji motorike („Baby handling“), Savjetovalište za poticanje rasta i razvoja zdravog djeteta, Klupe i stolice za prematanje (dojenje), Trudničke tečajeve, Savjetovalište za reproduktivno zdravlje mladih	U školskoj godini 2017/2018. sufinancira se boravak za 36.918 djece	Udžbenici su besplatni za sve učenike osnovnih škola	Grad subvencionira obroke za 5.000 djece	Javni prijevoz je besplatan za učenike srednjih škola	Daje stipendije za učenike i studente slabijeg socijalnog statusa te stipendije za učenike s teškoćama u razvoju i studente s invaliditetom	U okviru Zagrebačkog modela stanogradnje izgrađeno je 1.800 stanova	Grad osigurava sredstva za status roditelja odgojitelja. Grad financira ljetovanje djece branitelja, djece priredbe s podjelom poklon paketa povodom Uskrsa i Svetog Nikole, Pilot projekt „Dan za radost“ te Savjetovalište za supruge i djecu hrvatskih branitelja liječenih od PTSP-a, besplatno ljetovanje za djecu iz obitelji slabijeg imovinsko-socijalnog statusa, Program rehabilitacijsko-rekreativnog ljetovanja za djecu s teškoćama u razvoju i osobe s invaliditetom. Grad financira članarine u Knjižnicama grada Zagreba, djeci u čelnicima do navršene 15. godine života. Grad daje novčanu pomoć osobama kojima je priznato pravo na status roditelja njegovatelja ili status njegovatelja
-------------	--	--	---	---	--	--	---	---	---	--

Izvor: Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku (<https://mdomsp.gov.hr/istaknute-teme/demografija/demografske-mjere-na-lokalnoj-i-zupanijskoj-razini/10177>)

Također, na stranicama HZZO-a možemo pronaći informacije i o sustavu roditeljskih i roditeljskih potpora koji su uređeni Zakonom o roditeljskim i roditeljskim potporama (NN br.: 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14 i 59/17), te je člankom 3 navedenog Zakona provedba prava propisanih Zakonom stavljena u nadležnost Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje, dok je nadzor nad provedbom Zakona u nadležnosti Ministarstva za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku.

Prava propisana Zakonom o roditeljskim i roditeljskim potporama mogu ostvariti samo osobe koje imaju važeći status u obveznom zdravstvenom osiguranju kod HZZO-a. Prava korisnika na roditeljske i roditeljske potpore navedene su u članku 9 ZRRP, a obuhvaćaju pravo na: roditeljski dopust, roditeljski dopust, rad s polovicom punog radnog vremena, rad s polovicom punog radnog vremena zbog pojačane njege djeteta, stanku za dojenje djeteta, dopust trudne radnice ili dopust radnice koja je rodila ili dopust radnice koja doji dijete, slobodan radni dan za prenatalni pregled, dopust ili rad s polovicom punog radnog vremena radi skrbi i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju, mirovanje radnog odnosa do treće godine života djeteta. Nadalje, zakonodavac navodi da korisnik prava ima pravo na: 1. roditeljsku poštedu od rada 2. roditeljsku poštedu od rada. Roditeljska prava su, prije svega, roditeljski dopust, i to: obavezni roditeljski dopust i dodatni roditeljski dopust. Žena može koristiti roditeljski dopust 45 dana prije očekivanog poroda ali ga mora obvezno koristiti 28 dana prije očekivanog poroda i 70 dana poslije poroda. Dodatni roditeljski dopust obuhvaća razdoblje od proteka obveznog dijela roditeljskog dopusta do navršenih šest mjeseci djetetova života. Nakon proteka obveznog roditeljskog dopusta, majka djeteta može korištenje preostalog dijela roditeljskog dopusta u cijelosti ili djelomično prenijeti na oca djeteta. Nakon navršenih šest mjeseci života djeteta, zaposleni ili samozaposleni roditelj ima pravo na roditeljski dopust, koji može koristiti do osme godine života djeteta.

4. Zaključak

U ovom radu ukazali smo na problem zaštite majčinstva u kontekstu demografske politike. U radu smo naveli da je Ustavom RH propisana osobita zaštita obitelji, majčinstva i djece te da je demografski razvoj od primarnog značaja za ukupan društveni razvoj. Ukazali smo na činjenicu da se Republika Hrvatska suočava s vrlo nepovoljnim demografskim kretanjima koji su osobito izraženi u padu nataliteta. Kao jedan od ključnih uzroka za takav negativni

trend možemo navesti nedovoljno učinkovitu zaštitu majčinstva. Činjenica je da o problemu zaštite majčinstva u kontekstu demografske politike postoji mali broj znanstvenih istraživanja usmjerenih na istraživanje uzroka problema i iznalaženja mogućih rješenja. Dakle, mali je broj istraživanja koja nalaze svoju praktičnu primjenu ali postoje brojna istraživanja koja opisuju i konstatiraju postojeće stanje. Posebno je mali broj ozbiljnih istraživanja o problemu zaštite majčinstva u području pravne znanosti a koja su zasnovana na principima sustavnosti, logičnosti i primjenjivosti. Naime, iako je pitanje zaštite prava trudnica, žena koje su nedavno rodile ili koje doje regulirano brojnim međunarodnim i domaćim pravnim izvorima, u praksi je još uvijek primjetan raskorak između normativnog i stvarnog, što otvara prostor za neizravnu diskriminaciju. Prava žena u radnom odnosu danas su u normativnopravnom smislu formalno izjednačena sa pravima muškaraca, a po pitanju zaštite majki kao zaštićene kategorije propisani su visoki pravni standardi. Praktična iskustva još uvijek nisu u suglasju sa idejnim, teorijskim i pravnim okvirom. Još uvijek su žene u lošijoj poziciji od muškaraca, što pokazuju brojni primjeri iz prakse, kao na primjer: mnogi poslodavci negativno gledaju na činjenicu da su žene trudne i ne žele ih zaposliti ili im daju otkaz nakon poroda jer im više ne trebaju, odnosno na njihovo radno mjestu primili su drugu osobu itd. Inspeksijske službe i drugi nadležni organi nedovoljno su učinkoviti u sprječavanju navedenih i sličnih kršenja propisa i zloupotreba istih.

To samo potvrđuje činjenicu da pravni okvir bez ostalih društvenih elemenata (ekonomskih, socijalnih, psiholoških, obrazovnih, moralnih, običajnih i dr.) sami po sebi nisu dostatni za učinkovitu i društveno poželjnu zaštitu majčinstva. Dakle, razvidno je da je potrebno poduzeti daljnje mjere za unapređenje zakonske regulative koja će korespondirati sa praksom. One se prije svega odnose na povećanje materijalnih prava roditeljskih i roditeljskih potpora za novorođeno dijete. Nadalje, potrebno je daljnje jačati zaštitu i sigurnost majki na radu i u svezi s radom. Budući da dostupnost fleksibilnih radnih mogućnosti roditeljima olakšava da objedine radne i roditeljske obveze one bi morale biti takvog karaktera da olakšaju ponovno uključivanje na radno mjesto, posebno nakon povratka s roditeljskog dopusta. Nužno je pronaći i regulirati pravu mjeru između potreba roditelja i djece po pitanju vremena provedenog s novorođenim djetetom i zarade, prihoda na razini cijele obitelji.

Literatura

Učur, M. Đ., *Socijalno pravo*, Informator, Zagreb, 2000.

Učur, M. Đ., Laleta S., *Konvencije Međunarodne organizacije rada s komentarima*, TIM press, Zagreb, 2007.

Galić, V. *Zaštita majčinstva u Europskoj uniji i hrvatski zakonodavni okvir*, <https://hrcak.srce.hr>

Grupa autora, *Veliki komentar Zakona o radu*, Libertin naklada, Rijeka, 2018.

Herman, V., Čupurdija M., *Osnove radnog prava*, Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru, Vukovar 2010.

Zlatović, D., Malenica I., *Novo hrvatsko radno pravo - ogledi iz radnog prava i pravne prakse*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Libertin naklada, Rijeka, 2014.

Moslavac, B., Prava iz roditeljstva za zaposlene i samozaposlene roditelje (radnike), *Radno pravo br. 2/10*.

Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

Zakon o roditeljstvu i roditeljskim potporama, Narodne novine 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 59/17

Zakon o radu, „Narodne novine“ br. 93/14, 127/17.

CONSTITUTIONAL AND LEGAL ASPECTS OF MATERNITY PROTECTION WITHIN THE CONTEXT OF POPULATION POLICY

Milorad Ćupurdija, PhD, Full Professor*

Ljiljana Ćupurdija, Professional Specialist of Project Management**

Abstract

The issue of maternity protection as the basis of the family and the population policy represents the strategic goal of the development of any society thus protecting the entire legal system. This paper investigates the issue of maternity protection from the point of view of the legislation in the Republic of Croatia and its practical implementation. Indeed, even though the issue of the protection of the rights of pregnant women, women who recently gave birth or are nursing mothers, is regulated by numerous international and Croatian legal sources, there is still an obvious discrepancy between the norm and reality, which makes room for indirect discrimination. This simply confirms the fact that the legal framework alone, without other societal components (economic, social, psychological, educational etc.), is not sufficient for efficient and socially desirable maternity protection. Adequate maternity protection and the ban of any form of discrimination is to be based on the constitution as the fundamental document. In this paper the authors raise questions about the role of constitutional resolutions as regards maternity protection, which would define and draw clear lines for those with political power in order to have the legal system work properly.

Key words: *maternity protection, constitution, demography, population policy, discrimination,*

* University of Applied Sciences Baltazar Zaprešić

** University of Applied Sciences Baltazar Zaprešić

УДК 342.413:321.74(497.6РС)

doi 10.7251/PR5418279B

Научна критика

НЕОПХОДНОСТ ДЕКОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ ВИЈЕЋА НАРОДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Проф. др Милан Благојевић*

*Оно што није могла учинити армија војника,
одрадила је неколицина правника.*

Сажетак: У земљама које имају устав у формалном смислу може се до одређене границе разумјети и толерисати потреба политичких актера да у свакодневној међусобној политичкој борби слово важећег устава тумаче онако како то одговара њиховим тренутним политичким интересима, макар за то тумачење и не било уставног упоришта. Такво разумијевање и толерисање је прихватљиво, јер у крајњем мишљење ма ког од тих актера правно не обавезује. Међутим, када то учини суд који у судској хијерархији заузима највише мјесто, таква појава представља истинску опасност за друштво и државу. Управо то питање представља предмет овог рада, с обзиром на то да је начин одлучивања Уставног суда БиХ у једном предмету из 2000. године (о тзв. конститутивности народа у БиХ) разоткрио спремност неколицине судија тог суда да своју функцију ставе у службу остварења одређених политичких интереса. На тај начин је, супротно Уставу БиХ, створена институција Вијећа народа Републике Српске. С обзиром на ове чињенице, постоји неопходност деконституционализације такве институције, због чега је у раду дат и приједлог како да се то учини.

Кључне ријечи: конституционализам, деконституционализација, конститутивност народа, тумачење устава, примјена устава, промјена устава.

* Универзитет за пословни инжењеринг и менаџмент, Улица деспота Стефана Лазаревића 66, 78000 Бања Лука, e-mail: Milan.Blogojevic@pravosudje.ba

I. Уводна објашњења

Од њеног стварања па све до данас Република Српска је (пре) трпјела и трпи бројне ударе. Да апсурд буде већи, један од најтежих удара је (не)уставна институција настала на противправан начин, која се зове Вијеће народа Републике Српске. О томе сам писао у више наврата до сада, али то није нити смије бити разлог да о овом проблему не пишем поново. Напротив, увијек се и изнова треба(мо) подсјећати и указивати на противправност која лежи у темељима ове институције, због чега постоји неопходност њене деконституционализације.

Прије него што изложим начин на који је дошло до њеног наметања, потребно је да у уводном дијелу рада објасним у ком смислу користим појам деконституционализација Вијећа народа Републике Српске. Тај појам је у непосредној вези са појмом конституционализације, при чему се овај потоњи појам у науци уставног права објашњава двојако.

Наиме, он је најприје у вези са нормативним функцијама сваког устава. Најважније нормативне функције устава су да *конституише (установи)* државну власт, да је *организује и уреди* (што подразумијева и уређивање међусобних односа институција и органа јавне власти) те да *конституционализује (ограничи)* државну власт.

Како видимо, *конституисање* државне власти треба разликовати од њене *конституционализације*, јер конституисање означава сам чин установљавања, док конституционализација представља дјелотворно ограничавање државне власти.

Међутим, осим што се појам конституционализације употребљава у овом смислу, он се такође користи и да би означио уставно уређивање одређених питања, то јест уношење тих питања у устав у виду одговарајућих уставних норми. Заиста, када се нешто унесе у устав, а шта ће у њега бити унесено зависи од воље уставотворца, онда је оно конституционализовано или, казано српским језиком, поустављено. У том смислу се појам конституционализације и његов антипод деконституционализација употребљавају и у овом раду.

Наставак рада подијељен је у двије цјелине. У првој описујем и истовремено објашњавам противправни пут којим се кретало у (квази) поустављењу Вијећа народа Републике Српске, у чему су кључне улоге имали неколицина правника у Уставном суду Босне и Херцеговине и Канцеларија високог представника у БиХ. С тим у вези, и овај пут морам

истаћи како ми је средином октобра 2017. године једно лице, чије име из разумљивих разлога не желим навести, а које је неколико година радило као службеник Канцеларије високог представника у БиХ, рекло у једном од наших разговора да је одлука Уставног суда БиХ о којој је овдје ријеч написана у Канцеларији високог представника.

Друга цјелина је завршни дио рада, у ком су изложени разлози због којих предметна институција треба да се деконституционализује, као и приједлог начина на који би се то у уставноправном погледу могло учинити.

II. Трећа дјелимична одлука Уставног суда Босне и Херцеговине број У-5/98 од 1. јула 2000. године

Убрзо по завршетку рата и потписивања Дејтонског мировног споразума, један од његових потписника (Алија Изетбеговић) је 1998. године (као члан Предсједништва БиХ), иако су ентитетски устави прије тога били усаглашени са Уставом Босне и Херцеговине (сагласно члану 12 став 2 тог устава), поднио захтјев Уставном суду БиХ за оцјену уставности неколико одредаба ентитетских устава. За предмет овог рада од посебне важности је онај дио Изетбеговићевог захтјева којим је тражио да се прогласи неуставном одредба члана 1 Устава Републике Српске, којом је Република Српска била одређена као држава српског народа и свих њених грађана. Вријеме и догађаји који су услиједили након тога показале да је Изетбеговић овај захтјев поднио знајући да неколицина правника у Уставном суду БиХ може одрадити оно што ни сва његова армија прије тога није могла да учини у рату.

Вјероватно најбоље свједочанство о свему томе оставио је тадашњи судија Уставног суда БиХ Мирко Зовко, у свом издвојеном неслажећем мишљењу написаном уз Трећу дјелимичну одлуку Уставног суда БиХ, број У-5/98 од 1. јула 2000. године. У наставку слиједи подужи изводи из тог издвојеног мишљења, који говоре више него довољно о неправу које је у позадини ове одлуке. Дакле, судија Зовко каже (*курзив у цитату је мој*):

„Али, и у оквиру самоконтроле *нећу моћи избјећи да не говорим о разноразним притисцима, најтежим вријећањима која су прерастала у најтеже пријетње, не само мени већ и неким колегама, али*

прије свега које су очигледно задирале и задиру, јер се настављају, у неовисност Уставног суда БиХ. У тој кампањи, прије свега, се истичу организације на челу са СГВ-ом (Српско грађанско вијеће – моја опаска). Те организације лобирају на све стране, почев од амбасадора најзначајнијих држава па до ранијег и садашњег високог представника... Томе се прикључује и низ новинара из различитих средстава информирања. Пред сваку сједницу и јавну расправу ова кампања се интензивира... Таква кампања је била апсолутно једнострана и стварала је код обичног грађанина на територији овог поднебља предојбу о овом предмету на један политичко-програмирани начин. ... Десетак дана пред доношење одлуке невладине организације су организовале скуп којем су присуствовали и представници и експерти у овом предмету који су за. У новинама, на ТВ-у и радију овом скупу је дат велики значај. На том скупу један предсједник невладине организације, из времена рата кооптирани члан Предсједништва БиХ из реда хрватског народа, јавно изриче да ће се судити судијама Уставног суда који не донесу позитивну одлуку (да се усвоји захтјев Алије Изетбеговића – моја опаска). ... Ова офанзивна кампања је горе наведеним достигала кулминацију прије одлуке. Но, 1. јула 2000. године дошло је до одлуке за ... Дошло је до одлуке коју је крајем 1998. године ‘крајње неопрезно’, али тачно, прогнозирао подносилац захтјева (Алија Изетбеговић – моја опаска) када је рекао у једном интервјуу дневном листу ‘Аваз’: ‘За одлуку нам је потребно пет гласова, три странца ће најјероватније гласати за нас, што значи да ћемо имати у најгорем случају пет гласова’.

Двије чињенице поуздано произлазе из претходног цитата. Једна је да је судија Зовко прије доношења ове одлуке био подвргнут притисцима и пријетњама. Убрзо је услиједила и осуда (не само њега него и судија Звонка Миљка, Снежане Савић и Витомира Поповића), о чему свједочи сљедећи дио издвојеног мишљења судије Зовка (курзив у цитату је мој):

„Седмичне новине ‘БХ дани’ од 7. јула 2000. године на читавој уводној страни наводе уредников коментар под насловом ‘Седми дан’ па, глорифицирајући друге учеснике у овом поступку, безобзирно посебно вријећа мене и г. др Звонка Миљка. Судије из Републике Српске ‘отписује’ на каже да није изненађен њиховим гласањем, али каже за нас двојицу ‘но из главе ми не излазе имена судија представника хрватског народа (ваљда у БиХ) која вриједи добро запамтити: дакле, Мирко Зовко, Звонко Миљко! Хисторија злочина и бешчаића над овом земљом зна за примјере и већих злочинаца, и већих бесрамника, али имена Зовке

и Миљке заслужују посебно мјесто'. ... Све ово говори о невјероватном атаку на неовисност Суда.“

Да се радило о систематској кампањи притисака свједочи и проф. др Витомир Поповић, који је у то вријеме такође био судија Уставног суда Бих. Наиме, и судија Поповић у свом издвојеном неслажућем мишљењу указује на „...велики притисак средстава информисања Федерације БиХ пред и у вријеме сваког одржавања сједница Суда посвећених овој одлуци“, истичући да „то више него сасвим јасно говори о искључиво политичком, а не правном карактеру ове одлуке“.

Ова кампања притисака и пријетњи судијама мора се имати у виду и зато што је она несумњиво била сигнал и тадашњим судијама странцима у Уставном суду БиХ (Јозефу Марку, Хансу Данелијусу и Лују Фавореу) шта се очекује од њих уколико желе мирно наставити и довршити свој судијски мандат у Сарајеву и зарадити високе плате. Другим ријечима, они су, хтјели то признати или не, знали веома добро да ће се наведена кампања усмјерити и против њих уколико своја мишљења и гласове у овом предмету не прилагоде одлуци какву је очекивао Алија Изетбеговић. Он им је поруку у том смислу послао својим интервјуом дневном листу „Аваз“ с краја 1998. године, рекавши између осталог како ће „...три странца (ће) највјероватније гласати за нас...“. Када се ово има у виду, онда не чуди што је судија Јозеф Марко са сигурне удаљености, док је био члан радне групе тзв. “Венецијанске комисије”, у Стразбуру 1996. године имао став како је сасвим регуларно да се Република Српска уставом одреди као национална држава српског народа. Но, након тога исти судија, дошавши у Сарајево, радикално мијења своје мишљење када се одлучује о приједлогу Алије Изетбеговића и приклања се ономе што је Алија Изетбеговић желио да одраде иностране судије, заједно са бошњачким судијама на које је Изетбеговић са сигурношћу рачунао.

Но, поред чињенице притисака, пријетњи и осуда које поуздано произлазе из својеврсног свједочења судије Мирка Зовка (и судије Витомира Поповића), казивање судије Зовка је од и те какве важности и због још једне чињенице. Наиме, он, како смо видјели, указује на нешто што је неспорно, у интервјуу крајем 1998. године, рекао Алија Изетбеговић, а то је да је већ тада знао да ће за одлуку којом ће бити усвојен његов захтјев гласати тројица тадашњих судија странаца (Јозеф Марко, Ханс Данелиус и Луј Фаворе) те двоје судија Бошњака (Азра Омерагић и др Касим Бегвић).

Међутим, у вези са судијама др Касимом Бегићем и Јозефом Марком постојала је непремостива правна препрека, преко које ће њих двојица прећи гажењем основних правних и моралних начела, што указује на њихово криминално понашање. О томе ће бити ријечи у наставку, при чему је оно што слиједи опет поткријепљено свједочењима судија из тог предмета.

Прије него што ће се приступити доношењу ове одлуке, поставило се питање да ли судије др Касим Бегић и Јозеф Марко могу учествовати у томе. Једноставније речено, постављено је питање њиховог изузећа, а у доношењу одлуке о том претходном питању не могу учествовати судије о чијем изузећу је ријеч. На то је тако јасно указао судија Мирко Зовко у свом издвојеном неслажућем мишљењу, рекавши:

„У нашем позитивном праву учешће у изради уговора не оставља могућност да та особа буде и судија у истом предмету, већ могући свједок.“

Изузеће поменутих судија је затражено јер је др Касим Бегић у вријеме када је усвајан Устав Федерације БиХ био предсједник Уставно-правне комисије Парламента Федерације БиХ, у име које је и предложио пред Парламентом Федерације БиХ 5. јуна 1996. године 36 амандмана на Устав Федерације БиХ, међу којима је био и приједлог да су Бошњаци и Хрвати конститутивни народи у том ентитету. Поред тога, др Касим Бегић је био и експерт у тиму Алије Изетбеговића на мировним преговорима у Дејтону.

Други судија Уставног суда БиХ, Аустријанац Јозеф Марко, који је, као и судија др Касим Бегић, учествовао у доношењу одлуке којом је захтјев Алије Изетбеговића усвојен и наведене одредбе Устава Републике Српске, односно Федерације БиХ оглашене као неуставне, прије тога је био члан радне групе тзв. “Венецијанске комисије” која је у Стразбуру 27. јула 1996. године, у поступку помагања у окончању амандманског усаглашавања ентитетских устава са Уставом БиХ, између осталог закључила „да је сасвим регуларно да се Федерација дефинише као ентитет Бошњака и Хрвата а Република Српска као национална држава српског народа”. Но, након тога овај судија мијења мишљење када се одлучује о приједлогу Алије Изетбеговића и тиме у потпуности одступа од мишљења које је, о истом проблему, имао само неколико година прије тога. Овакво понашање најбоље је описао судија Мирко Зовко у свом издвојеном мишљењу, рекавши:

“Пошто о једној истини не могу да егзистирају двије истине, поставља се питање шта је права истина, јер може да буде само једна, да ли она прва, свјежа по времену и сјећању, или она каснија која им је прихваћена одлуком суда... Не бих смио и не желим никог да увриједим, али у интересу истине морам да формулишем понашање поменутих као класичну ревизију личног, политичког и правног става. Ради се о конвертитима. У политици је тај појам веома познат и има дубок садржај. Но, није ми нимало симпатичан код правника експерата. А, ето, мене и колеге који су гласали против одлуке немилице нападају, вријеђају и пријете. Нека им то служи на част. Казаћу и то: конвертити не воле досљедне људе јер их подсјећају на њихову савјест. Казаћу и то, нажалост, а касније ћу и да наведем, да је и у суду било конвертита. Потребно је да неке ствари раскринкам да бих заштитио интегритет суда и свој лични.“

Да све буде још горе, чињеница је, коју у свом издвојеном мишљењу износи судија проф. др Витомир Поповић, да су у гласању о захтјеву за изузеће судија др Касима Бегића и Јозефа Марка учествовали и њих двојица, дакле судије чије је изузеће тражено. Због тога судија Поповић у свом издвојеном мишљењу и истиче да, имајући у виду велики притисак средстава информисања пред и у вријеме одржавања сједница суда посвећених овој одлуци, то више него сасвим јасно говори о искључиво политичком, а не правном карактеру ове одлуке.

Дакле, то је начин на који је гажењем права омогућено да у одлучивању у овом предмету учествују као судије др Касим Бегић и Јозеф Марко. Суштина ове противправности, која је тешко кривично дјело учињено од поменуте двојице судија (злоупотреба службеног положаја) своди се на то да су и њих двојица учествовала у одлучивању о захтјеву за своје изузеће и, наравно, гласала да се тај захтјев одбије. Када су то постигли, више није било препрека да одраде преостали дио посла на начин који ће бити објашњен у наставку.

Наиме, у супстанцијалном погледу овом трећом дјелимичном одлуком је одлучено да је неуставна одредба Устава Републике Српске (из члана 1), којом је Република Српска одређена као држава српског народа. Основ за такву одлуку покушао се пронаћи у преамбули Устава БиХ, при чему је то учињено од стране мањине судија у Уставном суду БиХ, што такође представља кривично дјело злоупотребе службеног положаја. На ово указујем због чињеница да је Уставни суд БиХ у то вријеме, као и данас, имао девет судија (двоје из Републике Српске – двоје Срба, четворо из Федерације БиХ – двоје Хрвата и двоје Бошњака, те троје иностраних

судија). Како ће убрзо бити показано, само четворо судија овог суда је у предметној одлуци заузело став да преамбула Устава БиХ има нормативне исказе, то јест да садржи правно обавезујућа правила понашања, док је петоро судија (двоје Срба, два Хрвата и један инострани судија) заузело потпуно супротан став о овом питању. Упркос томе, у коначној одлуци приказано је као да је већина судија одлучила да преамбула Устава БиХ има нормативне исказе.

Четворо судија који су остали у мањини (др Касим Бегвић, Азра Омерагић те Јозеф Марко и Луј Фаворе) позивали су се на посљедњу реченицу преамбуле Устава у којој је наведено да су Бошњаци, Хрвати и Срби, као конститутивни народи (заједно са осталима) и грађани БиХ одлучили како ће гласити Устав БиХ. Из овог дијела преамбуле хтјело се, пошто о томе нема ни ријечи у нормативном дијелу Устава БиХ, извести закључак да тај устав прописује конститутивност Срба, Бошњака и Хрвата на цијелој територији БиХ, а не само на нивоу институција БиХ како, иначе, произлази из нормативног дијела Устава БиХ. Због тога је, дакле, без икаквих правних и научних скрупула требало дати нормативни карактер наведеној посљедњој реченици преамбуле Устава БиХ. Међутим, за такав став, од укупно девет судија, гласало је двоје судија Бошњака и двоје судија странаца, док из издвојеног мишљења судије Ханса Данелијуса, како ћемо видјети, сасвим јасно произлази да и он сматра како у преамбули Устава БиХ, с обзиром на њену садржину, нема нормативних исказа који би правно обавезивали. Овдје на видјело избија врхунац хипокризије у припремању, а потом и доношењу “већинске” одлуке, што се разоткрива анализом издвојених мишљења судија проф. др Снежане Савић, проф. др Витомира Поповића и Ханса Данелијуса и довођењем у везу садржине тих мишљења са одлуком коју су, када је ријеч о правној природи преамбуле Устава БиХ, донијели двоје судија Бошњака и двоје судија странаца. Дакле, у издвојеном мишљењу судије проф. др Снежане Савић наведено је (*курзив у тексту је мој*):

“Приликом самог одлучивања Суда (вијећања и гласања) иако сам, као судија, то сугерисала, није извршено раздвајање у односу на разлоге оспоравања наведених чланова, већ је прије доношења одлуке, на приједлог судије извјестиоца, Закључком Суда, одлучено да се гласа о изреци Одлуке, а да се потом, зависно од карактера Одлуке у меритуму, одлучи о аргументацији. Због овога, Суд је, а и Редакциона комисија Суда, на сједници одржаној 3. августа 2000. године, дошла у ситуацију да је на основу понуђеног коначног Нацрта одлуке судије извјестиоца,

али и на основу издвојеног мишљења судије др Ханса Данелијуса, било немогуће утврдити коначан текст Одлуке те је, сагласно томе, Нацрт одлуке, на основу члана 67 Пословника о раду Суда, вратила на сједницу Суда... Образложење Одлуке (аргументација) сачињено је на полазној основи да је већина судија (пет напрема четири) гласала за одлуку да оба члана ентитетских устава нису у сагласности ни са посљедњом алинејом Преамбуле Устава БиХ, нити пак са наведеним члановима Устава БиХ.

Међутим, из издвојеног мишљења судије др Ханса Данелијуса види се да се он у својој одлуци није определио за овакву врсту одлуке, у погледу аргументације... Због свега наведеног *постоји ситуација да је само четворо судија одлучило онако како се, у овом дијелу образложења (аргументације) предлаже у коначном Нацрту одлуке, а да су петорица судија одлучила другачије, тј. да су заузела став да посљедња алинеја Преамбуле Устава БиХ нема нормативни карактер на који се, у погледу конститутивности народа, позива подносилац захтјева, али и судија изјестилац у самој Одлуци.* Ово је значајно јер имплицира различите посљедице у погледу провођења Одлуке Суда, с обзиром на то да се њено образложење може засновати само на већинској аргументацији која постоји приликом одлучивања. *Поред овога, аргументација у коначном Нацрту одлуке је у великом дијелу другачија у односу на ону која је презентирана на сједници Суда и на основу које је одлучено као у изреци Одлуке, што је недопустиво.* Нпр. навођење праксе Врховног суда Канаде, Декларације о равноправности и самосталности РС од 19. новембра 1997. године, праксе швајцарског Врховног суда и сл., о чему се на сједници Суда од 30. јуна 2000. и 1. јула 2000. године није расправљало.”

Наведени став судије Снежане Савић добија потврду најприје у издвојеном мишљењу судије Ханса Данелијуса, а потом и у издвојеном мишљењу судије Витомира Поповића. Истина, судија Ханс Данелијус у издвојеном мишљењу наводи да одредбу члана 1 Устава Републике Српске сматра супротном чл. II/4 и II/6 Устава БиХ, али за то износи правно ишчашену аргументацију. Наиме, судија Данелијус у свом издвојеном мишљењу каже да ће се одредба члана 1 Устава Републике Српске:

„...вјероватно протумачити од оних Бошњака и Хрвата који живе у Републици Српској или који се желе тамо вратити, као индикација да они нису прихваћени као једнаки Србима већ да су, до неке мјере, виђени као грађани другог реда. Према томе, у овом погледу члан 1 Устава РС садржи дискриминаторан елемент који се не може занема-

рити. Овај члан би, такође, могао обесхрабрити избјеглице и расељена лица да се врате и стога је несагласан са важним циљем Устава БиХ. Из ових разлога закључујем да члан 1 Устава РС није сагласан са забраном дискриминације из Устава БиХ.“

Како видимо, судија Ханс Данелијус се у покушају да образложи своје издвојено мишљење упустио у недопустиво изношење голих претпоставки, типа да ће се нешто *вјероватно протумачити* од Бошњака и Хрвата на одређени начин и да би нешто *могло обесхрабрити* одређена лица. Стога не чуди што је судија др Звонко Миљко у свом издвојеном неслажућем мишљењу, комбатујући са наведеним мишљењем судије Данелијуса, рекао:

„Очигледно је да се ради о правима индивидуалног карактера и да се самим тим штите права појединаца, а не група као таквих, поготово не (мега) група типа народа (нација) у једној вишенационалној држави. Сама конвенција (*Европска конвенција о људским правима – моја опаска*) не предвиђа *actio popularis*, а чак и када је ријеч о ‘групним’ апликацијама, сваки појединац у оквиру групе мора показати да је жртва кршења права, што потврђује пракса Европског суда за људска права. И ми се овдје морамо понашати идентично...“.

Дакле, претходно цитирани став судије Данелијуса није правно основан. Да ли су грађани у држави дискриминисани не може се закључивати само на основу двије одредбе устава, тим прије што ни њихов садржај сам по себи не пружа било какав основ за такав закључак. О постојању или непостојању дискриминације у оваквим случајевима може се закључивати сагледавањем цјелине одредаба једног правног поретка те да, како с правом указује судија др Звонко Миљко, „...и када је ријеч о ‘групним’ апликацијама, сваки појединац у оквиру групе мора показати да је жртва кршења права“. Да је тако поступљено од стране судије Данелијуса, као што нажалост није, морао би се извести сасвим супротан закључак од оног који је он извео.

Осим тога, може се навести и низ примјера из компаративног уставног права, у којима су многе државе са европског тла себе означиле најприје као државе једног народа, а потом и свих својих грађана. У Основном закону (уставу) СР Њемачке позива се на *њемачки народ*. У преамбули важећег Устава Републике Хрватске изричито је наведено да се Република Хрватска „...установљује као *национална држава хрватског народа* и држава припадника аутохтоних националних мањина...“. У члану 3 Устава Словеније прописано је да је Словенија заснована на

трајном и неотуђивом праву *словеначке нације* на самоопредјелјење. За разлику од словеначког, уставотворац Естоније је у преамбули Устава Естоније утврдио да је ова држава установљена на “...*неугасивом праву естонског народа на самоопредјелјење...*”. И у Уставу Албаније тамошњи уставотворац у преамбули наглашава вјековну тежњу *албанског народа* за националним јединством, што другим ријечима значи тежњу за националном државом. У преамбули Устава Републике Македоније се указује да је “...*историјска чињеница да је Македонија основана као национална држава македонског народа...*”. Најзад, овдје ћу навести још и примјер из нормативног дијела ирског Устава. Чланом 1 Устава Републике Ирске прописано је да *ирска нација* потврђује неотуђиво и суверено право да изабере сопствени облик владавине што, у суштини, значи право да организује сопствену државу.

Но, остављајући по страни правну неутемељеност и својеврсну произвољност наведеног дијела издвојеног мишљења судије Данелијуса, овдје је од важности онај дио његовог мишљења у којем је више него јасно рекао да преамбула Устава БиХ не садржи нормативноправне исказе и да стога није правно обавезујућа. Међутим, то није била препрека за судије Бошњаке (др Касим Бегић и Азра Омерагић) и преостале судије странце (Луј Фаворе и Јозеф Марко) да свом мишљењу додају и мишљење Ханса Данелијуса. Ево шта у вези са преамбулом Устава БиХ каже судија Ханс Данелијус у свом издвојеном мишљењу (*курзив је мој*):

“Преамбула Устава БиХ се, сама по себи, мора сматрати дијелом тог устава. У складу с тим, Уставни суд је у принципу надлежан да преиспита да ли су уставни ентитета у сагласности са овом преамбулом. Међутим, предуслов да се установи несагласност са Преамбулом Устава БиХ мора бити да одговарајућа одредба Преамбуле има нормативни карактер, те да предвиђа ограничења или намеће обавезе обавезујуће за ентитете. Питање које се сада поставља је да ли је члан 1 Устава РС, утолико што наводи српски, али не и бошњачки и хрватски народ, у сагласности са наведеном одредбом Преамбуле Устава БиХ.

У том погледу, сматрам прикладним узети у обзир садржај и специјални карактер ове одредбе Преамбуле. Како се чини из њене формулације, *одредба не садржи никакву правну норму из које слиједи специфична права или обавезе. Ова одредба није ништа више до уводни параграф који идентифицира оне који су усвојили и прогласили Устав БиХ.* То је контекст у којем се Бошњаци, Хрвати и Срби означавају као конститутивни народи заједно са осталим, и као они који су, заједно са

свим грађанима Босне и Херцеговине, одредили садржај Устава. *Према томе, утолико што наведена одредба означава три народа као конститутивна, то чини само у контексту доношења и проглашавања Устава БиХ, те се за ову одредбу не може сматрати да утемељује било какво правило нормативног карактера или да ствара било какве уставне обавезе. Слиједи да не постоји довољна основа за закључак да члан 1 Устава РС криши посљедњу алинеју Преамбуле Устава БиХ.*

Дакле, судија Ханс Данелијус више него јасно износи своје мишљење о томе да преамбула Устава БиХ не садржи одредбе које би стварале било какве уставне обавезе. Међутим, остале судије (већ поменути др Касим Бегвић, Азра Омерагић, Луј Фаворе и Јозеф Марко), као и они савјетници у Уставном суду БиХ који су припремали нацрт ове одлуке (чија имена овдје не наводим зато што ми нису позната), и поред тога се нимало не устручавају да у образложењу своје одлуке кажу између осталог и сљедеће (*курзив је мој*):

“26. Будући да свака одредба устава ентитета мора бити конзистентна са Уставом БиХ, укључујући и Преамбулу овог устава, одредбе Преамбуле пружају правну основу за преиспитивање свих нормативних аката нижег реда у односу на Устав БиХ док год поменута преамбула садржи уставне принципе који, према ријечима канадског Врховног суда, описују сфере надлежности, досег права и обавеза, или улоге политичких институција. *Одредбе преамбуле онда нису само описне, већ им је такођер дата моћна нормативна снага, те оне представљају ваљан стандард за судску контролу Уставног суда.* Дакле, у наредном дијелу Уставни суд треба у суштини да елаборира која конкретна права и обавезе слиједи из уставних принципа преамбуле Устава БиХ с једне стране, и Устава РС с друге...

51. Међутим, питање које је Суд претходно елаборирао (ст. 23 до 26) – да ли посљедња алинеја Преамбуле, посебно означавање ‘Бошњаци, Хрвати и Срби, као конститутивни народи (заједно с осталима)’, садржи уставни принцип у вези са осталим одредбама које би могле служити као стандард контроле, Суд закључује:

52. Како год неодређен био језик Преамбуле Устава БиХ због овог недостатка дефиниције статуса Бошњака, Хрвата и Срба као конститутивних народа, она јасно означава све њих као конститутивне народе, тј. као народе.”

На крају своје одлуке, поменутих четворо судија каже:

„Означавање у Преамбули Устава БиХ Бошњака, Хрвата и Срба као конститутивних, мора бити схваћено као један наткровљујући принцип Устава БиХ којем се ентитети морају у потпуности повиновати према члану III/3(б) Устава БиХ.

Уставни суд закључује да одредба члана 1 Устава РС крши уставни статус Бошњака и Хрвата који им је додијељен посљедњом алинејом Преамбуле Устава БиХ...“

Како се може видјети, четворо судија које су остале у мањини све вријеме говоре на начин који би читаоца требао навести на закључак да су све судије Уставног суда донијеле овакву одлуку у погледу правне природе преамбуле Устава БиХ. Међутим, то не само да не одговара стварности већ представља њено фалсификовање. Наиме, из претходног излагања више је него јасно да је већински став пет судија (Ханс Данелијус, Снежана Савић, Витомир Поповић, Мирко Зовко и Звонко Миљко) да преамбула Устава БиХ не садржи нормативне исказе, усљед чега не ствара било какве уставне обавезе.

Оваква одлука Уставног суда БиХ била је, дакле, основ за позивање на измјене устава у Републици Српској. Овдје ћу кратко подсјетити на то како су ове промјене проведене у Републици Српској. Суштина тих промјена је у томе да је кључну улогу у овом процесу стварања и (квази) поуостављења Вијећа народа Републике Српске имала Канцеларија високог представника у БиХ и високи представник Волфганг Петрич лично. Наиме, он је одлуком од 11. јануара 2001. године противправно наметнуо тзв. уставне комисије у ентитетима и именовao њихове чланове. Оне ће, са процедурама одлучивања и надлежностима које су такође наметнуте од Волфганга Петрича, бити нуклеус онога што се данас назива Вијећем народа Републике Српске. Затим је Народна скупштина Републике Српске у априлу 2002. године формално усвојила амандмане LXVI–XCI на Устав Републике Српске, али су ти амандмани ступили на снагу тек након што их је прегледао високи представник Волфганг Петрич и одобрио својом одлуком од 19. априла 2002, уз неколико сопствених амандмана. Високи представник то чини тако што у својој одлуци о измјенама и допунама Устава Републике Српске дословно каже:

“Овом одлуком се одобравају амандмани на Устав Републике Српске од броја LXVI–XCI, које је предсједник Народне скупштине Републике Српске др Драган Калинић доставио високом представнику 18.

априла 2002. године (овјерене округлим печатом Републике Српске) и захтијева се њихово објављивање са промјенама на Амандмане LXXI, LXXXII и LXXXV, наведене у даљем тексту, укључујући и додатни Амандман ХСII. Сви такви амандмани (првобитни, измијењени и додатни) сматрају се правовремено проглашеним и објављеним од стране Народне скупштине Републике Српске сходно и у потпуној сагласности са чланом 136 Устава Републике Српске и ступају на снагу даном доношења ове одлуке...”.

Дакле, тек пошто је високи представник овако одлучио, могао се објавити коначан текст уставних амандмана у Службеном гласнику Републике Српске, при чему је интересантно да на крају тог текста нема, као обично, имена предсједника Народне скупштине Републике Српске, што је и разумљиво будући да је коначни текст ових амандмана утврдио високи представник.

Шта је суштина ових промјена, у дијелу који је од важности за тему овог рада? Мислим да ништа боље не изражава ту суштину до садржина појединих одредаба из Устава Републике Српске. Стога ћу у наставку анализирати поједине од тих одредаба, како бих указао на конфузију у њима, као и на апсурд у вези са позицијом у коју су тим амандманима доведене националне мањине у Републици Српској, што се може наћи само овдје и нигдје више. При томе се ни једног тренутка не смије губити из вида да је наведена одлука Уставног суда БиХ, која је усвојена супротно Уставу БиХ и на начин који сам претходно објаснио, основ за ова, као и друга рјешења из Устава Републике Српске у вези са фамозном конститутивношћу народа.

Дакле, након ових измјена Устава Републике Српске, у њему су прописане (Амандманом LXXXII којим је допуњен члан 70 Устава Српске) двије процедуре за усвајање општих правних аката у вези са тзв. виталним националним интересом – синтагмом која је у уставно уређење Републике Српске уведена након ових уставних промјена. И у једној и у другој процедури битно је да се покрећу када је ријеч о виталном националном интересу *конститутивних народа*, а не и националних мањина. Међутим, да би акт усвојен од стране Народне скупштине био прихваћен и у Вијећу народа Републике Српске, за њега морају гласати сви клубови делегата у Вијећу народа, а то значи и клубови делегата из реда тзв. “осталих”, тј. из реда националних мањина. Такав закључак недвосмислено произлази из сљедећих уставних одредаба (Амандман LXXXII):

“Уколико више од једног предсједавајућег или потпредсједавајућег Вијећа народа сматра да закон спада у питања од виталног националног интереса дефинисана у Амандману LXXVII закон ће бити уврштен на дневни ред Вијећа народа као питање од виталног интереса...

Уколико већина *сваког клуба који има делегате у Вијећу народа* гласа за такве законе или друге прописе или акте, сматраће се да су они усвојени...

У случају да 2/3 једног од клубова конститутивних народа у Вијећу народа одлучи да се закон, акт или пропис односи на витални интерес, закон ће разматрати Вијеће народа.

Уколико већина *сваког клуба заступљеног у Вијећу народа* гласа за тај закон, други пропис или акт, исти се сматра усвојеним.”

Јасно је, дакле, да из оваквих уставних рјешења произлази како се ниједан акт не може сматрати усвојеним ако за њега није гласао и клуб националних мањина, с обзиром на то да и он има свој клуб у Вијећу народа. И у томе јесте апсурдност уставног рјешења на коју желим указати у раду, а која је у вези и са пресудом Европског суда за људска права у предмету Сејдић–Финци. Наиме, у одлуци Уставног суда БиХ, како је претходно указано, тај суд је неуставно (четворо судија тог суда), из посљедње реченице преамбуле Устава БиХ извео закључак о томе да су сви народи (Срби, Бошњаци и Хрвати) конститутивни на цијелој територији БиХ, упркос томе што тако нешто не произлази не само из преамбуле Устава БиХ него ни из његовог нормативног дијела. Но, чак се ни Уставни суд БиХ, боље рећи оно четворо већ поменутих судија, није смио упустити у то да тврди како су и националне мањине (тзв. остали) конститутивни у БиХ. Међутим, ако то није учинио Уставни суд БиХ, то је учињено током измјена Устава Републике Српске које су услиједиле након одлуке Уставног суда БиХ. Тако је сада у Уставу Републике Српске прописано (Амандман LXXVIII) да “Вијеће народа има по осам чланова из сваког конститутивног народа и четири члана из реда осталих.” Претходно је показано да, било да је питање виталног националног интереса покренуто од стране предсједавајућег, односно потпредсједавајућих Вијећа народа или, пак, од 2/3 једног од клубова конститутивних народа у Вијећу народа, из одговарајућих одредаба Устава Републике Српске произлази да је за усвајање закона, другог прописа или акта неопходно да за њега гласа већина *сваког клуба заступљеног у Вијећу народа*. А тај клуб, поред Срба, Бошњака и Хрвата, имају и остали, то јест националне мањине. То произлази и из неколико одредаба Пословника Вијећа

народа Републике Српске. Тако је чланом 27 Пословника прописано да Вијеће народа бира свог предсједавајућег и три потпредсједавајућа и да они морају бити из различитих конститутивних народа и осталих (тј. националних мањина). Потом је у члану 34 Пословника прописано да се у Вијећу народа формирају клубови делегата за конститутивне народе и остале. Дакле, и ови остали (тј. националне мањине) имају свој клуб делегата који, према члану 35 Пословника, разматра све законе, прописе и друге акте које је изгласала Народна скупштина. У члану 81 тачка 4 Пословника, у вези са процедуром за законе и друге акте од виталног националног интереса, прописано је (курзив је мој):

“4. Уколико већина сваког клуба који има делегате у Вијећу народа гласа за такве законе или друге прописе и акте, сматраће се да су они усвојени.”

Јасно је да се, према слову Пословника (који садржи преписану одговарајућу одредбу Устава Српске), закони у вези са виталним националним интересом не могу сматрати усвојеним ако за њих није гласао сваки од клубова делегата у Вијећу народа. Уколико то није могло бити постигнуто, формира се заједничка комисија, од по пет чланова из Народне скупштине Републике Српске и Вијећа народа Републике Српске. Задатак ове комисије је да покуша усагласити текст закона или другог акта усвојеног у Народној скупштини Републике Српске. Према члану 83 став 3 Пословника Вијећа народа, од пет чланова ове комисије које бира Вијеће народа, један делегат је из реда осталих. Када се ова чињеница доведе у везу са одредбом амандмана LXXXII према којој ова комисија одлуке доноси *консензусом*, јасно је да ни овдје текст закона или другог акта не може бити усаглашен, усљед чега се не може сматрати ни донијетим, ако своју сагласност није дао и делегат клуба националних мањина, без обзира на то што је ријеч о питању од виталног националног интереса конститутивних народа.

Зашто указујем на ово апсурдно уставно рјешење? Оно је у вези са положајем националних мањина у било којој држави на свијету. Нигдје се, наиме, осим овдје код нас, не може наићи на овакво рјешење у вези са правима националних мањина, а о њима се управо ради када се употребљава термин “остали”. Таква могућност, каква им је дата претходно анализираним уставним одредбама, за њих не произлази ни из међународних правних докумената. Чланом 15 Оквирне конвенције за заштиту националних мањина одређено је да ће стране потписнице креирати услове неопходне за ефективно учешће припадника национал-

них мањина у културном, социјалном и економском животу и јавним пословима, посебно оним који утичу на њих. У том смислу већ је на нивоу БиХ донијет Закон о заштити права припадника националних мањина. Чланом 9 тог закона прописано је право припадника националних мањина у БиХ на заступљеност у органима власти и другим јавним службама на свим нивоима, сразмјерно проценту њиховог учешћа у становништву према посљедњем попису БиХ. Остваривање овог права на нивоу јединица локалне самоуправе већ је омогућено одговарајућим одредбама Изборног закона БиХ (члан 13–14 тог закона). Учешће националних мањина (сразмјерно њиховом броју) може се и треба омогућити и у ентитетским парламентима, и то у Народној скупштини Републике Српске и Представничком дому Парламента Федерације, тако што би се у одговарајућој мјери повећао број посланика у Народној скупштини Српске, односно Представничком дому Парламента Федерације БиХ.

Међутим, из овога не произлази обавеза да се националним мањинама обезбиједи учешће у парламенту федералне јединице на начин како је учињено у Уставом Републике Српске, а посебно не да им се обезбиједи представништво у Дому народа у савезном парламенту БиХ. Разлог за ово је чињеница да националне мањине у БиХ нису она уставноправна специфичност због које је ваљало образовати Дом народа Парламентарне скупштине БиХ, већ су то њени народи – Бошњаци, Срби и Хрвати. Они су, дакле, конститутивни на нивоу БиХ и то је својеврсна квинтесенца уставног уређења БиХ. На њој почива, боље рећи само од ње (те конститутивности народа на нивоу БиХ) зависи стабилност односа у БиХ како у овом тренутку, тако још више у времену које је испред нас. Нажалост, ову суштину босанскохерцеговачког уставног уређења није хтјело да разумије и уважи не само оно четворо судија Уставног суда БиХ, већ ни већина судија Европског суда за људска права које су одлучивале у предмету Сејдић–Финци, у којем је, опет прегласавањем као и у претходно анализираној одлуци Уставног суда БиХ, донијета пресуда која имплицира рушење наведене квинтесенце не само уставног уређења БиХ него и босанскохерцеговачког живота у цјелини.

На то у својим издвојеним мишљењима основано указују судије Мирко Зовко и проф. др Витомир Поповић. Тако судија Мирко Зовко с правом истиче (*курзив у цитату је мој*):

„Међутим, да не буде забуне, *не одређује устав конститутивне народе, већ напротив конститутивни народи, као ‘државотворни или уставотворни’*, одражавају моћ народа да донесе устав и створи

државу. ... Било би 'смијешно и апсурдно', што је добро познато, да су у стварању Републике Српске учествовали Бошњаци и Хрвати. ... У овом повијесном процесу карактеристично је 'договарање основних принципа' најприје у Женеви 8. септембра 1995. године, па у Њујорку 26. септембра 1995. године. Најкарактеристичније је то да на овим преговорима учествује и Република Српска. У тачки 2.2. један од договорених принципа у Женеви гласи: 'Сваки ће ентитет (Федерација БиХ и Република Српска) наставити постојање у складу са својим садашњим уставом', уз обавезу да Устав ускладе с овим принципима. Према томе, већ овај договорени принцип не може се занемарити при тумачењу Устава БиХ у односу на спорно питање. Ово тим прије што задња алинеја Устава БиХ гласи – цитирам 'Подсјећајући на основна начела усаглашена у Женеви 8. септембра 1995. и Њујорку 26. септембра 1995. године'. Из овога се може закључити да никада није ни било помена да ће се структура у ентитетима измијенити коначним мировним споразумима у односу на конститутивност народа... Али ми није јасно, након одлуке Суда о конститутивности народа на читавој територији БиХ, како може даље егзистирати ентитет под називом 'Република Српска'. Након наше одлуке једино би се могао звати нпр. Република Срба, Бошњака и Хрвата.“

И судија проф. др Витомир Поповић у свом издвојеном мишљењу даје разлоге који, у битном, одговарају претходно цитираним разлозима судије Мирка Зовка. Наиме, судија Поповић се такође позива на тачку 2.2. принципа договорених у Женеви 8. септембра 1995. година, након чега исправно закључује:

„На основу свега изнесеног може се закључити да су Срби, Хрвати и Бошњаци конститутиван народ по Уставу БиХ, али да нису конститутиван народ по Уставу Републике Српске на нивоу Републике Српске, а нити по Уставу Федерације на нивоу Федерације БиХ. Ако Република Српска није држава српског народа, како захтјев (Алије Изетбеговића – моја опаска) тврди, зашто јој је Устав БиХ (члан 1 став 3) признао назив 'Република Српска' и шта може да означава ријеч 'српска' ако не да је то држава српског народа; ако су у Републици Српској конститутивни народи још Бошњаци и Хрвати, онда она сигурно не би могла имати Уставом признати назив него би се, по аналогiji, могла звати 'Република српско-хрватско-бошњачка' и гдје би у том случају она могла наћи *ratio* свог постојања. ... Поступајући на овај начин, Уставни суд БиХ се од своје уставне улоге 'чуvara Устава' претвара у законодавни орган, па и у уставотворца, што би по мом дубоком мишљењу могло проузрокова-

ти несагледиве посљедице, како по Суд, тако и по Дејтонски споразум у цјелини, па и Босну и Херцеговину, односно њене ентитете, Републику Српску и Федерацију БиХ.“

III. Завршни дио

Претходни дио овог рада с разлогом сам завршио одговарајућим цитатима из издвојених неслажућих мишљења судија Мирка Зовка и проф. др Витомира Поповића. Учинио сам то због тога што најприје судија Зовко с правом указује да *„не одређује устав конститутивне народе, већ напротив конститутивни народи, као ‘државотворни или уставотворни’, одражавају моћ народа да донесе устав и створи државу. ... Било би ‘смијешно и апсурдно’, што је добро познато, да су у стварању Републике Српске учествовали Бошњаци и Хрвати“*. Стога апсурдно звучи почетни дио преамбуле садашњег Устава Републике Српске у којем је речено да Народна скупштина Републике Српске доноси тај устав *„Поштујући вољу својих конститутивних народа и грађана да образују и очувају Републику Српску“*. То је не само тешка неистина која говори о идеолошко-индоктринативној функцији преамбуле Устава Републике Српске, већ је то истовремено и доказ који потврђује ријечи проф. др Витомира Поповића да се тиме проузрокују несагледиве посљедице по Дејтонски споразум у цјелини. Ја бих овоме додао да је тиме положен темељ за погубне посљедице по Републику Српску, јер претходно цитирани дио преамбуле Устава Републике Српске, као и све оно што је из тога потом изведено у нормативном дијелу тог устава (вишални национални интерес и Вијеће народа Републике Српске), доводе у питање назив Републике Српске, а тиме и саму њену државноправну есенцију.

Стога ћу у овом завршном дијелу на концизан начин изложити два разлога који указују на неопходност деконституционализације једног противправно створеног конструкта у виду Вијећа народа Републике Српске.

Свакако да се за ту деконструкцију као први разлог намеће онај правни. Наиме, претходно излагање показало је како у темељима Вијећа народа Републике Српске леже озбиљне и тешке злоупотребе уставносудијске функције од стране неколицине судија Уставног суда БиХ, као и исте такве злоупотребе позиције високог представника у БиХ.

У суштини, неколицина правника и високи представник у БиХ одрадили су оно што није могла учинити ни армија Изетбеговићевих војника у протеклом грађанском рату, а то је да квазипоуставе институцију Вијећа народа Републике Српске.

Из овог правног разлога произлази и морални разлог за деконституционализацију Вијећа народа. Наиме, неправо никада не може прибавити легитимитет не само у правном него ни у моралном погледу.

Међутим, питање које се с правом треба поставити јесте како извршити ову деконституционализацију. Према амандману LXXXIX Устава Републике Српске о приједлогу акта о промјени Устава одлучују Народна скупштина и Вијеће народа, а промјена Устава је усвојена ако за њу гласа најмање двије трећине од укупног броја народних посланика и већина чланова Вијећа народа из сваког конститутивног народа и осталих (дакле, и националних мањина). Како видимо, оваквим уставним „рјешењем“ Република Српска је доведена у позицију „заробљеника“ нечега што је створено на противправан начин, јер се за промјену било које уставне одредбе захтијева сагласност и Вијећа народа, при чему је извјесно да барем један дио тог вијећа на то никада неће пристати, без обзира на то што је до његовог стварања дошло на противустанован начин.

Стога не преостаје ништа друго до да се деконституционализација ове неуставне творевине изврши доношењем новог Устава Републике Српске, који би био устав дисконтинуитета донесен од претходно на демократским изборима изабране конституанте.

NECESSITY FOR DECONSTITUTIONALIZATION OF THE REPUBLIC OF SRPSKA COUNCIL OF PEOPLES

Milan Blagojević, PhD, Full Professor*

Summary

In the countries that have constitution in formal sense it can be understood and tolerated in some extent the need of political actors to have a letter of domestic constitution interpreted in a way which corresponds to their political interests in their everyday mutual political campaign. Such understanding and toleration are acceptable since, in final, their opinion is not legally binding. But, when the court does so, the court which has a highest place in judiciary, such behaviour is a true danger for society and state and we should be worried for that. Exactly this question is a topic of this paper, due to the fact that a way on which Constitutional Court of B&H decided in a case from 2000 year (on so called constitutionality of the peoples in B&H) unmasked readiness of few judges in that Court to put their functions in service of a realization of certain political interests. In this way, contrary to the Constitution of B&H, is constructed the institution of the Republic of Srpska Council of Peoples. Considering these facts, there is necessity for deconstitutionalization of such institution and the author has given proposal in the paper how to do this.

Key words: constitutionalism, deconstitutionalization, constitutionality of the peoples, interpretation of constitution, implementation of constitution, amending of constitution.

* University for Business Engineering and Management Banja Luka

НЕЗАВИСНОСТ СУДСКЕ ВЛАСТИ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Проф. др Александар Радованов*

Доц. др Јелена С. Миленковић**

***Сажетак:** У раду се разматра питање права на независан суд, гарантованог чл. 6 ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Важност предмета истраживања лежи у давању јасних смерница државама потписницама Конвенције у поштовању преузетих обавеза. Такође је неопходан систематичан приступ наведеном питању. Анализи стандарда смо приступили првенствено са становишта праксе Европског суда за људска права. Европски суд разматра питање независности и непристрасности суда заједно и не бави се њиховим разграничавањем. Посебно је проблематично преклапање појмова објективне непристрасности и независности у пракси Суда. Како бисмо јасно дефинисали појам независности суда и његове елементе, ослонили смо се на правну теорију. Утврдили смо да су елементи независног суда: независност од спољашњих и унутрашњих притисака на правосуђе, укључујући право на случајног судију, финансијска независност судија, начин именованја судија и трајање судијских мандата.*

***Кључне речи:** право на правично суђење, независност судске власти, елементи независности судске власти, пракса Европског суда за људска права, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.*

* Професор емеритус на Правном факултету за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду.

** Државно правобранилаштво Републике Србије, Одељење за заступање Србије пред Европским судом за људска права, e-mail: jelenasmil@yahoo.com

Ставови изнети у раду представљају искључиво личне ставове аутора.

1. Увод

О важности питања судске независности говори чињеница да је у већини правних система овај институт подигнут на ниво начела највишег правог акта државе и регулисан бројним међународним документима.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) у свом члану 6 став 1 правичност суђења повезује и са независним и непристрасним законито основаним судом. Европски суд за људска права (у даљем тексту: Европски суд; Суд), пред којим се штите права регулисана Конвенцијом, утврдио је да су концепти независности и непристрасности суда уско повезани. Њих је тешко раздвојити, посебно када су аргументи подносиоца представке, који у исто време доводе у питање обе наведене гаранције, засновани на истим чињеницама. Из овог разлога Суд приступа испитивању ове повреде заједно.¹ Могао би се стећи утисак о истоветности ова два појма, међутим, Суд је изричит да то није случај. Ипак, улога Суда је да испита евентуалну повреду Конвенције, а не и да обавезно разграничи појам независности од појма непристрасности суда.

Да би државе потписнице Конвенције могле имати јасне смернице у поштовању преузетих обавеза заштите стандарда права на правично суђење, међу које спада и право на независан суд, важно је јасно дефинисати овај појам. Појам и елементе стандарда независног суда систематизовали смо у складу са праксом Суда, као и у складу са правном теоријом, посебно у оним деловима у којима се нисмо могли у целости ослонити на праксу Суда.²

2. Појам и елементи независног суда у пракси Европског суда за људска права и правној теорији

Објашњавајући сву сложеност појма независности суда, у правној теорији постоји више подела, од којих ћемо издвојити две најдоминантније.

¹ *Dimitrov and Others v. Bulgaria*, број 77938/11, 1. 7. 2014, ст. 160.

² Познић, Боривоје, Ракић Водинелић, Весна, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 40; Трива, Сениша, Дика, Михајло, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 2004, 39/3–4; Ћурковић, Страхиница, „Независност и непристрасност судијске функције“, *Правна ријеч* 18/2009, Бања Лука, стр. 378.

Према првој подели, говори се о суштинској, личној, колективној и интерној независности.³ С тим у вези, суштинску независност чини слобода од спољашњих непримерених утицаја и притисака других грана власти или појединаца на суд.⁴ Под личном независношћу судија подразумевају се услови за обављање судијске службе, попут именовања судија, захтева за сталношћу судијске функције, непреместивости судија, судијског имунитета и разрешења од судијске функције. Укључивање судија у управљање судом и њихова материјална независност биле би део категорије колективне независности, док ће се независност од правосудних ауторитета сматрати унутрашњом независношћу.⁵

Друга подела појма независности судске власти заснива се на институционалној независности судства и индивидуалној (личној) независности судије.⁶ Институционална независност судства укључивала би, осим независности судске власти у контексту принципа поделе власти, још и начин избора судија без политичких критеријума, сталност судијске функције и непреместивост, као и међусобну независност судија. Са друге стране, принцип случајног судије, безбедност судија и њихова финансијска независност биле би гаранције укључене у личну независност судија.⁷

У правној теорији страних аутора независност судске власти посматра се у светлу сталности судијске функције, њихове финансијске сигурности и институционалне независности, која подразумева слободу судске власти од спољашњих притисака. Ова подела се чини доста ужом од претходних и представља у целини њихов део.⁸ Примећујемо да заправо све поделе садрже исте елементе којима се дефинише појам независности судске власти, с тим што се категоризација гаранција независности разликује.

³ Крапац, Давор, „Неовисност судаца као постулат правне државе: њемачка искуства, хрватски проблеми“, *Политичка мисао – часопис за политологију* 34(1), 1997, стр. 64–65.

⁴ Под спољашним притисцима у међународном праву се подразумева непристрасно судијско одлучивање у складу са законом „без икаквих ограничења, непрописних утицаја, подстицаја, притисака, претњи или ометања, директних или индиректних, са било које стране и из било којег разлога“, Основни принципи о независности правосуђа Уједињених Нација – *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985), Милано 25-6. септембар 1985. године, видети на <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>, приступљено: 7. 1. 2018. године.

⁵ Крапац, *op. cit.*, стр. 64–65.

⁶ Познић и др, *op. cit.*, стр. 40; Ћурковић, *op. cit.*, стр. 114.

⁷ *Ibidem.*

⁸ Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law, national, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, стр. 515-516.

Узевши у обзир литературу која се бави Европском конвенцијом, као и увидом у праксу Европског суда, елементи независности суда се не поклапају у потпуности са критеријумима које утврђује правна теорија о независности правосуђа у општем смислу. Наиме, Европски суд не врши категоризацију елемената независности суда на институционалну и личну независност. Без обзира на то, већина елемената биће заједничка, попут непостојања спољашњих притисака на судску власт посебно од стране извршне власти; начина именовања, разрешења и непреместивости чланова суда; трајања судијских мандата и сталности судијске функције; као и питања састава суда.⁹ Генерално, Европски суд у својој пракси разврстава елементе независности на: „начин именовања судија, трајање њихових мандата и непостојање спољњег притиска на правосуђе“.¹⁰ Поред наведеног, у пракси Суда се истиче још један елемент. У питању је неопходност разматрања питања „да ли домаћи суд оставља утисак независности“.¹¹ Проблем настаје зато што Суд овај исти критеријум користи не само приликом утврђивања независности домаћег органа, већ и за утврђивање објективне непристрасности судија. И сам Суд је констатовао да се објективна непристрасност тешко може раздвојити од независности.¹² Често ни у литератури која се бави праксом Европског суда не наилазимо на јасно утврђивање елемената којима би се раздвојили ови појмови.¹³ Због оваквог преклапања елемената независности и непристрасности, на основу праксе Суда се не може извршити потребна систематика поменутих појмова. Стога ћемо њихово раздвајање спровести на основу тога да ли се ради о односу међу гранама власти у смислу поштовања принципа поделе власти или се ради о односу судије према конкретном предмету и странкама у поступку.

Детаљнијом анализом праксе Европског суда утврдили смо да се са питањем утиска независности суда, односно објективне непристрас-

⁹ Дитертр, Жил, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Службени гласник и Савет Европе, Београд, 2004, стр. 183; Лич, Филип, *Обраћање Европском суду за људска права*, Београдски центар за људска права и Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2007, стр. 264.

¹⁰ *Moiseyev v. Russia*, број 62936/00, 9.10.2008, ст. 173.

¹¹ Дитертр, *op. cit.*, стр. 183; Лич, *op. cit.*, стр. 264.

¹² На пример, у случају *Langborger v. Sweden*, број 11179/84, ст. 35, 22. 6. 1989, Суд је сматрао да недостаје утисак независности домаћем суду, који је одлучивао о захтеву за ревизију у предмету закупа непокретности. Наиме, у поступајућем већу налазило се двоје судија поротника, које је именovalo удружење које је имало интерес да се постојећи услови закупа наставе. Суд је слично питање знао да подведе и под повреду објективне непристрасности (*Daktaras v. Lithuania*, број 42095/98, ст. 36, 10. 10. 2000).

¹³ White, C.A. Robin, Ovey, Clare, *The European Convention on Human Rights*, fifth edition, Oxford University Press, 2010, стр. 266–269.

ности, доводе у везу и критеријуми који се у правној теорији зову лична, односно колективна и унутрашња независност суда. Постоје случајеви у којима је Суд штитио гаранције независности судства од унутрашњих притисака на правосуђе, односно других судија, председника суда или више инстанце,¹⁴ штитио принцип случајног судије,¹⁵ и финансијску независност судија¹⁶. Пошто ни сам Суд није јасно опредељен јесу ли гаранције личне, односно колективне и финансијске независности део питања независности или непристрасности суда, определили смо се да ћемо о њима говорити у контексту независности, имајући у виду да је овим гаранцијама у правнотеоријском смислу ту и место.

Стога, узевши у обзир праксу Европског суда и правну теорију, сматрамо да у елементе независности судске власти спадају: независност од спољашњих и унутрашњих притисака на судску власт – елемент који укључује и поштовање принципа случајног судије и финансијску независност судија, потом начин именовања судија, као и питање трајања судијских мандата.

2.1. Независност од спољашњих и унутрашњих притисака на правосуђе

Слобода од спољашњих утицаја на правосуђе првенствено се везује за трипартитну поделу власти и притиске и недостојне утицаје извршне и законодавне власти на судску власт. Суштина начела поделе власти лежи у спречавању апсолутизације сваке од грана државне власти и концентрације овлашћења и политичке моћи, путем узајамног надзора и ограничавања, уз међусобно прожимање.¹⁷ Европски суд посебно ставља акценат на утицај извршне власти како на правосуђе у целини, тако и на сваког његовог члана. За Суд није од суштинског значаја став подносиоца представке, већ да ли постоји објективно оправдана сумња у доношење судских одлука под притиском других двеју грана власти, као и да ли судски орган оставља утисак независног.¹⁸ Уколико се деси да судска независност буде угрожена, судије ће се обратити независном органу или би се у правном систему морало предвидети делотвор-

¹⁴ *Daktaras v Lithuania*, број 42095/98, 10. 10. 2000, ст. 36.

¹⁵ *Moiseyev v. Russia*, број 62936/00, 9. 10. 2008, ст. 175–185.

¹⁶ Мол, Нула, Харби, Катарина, *Право на правично суђење, водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Београд, 2007, стр. 64–65.

¹⁷ Шарин, Душка, „Положај уставног суда РХ с мотришта диобе власти и уставне гаранције његове неовисности“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 62(5-6)2012, стр. 1380.

¹⁸ White, C.A. Robin, Ovey, Clare, *op. cit.*, стр. 194.

но средство правне заштите. Ова независна тела су савети за правосуђе, који се састоје од најмање једне половине судија, изабраних од стране својих колега судија са свих нивоа правосуђа, чији је рад транспарентан. Европска повеља о статусу за судије је изричита да је овај орган независан од извршне и законодавне власти.¹⁹ Генерално, уколико суд ниже инстанце не испуњава услов независности, овај недостатак може бити исправљен могућношћу изјављивања жалбе суду више инстанце.²⁰ Међутим, у ситуацији када устав и закон овлашћују извршну власт, тачније министра надлежног за правосуђе, да арбитрерно одлучује о премештању судија, ово угрожавање независности суда није могло да се санира од стране више инстанце, пошто је разлог којим је угрожена независност првостепеног суда био у складу са законом.²¹

Судска независност ће, такође, бити угрожена уколико дође до уплитања извршне власти у судске одлуке.²² Нико осим надлежног суда не би требало да преиспитује одлуке судија, нити да својим коментарима подрива независност правосуђа или поверење јавности у њега. Судије немају обавезу да оправдавају своје одлуке ван текста својих одлука.²³ Уколико је извршна власт имала искључиво право да даје тумачење одређеног правног акта, односно међународног уговора, којег су се судови морали придржавати приликом одлучивања, Суд је сматрао ову ситуацију директним утицајем извршне на судску власт путем давања инструкција за пресуђивање у конкретном случају.²⁴ Међутим, када у грађанском поступку о претходном питању одлучује орган управе, оваква ситуација се неће сматрати давањем инструкција од стране извршне власти судској, уколико постоји накнадна контрола ове одлуке од стране суда.²⁵

¹⁹ Европска повеља о статусу за судије Савета Европе – European Charter on the statute for judges, Стразбур 8-10. јул 1998. године, видеги на <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1766525&Site=COE> приступљено: 17. 1. 2018. године.

²⁰ White, C.A. Robin; Ovey, Clare, *op. cit.*, стр. 269.

²¹ Power, Ann – Judge of the European Court of Human Rights, *Judicial Independence and the Democratic Process: Some Case Law of the European Court of Human Rights*, International bar association conference September 2012: International Bar Association, 2012, стр. 7.

²² *Van de Hurk v. the Netherlands*, број 16034/90, 19. 4. 1994, ст. 45–55.

²³ Препорука CM/Rec (2010)12 Комитета министара Савета Европе о судијама: независност, делотворност и одговорности – Recommendation CM/Rec (2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, Поглавље 2, Стразбур 17. новембар 2010. године, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1826937&Site=CM>, приступљено: 20. 2. 2018. године.

²⁴ Power, *op. cit.*, стр. 8.

²⁵ Јакшић, Александар, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 183.

Суд ће сматрати озбиљним нарушавањем судске независности ситуацију у којој је парламент одлучио да ће се из судске надлежности изузети одлучивање о накнади штете коју држава има да плати у случају изгубљеног спора покренутог против ње. Судске одлуке не смеју мењати органи који нису правосудни.²⁶

Утицај и притисак извршне власти на судство није неопходно поткрепити опипљивим доказима, већ је довољно да постоји утисак о угроженој независности. Изјаве носилаца извршне власти у којима упозоравају поступајуће судије да ће сносити одговорност уколико пресуде у корист подносиоца представке, несумњиво представљају сигнал судијама да се њихов рад надзире. Како су ове изјаве биле директно усмерене на поступајуће судије и извршиле утицај на исход првостепеног поступка, прекршен је захтев за независношћу домаћег суда.²⁷ Са друге стране, случај у коме су премијер и министар иностраних послова учествовали у кампањи подршке у корист једне од страна у поступку пред домаћим судом, извршили су непримерени утицај на правосуђе да донесе одлуку у корист те странке. Ипак, Европски суд је одлучио да није било повреде Конвенције. Наиме, странка у поступку, на чију страну су јавно стали представници извршне власти и покренули кампању којом су вршили непримерени притисак на правосуђе, били су полицијски службеници против којих је подносилац представке покренуо судски поступак. Иначе, Суд је овакво уплитање извршне власти у судско одлучивање у више наврата осудио. Међутим, у овом случају Суд је узео у обзир и околност да је домаћи суд одолео притисцима извршне власти, јер није донео одлуку у корист тужених полицијских службеника.²⁸

Приметићемо у претходним примерима да нека врста уплитања извршне власти може бити означена као угрожавајућа за независност судства, а нека не. Тачније, утицај извршне власти на правосуђе сматраће се кршењем Конвенције уколико домаћи суд поступи у складу са притисцима. Дакле, непримерен притисак на правосуђе може постојати, све док судска власт не подлеже том притиску.

Судство би морало да буде слободно не само од спољашњих утицаја, већ и од утицаја правосудних ауторитета.²⁹ У том смислу је важно и право на случајног судију. Комитет министара Савета Европе препоручује

²⁶ Ђурковић, *op. cit.*, стр. 378.

²⁷ *Kinsky v. Czech Republic*, број 42856/06, 9. 2. 2012, ст. 89–98.

²⁸ *Dimitrov and Others v. Bulgaria*, број 77938/11, 1. 7. 2014, ст. 162.

²⁹ Крапац, *op. cit.*, стр. 65.

државама чланицама да хијерархијска организација правосуђа не би требало да подрива личну независност судија. Нижи судови би требало да буду ослобођени од утицаја виших судова, када су у питању пресуде које изричу, уз законом предвиђене случајеве, попут одлучивања о правним лековима.³⁰ Бангалорски принципи у оквиру остваривања судијске независности помињу да је неопходна и независност од колега судија у погледу доношења одлука, те да судије не би требало да трпе притиске ни од стране председника суда, нити других судија, као ни више инстанце.³¹

Европски суд је у својој пракси штитио гаранције независности судске власти и од унутрашњих утицаја. Због поступања судија према инструкцијама и под притиском својих колега или судске управе, попут председника суда, Европски суд је утврђивао повреду Конвенције.³²

Суд је у погледу мешања других судија, који нису званично именовани да одлучују у конкретном случају, донео одлуку да је дошло до кршења Конвенције, али са аспекта објективне непристрасности, за коју је сам Суд констатовао да се тешко може раздвојити од независности.³³ Правна теорија ову ситуацију сврстава у повреду личне независности суда. Постављање судије да суди у конкретном случају моћи ће да изазове сумњу у његову независност и угрози право на случајног судију. Европски суд је утврдио да ће принцип независности бити нарушен онда када је председник суда променио састав већа, и то једанаест пута, без образлагања таквог поступка.³⁴ Када је доведена у питање независност председника суда, до кршења Конвенције неће доћи уколико тај председник суда није учествовао лично у конкретном случају и није давао прецизна упутства о примени права другим судијама, чак и онда ако је превидео примену стриктних правила која регулишу додељивање предмета и узео значајну улогу у спровођењу процене и дисциплинског поступка.³⁵

³⁰ Препорука CM/Rec (2010)12 Комитета министара Савета Европе о судијама: независност, делотворност и одговорности.

³¹ Бангалорски принципи судијског понашања – *The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct* 2002, усвојени од стране *Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity* у Хари 25–26. новембра 2002, видети на https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Bangalore_principles_EN.pdf, приступљено 17. 2. 2018. године.

³² Borkowski, Grzegorz, *Judicial Independence in the Light of art. 6 of the European Convention of Human Rights – selected aspects*, *Teka Komisji Prawniczej VII/2014, Polska Akademia Nauk*, 2014, стр. 12–13.

³³ *Daktaras v. Lithuania*, број 42095/98, 10.10.2000. ст. 36.

³⁴ *Moiseyev v. Russia*, број 62936/00, 9.10.2008, ст. 175–185.

³⁵ *Parlov-Tkalčić v. Croatia*, број 24810/06, 22. 12. 2009, ст. 81–97.

Примећујемо да само кршење права на случајног судију неће бити довољан разлог за утврђивање повреде Конвенције, ако том судији нису и даване инструкције за решавање предмета. Сматрамо да је важност принципа случајног судије за владавину права, правну сигурност, поверење грађана у правосуђе и независно одлучивање о правима и обавезама грађана од великог значаја, због чега се мора стриктно држати примене прописа у вези са овим питањем. Уколико се за утврђивање повреде овог права узимају у обзир околности случаја, те се флексибилно приступи оцени повреде, сматрамо да се отвара велико поље за злоупотребу. Ригидност у примени принципа случајног судије је неопходна.

2.2. Финансијска независност судија

Финансијска независност судија подједнако је важна за њихову личну независност, као и подстицање од стране државе да се укључе у управљање судовима.³⁶ Правни систем би требало да судијама омогући учествовање у обављању послова судске управе и припремање судског обрачуна.³⁷ Судије су слободне да улазе у професионалне организације које штите независност.³⁸ У Европској повељи о статуту за судије наводи се да ће судије бити укључене у доношење одлука у вези са судском управом, како би се заштитила права која судије уживају.³⁹

Суштина финансијске сигурности судија лежи у томе да се судијска независност штити од самовоље извршне власти. Додељивање плата и пензија судијама од стране извршне власти утиче директно на финансијску сигурност судија и судијску независност. Да би се то спречило, потребно је да право судија на плату и пензију буде утврђено законом.⁴⁰ У случају када је министарство одбране бринуло о условима живота судија војног суда и одлучивало арбитражно о додели станова и кућа тим судијама, Европски суд је сматрао да постоји финансијска зависност војног суда од извршне власти, којом се могао вршити непримерени утицај на овај суд, што даље угрожава његов статус независног.⁴¹ Држава је обавезна да обезбеди финансијска средства судијама за правилно обављање дужности. Судије ће учествовати у одлучивању у

³⁶ Препорука *CM/Rec(2010)12* Комитета министара Савета Европе, Поглавље 5.

³⁷ Крапац, *op. cit.*, стр. 65.

³⁸ Препорука *CM/Rec(2010)12* Комитета министара Савета Европе, Поглавље 5.

³⁹ Европска повеља о статуту за судије: Општа начела 1.6, 1.7, 1.8.

⁴⁰ Jayawickrama, *op. cit.*, стр. 516.

⁴¹ *Miroshnik v. Ukraine*, број 75804/01, 27. 11. 2008, ст. 63.

вези са распоређивањем тих средстава и давати мишљење о утврђивању својих плата и социјалног осигурања.⁴²

И ово питање је било отворено пред Европским судом, који је приликом утврђивања кршења независности домаћег суда испитивао и финансијски аспект целог случаја. Наиме, поред осталих околности, одлучујућа је била чињеница да драстично смањење државног буџета за правосуђе од стране владе заправо представља вршење притиска извршне власти на правосуђе.⁴³

2.3. Питање именовања судија

Европски суд је међу критеријуме за испитивање независности суда уврстио и начин именовања и разрешења судија.

Кључну улогу у избору, именовању и престанку рада судија требало би да има правосудно тело независно од извршне и законодавне власти.⁴⁴ Оваквим начином именовања судија подржава се независност суда. У једном од случајева пред Судом држава је тужена, јер су у спорном домаћем поступку одлучивале судије уставног суда, које је именовао и разрешавао правосудни савет. Правосудни савет у поменутом домаћем поступку, међутим, био је и једна од страна. Суд је из тих разлога одлучио да је уставном суду недостајало независности.⁴⁵

Принцип независности судске власти може бити угрожен на различите начине. Један од најдиректнијих начина је путем утицаја извршне и законодавне власти на избор судија. Иначе ће се гаранције независности суда, поштоване начином именовања, односити не само на судије, већ и на судије поротнике⁴⁶ и судијске помоћнике.⁴⁷

Утврдили смо да је подела власти од великог значаја за Суд. Избор судија од стране извршне или законодавне власти биће дозвољен само уколико је обезбеђена гаранција да су судије приликом одлучивања независне од ових двеју грана власти.⁴⁸ У домаћем правном систему мора се законом гарантовати самосталност судија у одлучивању.⁴⁹ Да-

⁴² Европска повеља о статусу за судије: Општа начела 1.6, 1.7, 1.8.

⁴³ Мол и др, *op. cit.*, стр. 64–65.

⁴⁴ Европска повеља о статусу за судије: Општа начела 1.3.

⁴⁵ *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, број 21722/11, 27. 5. 2013, ст. 130.

⁴⁶ *Luka v. Romania*, број 34197/02, 21.07.2009, ст. 37–50.

⁴⁷ *Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland*, број 23614/08, 28. 2. 2011, ст. 53 и 54.

⁴⁸ *Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, број 2312/08 и 34179/08, 18. 6. 2013, ст. 49.

⁴⁹ Power, *op. cit.*, стр. 5.

кле, државе уживају одређену слободу приликом образовања правосудног органа. Оно што је потребно јесте да подносилац представке покаже „да је независност суда била угрожена начином успостављања судства у целини или конкретног суда, односно конкретног поступајућег судије, што је утицало на исход самог поступка”.⁵⁰ У случају да судије нису именоване у законом предвиђеној процедури и да их може сменили управни орган без формалног поступка, независност оваквог суда биће повређена. Наиме, судије суда за радне спорове именоване је министар задужен за правосудје. Међутим, именоване их је из редова већ изабраних судија редовних судова. Пошто је министар имао овлашћење да делегира именовање председницима судова, који представљају орган управе са те позиције, председник суда је, у конкретном поступку пред Судом, именоване судије и разрешио њихове дужности обичним опозивом, без икакве формалне процедуре. У таквом случају је Суд нашао да се не ради о независном правосудном органу.⁵¹ Кршења Конвенције нема када министар јесте оснивао домаће судове, али не и арбитражно, већ према законом утврђеној процедури.⁵²

Суд је утврдио да је прихватљиво да и чланове дисциплинског затворског тела именује надлежни министар онда када на њихово одлучивање министар нема никаквог утицаја.⁵³ Поступак министра који ће се сматрати арбитражним биће повлачење грађевинског инспектора из поступка одлучивања по жалбама сваки пут када је „политика извршне власти била доведена у питање”.⁵⁴

Запажамо тенденцију Суда да се директан утицај извршне власти на судску власт путем избора судија неће сматрати кршењем независности суда уколико утицај није арбитражан. Уколико је начин именовања свих судија у целини био задовољавајући, и даље постоји могућност да се суд не сматра независним због „начина оснивања појединог суда или када је постављање конкретног судије било разлог постојања непримереног утицаја на исход поступка”.⁵⁵ Из тог разлога ће се арбитражан начин промене састава већа сматрати непримереним. Међутим, као што је и сам Суд констатовао да је лична уверења појединца јако тешко

⁵⁰ *Zand v. Austria*, број 7360/76, 12. 10. 1978, ст. 77.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Извештај Комисије *Zand v. Austria*, број 7360/76, 12. 10. 1978, ст. 77.

⁵³ *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, број 7819/77 и 7878/77, 28. 6. 1984, ст. 79–82.

⁵⁴ Лич, Филип, *Обраћање Европском суду за људска права*, Београдски центар за људска права и Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2004, стр. 264.

⁵⁵ Power, *op. cit.*, стр. 5.

доказати,⁵⁶ сматрамо да је доказивање арбитражности у доношењу одлука појединца подједнако тешко. Због тога би и код преиспитивања независности домаћег органа требало ставити акценат на то да ли институција судства делује независно. Уколико судије бира извршна власт, овај утицај ће свакако бити нарушен, а Конвенција прекршена.

Правни систем који дозвољава да се у већу налазе и судије експерти из неке области биће у складу са принципом независности све док је обезбеђена њихова независност.⁵⁷ Стога, иако се подносилац представке позивао на принцип поделе власти у ситуацији када је о његовом предмету у већу пред домаћим судом одлучивао судија као експерт из релевантне области, у исто време и члан парламента тужене државе, Суд није сматрао да је ова чињеница довољна, нити објективно оправдана да би утврдио кршење Конвенције.⁵⁸ Одлука није била једногласна. Ипак, пракса Суда је установила прецедент према коме се извесни, али недовољни утицај законодавне власти на судску власт неће сматрати угрожавајућим за судску независност. Како је у овом случају утицај једног од представника законодавне власти на судску директан, могли бисмо рећи да је о грађанским правима и обавезама подносиоца представке ипак одлучивао представник законодавне власти.

Генерално, војни судови се неће сматрати независним, због тога што су њихови чланови војне судије, као чланови војске која спроводи налоге извршне власти. Наиме, у једном случају пред Судом поступајући војни суд је формиран као специјални суд првенствено ради заштите интереса државе. Ова чињеница указује на то да је функција суда слична оној коју врши извршна власт. Посебно се имало у виду то што је судија војног суда у том тренутку био официр, те имао директне везе са својим надређенима у војсци, који спровode налоге извршне власти.⁵⁹ Војни суд не испуњава захтев независности, ако се састоји од судија које поставља министар одбране. Наиме, у конкретном случају пред Судом, судије војних судова су према домаћем праву биле у војној служби и подређени министарству одбране, а одлучивали су у поступцима у којима је једна страна била цивил.⁶⁰

⁵⁶ *Wettstein v. Switzerland*, број 33958/96, 21. 12. 2000, ст. 42.

⁵⁷ *Luka v. Romania*, број 34197/02, 21. 7. 2009, ст. 55–61.

⁵⁸ Mowbray, Alastair, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, ст. 432.

⁵⁹ *Incal v. Turkey*, број 22678/93, 9. 6. 1998.

⁶⁰ *Miroshnik v. Ukraine*, број 75804/01, 27. 11. 2008, ст. 63.

2.4. Питање трајања судијских мандата и непреместивост судија

Временски период трајања мандата судија биће важан при испитивању поштовања Конвенције, али ће се узети у разматрање и посебне околности случаја. Суд није прецизирао колики је неопходни минимум трајања мандата. Временски период који Суд сматра усклађеним са чланом 6 став 1 Конвенције значајно варира. Али, што је мандат дужи, то је вероватније да неће постојати кршење Конвенције. Мандат чланова дисциплинског тела у периоду од три године сматрао се релативно кратким, али је прихватљив с обзиром на то да су постојале тешкоће у проналажењу чланова на дужи период.⁶¹ Исти период трајања мандата је за Суд био прихватљив када су у питању чланови управних органа.⁶² Такође, двогодишњи мандат међународних судија, који су судили у већу у поступку пред специјалним судом, Суд је сматрао кратким, али прихватљивим, јер је само присуство међународних судија било у вези са привременим међународним надзором који је постојао у туженој држави.⁶³

Суштински, дужина мандата судија неће бити кључна за оцену независности суда, али је од великог значаја то да се за време трајања тог мандата поштује сталност судијске функције и непреместивост. Уколико се спречи дискреционо или арбитрерно мешање осталих двеју грана власти у судску, осигураће се и сталност судијске функције.⁶⁴ Став Суда је да судије могу бити именоване на мандат ограниченог трајања, али се мора осигурати њихова несмењивост на арбитреран начин.⁶⁵ Дакле, и за питање разрешења судија неће се сматрати проблематичним уколико га спроводи извршна власт, све док се поштује одговарајућа процедура и разрешење се не обавља арбитрерно.⁶⁶

У претходном тексту смо установили да је војним судовима Европски суд замерао недостатак независности, осим ако је председник суда имао сталну функцију која је била релативно ван командне војне структуре.⁶⁷ Ипак, када се председници судова постављају *ad hoc* у војним су-

⁶¹ *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, број 7819/77 и 7878/77, 28. 6. 1984, ст. 80.

⁶² *Power, op. cit.*, стр. 5.

⁶³ *Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, број 2312/08 и 34179/08, 18. 6. 2013, ст. 49.

⁶⁴ *Jayawickrama, op. cit.*, стр. 515.

⁶⁵ *Van Dijk, Pieter, van Hoof, Fried, van Rijn, Arjen, Zwaak, Leo, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, third edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998, стр. 452.

⁶⁶ *Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland*, број 23614/08, 28. 2. 2011, ст. 53 и 54.

⁶⁷ *Лич, op. cit.*, стр. 268.

довима, конкретно у морнарици, а судије-адвокати су били на функцији у морнарици, Конвенција је била прекршена.⁶⁸

И непреместивост судија је услов независности судске власти и биће укључен у гаранцију правичности суђења.⁶⁹ Суд је непреместивост свакако видео као важан стуб независности судија. Ипак, неће сматрати недостатком независности уколико ово право није законом заштићено, све док је „признато у пракси и поштује се, уз постојање осталих гаранција независности”.⁷⁰

3. Закључак

Независност суда представља питање од кључног значаја за владавину права, правну државу, правну сигурност и поверење грађана у правосуђе. Државе потписнице Европске конвенције су се обавезале да ће поштовати поменути стандард. Осим у чл. 6 ст. 1 Конвенције, стандард је детаљније дефинисан кроз праксу Европског суда. Међутим, Европски суд разматра питање независности и непристрасности суда заједно и не бави се њиховим разграничавањем. Посебно је проблематично преклапање појмова објективне непристрасности и независности у пракси Суда. На основу правне теорије и праксе Суда утврдили смо појам стандарда независности суда и његове елементе. Елементи стандарда независног суда су: независност од спољашњих и унутрашњих притисака на правосуђе, укључујући право на случајног судију; финансијска независност судија; начин именовања судија и трајање судијских мандата. Суд доста значаја придаје поштовању принципа поделе власти, посебно утицају извршне власти на судску. Ипак, Суд не посматра стандард независног суда ригидно и превише формалистички. Наиме, иако извршна власт врши притисак на судство, то неће бити довољан разлог за утврђивање повреде Конвенције. Потребно је и да суд подлегне непримереним притисцима, дакле, да постоји последица. Суд, такође, флексибилније приступа поштовању права на случајног судију. Наиме, кршење овог права неће бити довољан разлог за утврђивање повреде Конвенције, осим ако конкретном судији нису и давале инструкције за решавање предмета. Уколико се за утврђивање повреде приступи флек-

⁶⁸ Мол и др, *op. cit.*, стр. 60.

⁶⁹ *Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, број 2312/08 и 34179/08, 18. 6. 2013, ст. 49.

⁷⁰ *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, број 7819/77 и 7878/77, 28. 6. 1984, ст. 80.

сибилно, сматрамо да се отвара велико поље за злоупотребу. Ригидност у примени принципа случајног судије је неопходна. Независност правосуђа штити се и његовом финансијском независношћу. У пракси Суда није било пуно случајева повреде овог елемента. За државе које имају обавезу да испуне конвенцијске стандарде важан је став Суда да ће независност правосуђа бити угрожена и у случају да влада драстично смањи државни буџета намењен за правосуђе, за шта бисмо, за разлику од претходних примера, могли рећи да представља ригиднији приступ. Питање именована судија и анализа конвенцијских стандарда у том смислу имају посебан значај за државе-потписнице. Директан утицај извршне власти на избор судија неће се сматрати проблематичним, осим уколико је арбитран. Међутим, овакво решење сматрамо проблематичним, с обзиром на то да је лична уверења појединца, те и арбитраност, тешко доказати. Стога би требало применити критеријум да ли институција судства делује независно, што није био случај у анализираним поступцима пред Судом. Са друге стране, и извесни, али недовољни утицај законодавне власти на судску неће угрожавати независност суда.

Литература

Монографије и чланци

Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law, national, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Mowbray, Alastair, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007.

Power, Ann – Judge of the European Court of Human Rights, *Judicial Independence and the Democratic Process: Some Case Law of the European Court of Human Rights*, International bar association conference September 2012: International Bar Association, 2012.

Van D. P., van Hoof, Fried, van Rijn, Arjen, Zwaak, Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, third edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

White, C.A. Robin, Ovey, Clare, *The European Convention on Human Rights*, fifth edition, Oxford University Press, 2010,

Дитертр, Ж., *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Службени гласник и Савет Европе, Београд, 2004.

Јакшић, А., *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006,

Крапац, Д., „Неовисност судаца као постулат правне државе: њемачка искуства, хрватски проблеми“, *Политичка мисао – часопис за политологију* 34(1), 1997.

Лич, Ф., *Обраћање Европском суду за људска права*, Београдски центар за људска права и Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2007.

Лич, Ф., *Обраћање Европском суду за људска права*, Београдски центар за људска права и Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2004.

Мол, Н., Харби, Катарина, *Право на правично суђење, водич за примену члана 6. Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Београд, 2007.

Познић, Б., Ракић Водинелић, Весна, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд, 2010.

Трива, С., Дика, Михајло, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 2004.

Ђурковић, „Независност и непристрасност судијске функције“, *Правна ријеч* 18/2009, Бања Лука.

Шарин, Д., *Положај уставног суда РХ с мотришта диобе власти и уставне гаранције његове неовисности*, Зборник Правног факултета у Загребу, 62(5-6) 2012.

Пресуде Европског суда за људска права

Campbell and Fell v. The United Kingdom, број 7819/77 и 7878/77, 28. 6. 1984.

Dimitrov and Others v. Bulgaria, број 77938/11, 1. 7. 2014.

- Daktaras v Lithuania*, број 42095/98, 10. 10. 2000.
- Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland*, број 23614/08, 28. 2. 2011.
- Incal v. Turkey*, број 22678/93, 9. 6. 1998.
- Kinsky v. Czech Republic*, број 42856/06, 9. 2. 2012.
- Langborger v. Sweden*, број 11179/84, 22. 6. 1989.
- Luka v. Romania*, број 34197/02, 21. 7. 2009.
- Miroshnik v. Ukraine*, број 75804/01, 27. 11. 2008.
- Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, број 2312/08 и 34179/08, 18. 6. 2013.
- Moiseyev v. Russia*, број 62936/00, 9. 10. 2008.
- Oleksandr Volkov v. Ukraine*, број 21722/11, 27. 5. 2013.
- Parlov-Tkalčić v. Croatia*, број 24810/06, 22. 12. 2009.
- Wettstein v. Switzerland*, број 33958/96, 21. 12. 2000.
- Zand v. Austria*, број 7360/76, 12. 10. 1978.

Интернет извори

Бангалорски принципи судијског понашања – The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2002, усвојени од стране Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity у Хагу 25–26. новембра 2002, https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Bangalore_principles_EN.pdf

Европска повеља о статусу за судије Савета Европе – European Charter on the statute for judges, Стразбур 8-10. јул 1998. године, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1766525&Site=COE>

Препорука CM/Rec (2010)12 Комитета министара Савета Европе о судијама: независност, делотворност и одговорности – Recommendation CM/Rec (2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities,

Стразбур 17. новембар 2010. године, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1826937&Site=CM>,

Основни принципи о независности правосуђа Уједињених Нација – *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985), Милано 26-6. септембар 1985. године, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>.

AN INDEPENDENT TRIBUNAL IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Aleksandar Radovanov, PhD*
Jelena S. Milenković, PhD**

Summary

The paper deals with the issue of the right to an independent tribunal guaranteed in the art. 6 par. 1 of the European Convention. The importance of the research lies in giving clear guidance to the States Parties to the Convention in the respect of the undertaken obligations. There is also a need for a systematic approach to the issue. The authors analyzed the standard primarily from the point of the European Court of Human Rights' practice. The Court is considering the issue of an independent and impartial tribunal together, without dealing with their delineation. Particularly problematic is the overlap of the concepts of objective impartiality and independence.

In order to clearly define the notion of an independent tribunal and its elements, the authors relied on legal theory. We have established that the elements are: independence from external and internal pressures on the judiciary, including the right to a random judge; financial independence of judges; the appointment of judges and the duration of judicial mandates. We systematized the Court's practice in accordance with the established elements. The Court doesn't look at the standard rigidly and too formalistically. The Court primarily, even exclusively observes the conduct of the tribunal whose

independence is questioned. Such an approach could be unjustified, especially in cases of violation of the right to a random judge. Approach to respecting this right should be more rigorously addressed in order to prevent possible major abuses. On the other hand, in contrast to the flexible approach, the Court's rigidity regarding financial independence could be unjustified, too. The court's independence would be compromised as well by drastic reduction of the state budget for the judiciary by the government.

Key words: *the right to a fair trial, an independent tribunal, elements of an independent tribunal, the practice of the European Court of Human Rights, the European Convention on Human Rights*

KORIŠĆENJE BIOMETRIJSKIH PODATAKA U IZBORNOM PROCESU U BOSNI I HERCEGOVINI

Dr Siniša Macan*

Dr Siniša Karan**

***Apstrakt:** Ustav Bosne i Hercegovine definisano je obavezu direktne primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini. Takođe, Bosna i Hercegovina je, shodno Ustavu, demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora. Pravo na privatnost i zaštitu ličnih podataka jeste ustavna obaveza koja je definisana međunarodnim sporazumima i ugovorima. Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju definisana je obaveza primjene mehanizama zaštite ličnih podataka u Bosni i Hercegovini.*

Izbornom zakonom u Bosni i Hercegovini uspostavljena su pravila za provođenje slobodnih i demokratskih izbora zasnovanih na vladavini zakona i prava. Za kreiranje centralnog biračkog spiska koriste se podaci koji su prikupljeni iz evidencija građana, baziranih na evidencijama prebivališta i boravišta, ali i evidencijama ličnih dokumenata i putnih isprava.

Zakonski je definisano da se prilikom kreiranja evidencija prebivališta i boravišta prikupljaju lični podaci, uključujući i biometrijske podatke. Upotreba biometrijskih podataka mora biti isključivo u skladu sa zakonskom, ali na način da se garantuje zaštita osnovnih sloboda.

Opštom Uredbom EU o zaštiti ličnih podataka 2016/679 uvodi se pojam biometrijskog podatka i pravila korišćenja biometrijskih podataka na teritoriji Evropske Unije. S obzirom na obavezu Bosne i Hercegovine iz Sporazuma o pridruživanju sa Evropskom unijom, neophodno je da se regulative u Bosni i Hercegovini prilagode regulativama EU. Svaka upotreba biometrijskih

* MUP Republike Srpske, Trg Republike Srpske br. 1, 78000 Banja Luka, e-mail: sinisa.macan@vladars.net

** Generalni sekretarijat predsjednika Republike Srpske.

podataka suprotno ovoj regulativi, pa i u svrhe provođenja izbora, bila bi nezakonita. Prilikom provođenja izbornog procesa nije zakonito koristiti biometrijske podatke u okviru biračkog spiska, jer bi time bila narušena prava vezana za zaštitu ličnih podataka. Moguće je, prilikom identifikacije, koristiti elektronsku ličnu kartu posebnim uređajima, za šta je neophodno uspostaviti adekvatnu infrastrukturu

Ključne riječi: *biometrijski podatak, opšta uredba o zaštiti ličnih podataka (GDPR), izbori, posebna kategorija ličnih podataka.*

I Pravni osnov zaštite ličnih podataka

Ustavom Bosne i Hercegovine direktno se primjenjuje Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava¹. Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava definisana je obavezna zaštita prava na privatnost².

Prateći trendove upotrebe podataka u elektronskim sistemima, te prikupljanja i obrade ličnih podataka u sistemima državne uprave i poslovnim sistemima, Savjet Evrope je 28. 1. 1981. usvojio Konvenciju 108, koja govori o zaštiti pojedinca u procesu automatske obrade podataka. Kroz ovu konvenciju prepoznata je opasnost od moguće zloupotrebe prilikom, kako je tada navedeno, automatske *obrade ličnih podataka*, te neophodnost pravnog i tehničkog regulisanja ove oblasti³. Prepoznato je pravo na zaštitu ličnih podataka prilikom prikupljanja i obrade u informacionim sistemima.

¹ Ustav Bosne i Hercegovine nastao kao posljedica međunarodnog ugovora. Ustav Bosne i Hercegovine je, kao Aneks 4, sastavni dio Dejtonskog mirovnog sporazuma, te je, kao takav, integralni dio međunarodnog prava. Ustav Bosne i Hercegovine je specifičan jer je članom II navedeno da će se Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda direktno primjenjivati u Bosni i Hercegovini, a sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine jesu konvencije vezane za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Članom X stav 2 posebno je istaknuto da je nemoguće izmijeniti član II Ustava koji garantuje primjenu osnovnih prava i sloboda u Bosni i Hercegovini – R. Kuzmanović i S. Karan, *Ustavno pravo*, Banja Luka: Aperion, 2015

² Član 8 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava glasi: „1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. 2. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne javne bezbjednosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanja nereda ili sprečavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.“

³ U članu 1 Konvencije o zaštiti lica s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka broj 108 se navodi: „Svrha ove konvencije je da na teritoriji svake strane potpisnice osigura svakom licu, bez obzira na nacionalnost ili boravište, poštovanje njegovih prava i osnovnih sloboda, a posebno prava na privatnost u pogledu automatske obrade podataka koji se na njega odnose (‘zaštita podataka’).“

Konvencija 108 kreira pravni osnov za uspostavu digitalnog identiteta, te definiše šta znače postupci obrade podataka.⁴

Ranih osamdesetih godina dvadesetog vijeka prepoznata je potreba za posebnim procedurama obrade podataka u računarskim okruženjima. Razvojem Interneta otvorene su mogućnosti obrade ličnih podataka za različite potrebe, posebno u poslovnom svijetu, ali i u svim sferama života. Globalnost interneta generisala je stalni protok podataka van granica zemalja, pa je Konvencija 108 proširena Dodatnim protokolom 2001. godine⁵, kojim je pravno regulisano pitanje protoka informacija između zemalja na nivou Evrope.

Generalna skupština Ujedinjenih nacija usvojila je Smjernice u vezi sa kompjuterizovanim dosijeima ličnih podataka 14. decembra 1990. godine. Prethodno je Evropska zajednica 1995. godine donijela Direktivu 95/46⁶ koja preciznije definiše zaštitu u procesu automatske obrade podataka⁷. Gore pomenute regulative definisale su temelj zaštite ličnih podataka, te prava u obradi ličnih podataka u digitalnom svijetu. O rastu potrebe za zaštitom ličnih podataka, te kreiranju digitalnog identiteta govori spisak regulative koji je usvojen u prethodnih petnaestak godina:

- Direktiva (EU) 2016/680 Evropskog parlamenta i Savjeta od 27. aprila 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka od strane nadležnih organa u svrhe sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona krivičnih djela ili izvršavanja krivičnih sankcija i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju van snage Okvirne odluke Savjeta 2008/977. U preambuli ove direktive se konstatuje tehnološki razvoj, te se navodi da se Direktiva 95/46/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta ne odnosi na pravosudnu saradnju. Usvojenom direktivom 680 reguliše se pitanje pravosudne saradnje;

⁴ Član 2 navedene konvencije o zaštiti lica s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka broj 108 definiše pojam automatske obrade u tački b): „automatska obrada“ obuhvaća sljedeće operacije koje se u cijelosti ili delimično izvode automatskim sredstvima: pohranjivanje podataka, izvođenje logičkih i/ili aritmetičkih operacija nad tim podacima, njihova izmjena, brisanje, potraživanje ili slanje“. Dakle, svi postupci sa podacima su definisani Konvencijom 108, a lični podatak se, u istom članu u tački a) definiše kao: „informacija koja se odnose na lice čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi (‘nosilac podataka’)“.

⁵ Dodatni protokol uz Konvenciju o zaštiti lica s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka donesen je 8. novembra 2001 godine.

⁶ Direktiva 95/46/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta od 24. oktobra 1995. o zaštiti pojedinaca u postupku obrade ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka.

⁷ Članom 8 stav 1 Povelje Evropske unije o osnovnim pravima i članom 16 stav 1 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije utvrđuje se da svako ima pravo na zaštitu svojih ličnih podataka.

- Preporuka iz aprila 2015 – obrada podataka u kontekstu zapošljavanja⁸;
- Preporuka CM/Rec(2014)6 o Vodiču o ljudskim pravima korisnika interneta⁹;
- Preporuka OM(2012) 4 Odbora ministara državama članicama o zaštiti ljudskih prava kod usluga društvenih mreža u kojoj se pominje digitalni identitet, odnosno neophodnost regulisanja prava pristupa na društvenim mrežama¹⁰;
- Preporuka (2012)3 o zaštiti ljudskih prava u pogledu pretraživača¹¹;
- Preporuka (2010)13 o zaštiti podataka u kontekstu profiliranja¹²;
- Direktiva 2002/58/EC Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. 7. 2002. u vezi sa obradom ličnih podataka i zaštitom privatnosti u sektoru elektronskih komunikacija;
- Direktiva 2003/4/EC Evropskog parlamenta i Savjeta od 28. 1. 2003. o pristupu javnosti podacima o okolini i ukidanju Direktive 90/313/EEC;
- Direktiva 2006/24/EC od 15. 3. 2006. o zadržavanju podataka dobijenih ili obrađenih u vezi sa pružanjem javno dostupnih

⁸ Preporuke Savjeta ministara Evropske unije CM/Rec(2015)5 od 1. aprila 2015 vezano za zaštitu ličnih podataka u postupku zapošljavanja.

⁹ Preporuke Odbora ministara vezano za prava na internetu od 19. novembra 2014 godine. U trećoj tački ovih preporuka se nalazi sljedeća konstatacija: „Internet ima vrijednost javne usluge. Ljudi, zajednice, javne vlasti i privatni subjekti pri svojim se aktivnostima oslanjaju na internet i imaju opravdana očekivanja da internetske usluge budu pristupačne, da se pružaju bez diskriminacije, da budu dostupne, sigurne, pouzdane i da ne bude prekida u njihovom pružanju. Dalje, niko ne bi trebao biti predmetom bespravnog, nepotrebnog i nesrazmjernog ometanja pri realizaciji svojih ljudskih prava i osnovnih sloboda pri korištenju interneta.“

¹⁰ Preporuke Odbora ministara su donesene 2. aprila 2012. godine, a u trećoj tački se upozorava da društvene mreže mogu ugroziti ljudska prava: „Pravo na slobodu izražavanja i informacija, kao i pravo na privatni život i ljudsko dostojanstvo može biti ugroženo na društvenim mrežama, što ide u prilog diskriminatorskim praksama. Prijetnje mogu proisteći iz nedostatka pravnih i proceduralnih sigurnosnih mjera postojećih procesa koji mogu dovesti do isključenja korisnika; neadekvatne zaštite djece i mladih ljudi od štetnih sadržaja ili ponašanja; nedostatka poštovanja prava drugih; nedostatka standardnih podešavanja naloga po kategorijama privatnosti i prijateljstva; nedostatak transparentnosti svrha za koje se lični podaci sakupljaju i obrađuju.“

¹¹ Ova preporuka je donesena 26. aprila 2012. godine i u tački 4 se navodi: „Rad pretraživača može uticati na slobodu izražavanja i, s obzirom na njihovu ulogu u olakšavanju pristupa informacijama, još više podržava pravo na traženje, primanje i dijeljenje informacija; isto tako, njihov rad može uticati na pravo na privatni život i zaštitu ličnih podataka. Takvi izazovi, između ostalog, mogu poticati iz algoritama, de-indeksiranja i/ili djelimične obrade ili pristrasnih rezultata, koncentracije tržišta i nedostatka transparentnosti i u procesu odabira i rangiranju rezultata.“

¹² Preporuke su donesene 23. novembra 2010. godine prepoznaje mogućnosti proistekle iz tehnologija pristupa i obrade podataka, te donosi odgovarajuće preporuke vezano za profiliranje.

- komunikacionih usluga ili komunikacionih mreža te kojom se izmjenjuje i dopunjuje Direktiva 2002/58/EC;
- Uredba br. 45/2001 Evropskog parlamenta i Savjeta od 18. 12. 2000. o zaštiti pojedinaca pri obradi podataka od strane institucija i tijela Zajednice te o slobodnom protoku takvih podataka;
 - Uredba br. 1049/2001 Evropskog parlamenta i Savjeta od 30. 5. 2001. koja se odnosi na javni pristup dokumentima Evropskog parlamenta, Komisije i Savjeta;
 - Preporuka br. (87)15 i dodatak na preporuku Komiteta ministara zemljama članicama, koja reguliše upotrebu podataka podataka u policijskom sektoru¹³;
 - Preporuka br. R(81) 1 Komiteta ministara državama članicama o odredbama za automatizovane banke medicinskih podataka¹⁴;
 - Preporuka (97)5 o zaštiti medicinskih podataka¹⁵;
 - Preporuka 1984 (2011), Zaštita privatnosti i ličnih podataka na internetu i onlajn medijima¹⁶.

Pregled akata koji je usvojila Evropska unija jasno pokazuje osjetljivost korišćenja i zaštite ličnih podataka, posebno prilikom obrade u informacionim sistemima. Shodno činjenici da se velike količine ličnih podataka obrađuju na društvenim mrežama¹⁷, prepoznata je obaveza restriktivnije regulacije zaštite ličnih podataka na nivou Evropske unije.

1.1. Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka Evropske unije

Tehnološkim razvojem uspostavljeni su novi mehanizmi obrade ličnih podataka. Zbog toga je usvojena Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka¹⁸

¹³ Usvojena od strane Komiteta ministara Evropske zajednice 17. septembra 1987. godine na 410. sastanku zamjenika ministara.

¹⁴ Usvojena od strane Savjeta ministara 23. januara 1981. godine, na 328. zasjedanju zamjenika ministara.

¹⁵ Usvojena 13. februara 1997. godine.

¹⁶ Usvojena od strane Parlamentarne skupštine Evropske unije 7. oktobra 2011. godine.

¹⁷ Ove mreže sadrže velike količine ličnih podataka, a subjekat razmjene podataka jeste, između ostalog, i digitalni identitet. Facebook – dvije milijarde korisnika, Messenger, YouTube i WhatsApp – milijardu korisnika – <https://www.tportal.hr/tehnolo/clanak/analizirali-smo-drustvene-mreze-u-2017-pogledajte-kako-se-stvari-rade-u-svijetu-a-kako-kod-nas-20171205>, pristupljeno 30. 3. 2018. godine.

¹⁸ General Data Protection Regulation (engleski) – GDPR u prevodu na srpski jezik Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka je naziv za Uredbu Evropskog parlamenta i Savjeta Evropske unije broj

(EU) 2016/679 koja je stupila na snagu 25. maja 2016. godine i koja se primjenjuje u zemljama članicama EU od 25. maja 2018. godine¹⁹. Ovom uredbom modernizuje se i unapređuje područje zaštite ličnih podataka u cijeloj Evropskoj uniji.

Novi zakonodavni Evropske unije građanima bi trebalo da garantuje pravo na zaštitu ličnih podataka na cijeloj teritoriji. Usvajanjem i stupanjem na snagu Opšte uredbe o zaštiti ličnih podataka uspostavljaju se mehanizmi lakše koordinacije aktivnosti nadležnih kontrolnih organa država članica Unije. Uredbom je definisana obaveza kontrolnih organa za procjene rizika od obrade ličnih podataka, te će kontrolni organi posebnu pažnju posvećivati analizama rizika kod obrađivača. Posebna novina kod ove odredbe jeste određivanje načina obrade biometrijskih²⁰ i genetskih podataka, koji spadaju u posebne kategorije ličnih podataka. Uredbom se, nadalje, preciznije opisuju pojmovi koji su već u upotrebi i koji su definisani ranijim propisima i, što je posebno bitno, smanjuju se administrativne procedure i jačaju ovlašćenja kontrolnih organa²¹.

Opšta uredba definiše da se građanima omogućava lakši pristup njihovim podacima i prava informisanja na jasan i razumljiv način o tome kako i u koju svrhu se obrađuju njihovi podaci. Posebna novina jeste „pravo na zaborav”, kada građanin više ne bude htio da se njegovi lični podaci obrađuju ili kada ne postoje zakoniti razlozi za čuvanje i obradu podataka. Tada se od organizacija ili javne uprave može tražiti brisanje podataka, uz određena ograničenja koja se tiču prava na druge slobode ili u naučne svrhe. Uredbom su djeca prepoznata kao posebno ranjiva kategorija, te će moći koristiti određene internetske usluge i servise za koje je potrebno dati lične podatke isključivo uz roditeljski pristanak u starosnoj granici 13–16 godina.

Dakle, osnovne novine koje se uvode Opštom uredbom o zaštiti ličnih podataka su sljedeće:

- Biometrijski podaci;

2016/679, o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka).

¹⁹ Članom 99 Opšte uredbe EU broj 2016/679 definisano je stupanje na snagu počevši od 25. maja 2018. godine.

²⁰ U članu 4 Opšte uredbe definišu se biometrijski podaci na sljedeći način: „biometrijski podaci” znači lični podaci dobijeni posebnom tehničkom obradom u vezi s fizičkim osobinama, fiziološkim osobinama ili osobinama ponašanja pojedinca koja omogućuju ili potvrđuju jedinstvenu identifikaciju tog pojedinca, kao što su fotografije lica ili daktiloskopski podaci.

²¹ Shodno članu 83 Opšte uredbe o zaštiti ličnih podataka, svi regulatorna organa zemalja članica Unije moći će kazniti prekršioca, zavisno o karakteru prekršaja u iznosu od 0,5% do 4% ukupnog globalnog prometa.

- Podaci o genetskom profilu ispitanika;
- Obaveza jasnog informiranja korisnika;
- Pravo na brisanje podataka (tzv. pravo na zaborav);
- Pravo na prenos podataka od jednog davatelja usluge drugome;
- Pravo na obavijest u slučaju napada na podatke.

II Zaštita ličnih i biometrijskih podataka u BiH

Kako je ranije napomenuto, Ustavom Bosne i Hercegovine definisana je primjena Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava. Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju između Bosne i Hercegovine i Evropske unije²² Bosna i Hercegovina se obavezala da će izvršiti usaglašavanje svog zakonodavstva sa zakonodavstvom Evropske unije²³. Posebno, stupanjem na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju preuzeta je obaveza o usaglašavanju zakonodavstva vezano za zaštitu ličnih podataka s pravom Evropske unije i drugim evropskim i međunarodnim zakonodavstvom o privatnosti²⁴. Obrada ličnih podataka u Bosni i Hercegovini uređena je prije svega Zakonom o zaštiti ličnih podataka²⁵. Zakonom o zaštiti ličnih podataka definisan je cilj i osnovana je Agencija za zaštitu ličnih podataka u Bosni i Hercegovini²⁶

²² Bosna i Hercegovina i Evropska unija su potpisale Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju 16. 6. 2008. godine.

²³ Član 70 stav (1) Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Bosne i Hercegovine i Evropske unije glasi: „1. Strane priznaju važnost usklađivanja postojećeg zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa zakonodavstvom Unije, kao i njegovog efikasnog provođenja. Bosna i Hercegovina će nastojati osigurati postepeno usklađivanje svojih postojećih zakona i budućeg zakonodavstva s pravnom tekovinom (acquisem) Unije. Bosna i Hercegovina će osigurati propisnu primjenu i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva.“

²⁴ Član 79 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Bosne i Hercegovine i Evropske unije, koji nosi naziv Zaštita ličnih podataka, glasi: „Bosna i Hercegovina će stupanjem na snagu ovog sporazuma uskladiti svoje zakonodavstvo vezano za zaštitu ličnih podataka s pravom Zajednice i drugim evropskim i međunarodnim zakonodavstvom o privatnosti. Bosna i Hercegovina uspostaviće nezavisna nadzorna tijela s dovoljnim finansijskim i ljudskim potencijalima s ciljem efikasnog praćenja i garantiranja provođenja nacionalnog zakonodavstva o zaštiti ličnih podataka. Strane će saradivati u postizanju tog cilja.“

²⁵ Zakon o zaštiti ličnih podataka („Sl. glasnik BiH“ broj: 49/06, 76/11 i 89/11).

²⁶ Član 1 Zakona o zaštiti ličnih podataka glasi: „(1) Cilj ovog zakona je da se na teritoriji Bosne i Hercegovine svim licima, bez obzira na njihovo državljanstvo ili prebivalište, obezbijedi zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda, a naročito pravo na privatnost i zaštitu podataka u pogledu obrade ličnih podataka koji se na njih odnose. (2) Ovim zakonom osniva se Agencija za zaštitu ličnih podataka u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: Agencija), utvrđuju se njena nadležnost, organizacija i upravljanje, kao i druga pitanja značajna za njen rad i zakonito funkcionisanje.“

Prema Zakonu o zaštiti ličnih podataka, lični podatak je bilo koja informacija koja se odnosi na identifikovano fizičko lice ili lice čiji se identitet može utvrditi. U lične podatke ubrajaju se: ime i prezime, mjesto stanovanja, datum rođenja, jedinstveni matični broj, podaci o plati, bankovni računi, broj identifikacionih dokumenata poput broja lične karte, pasoša i slično. U skladu sa regulativom Evropske unije, ali i novom Uredbom o zaštiti ličnih podataka, Zakon o zaštiti ličnih podataka definiše posebnu kategorije ličnih podataka²⁷. Obrada posebnih kategorija ličnih podataka²⁸ se vrši, kako joj i sam naziv kaže, na poseban način i uz poseban nivo zaštite, a što je usaglašeno sa regulativom Evropske unije.²⁹

Dakle, nesporno je da biometrijski podatak prema zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, ali i prema važećem i novim zakonodavstvu Evropske unije, predstavlja posebnu kategoriju ličnih podataka. Obrada ličnih podataka vrši se na osnovu zakona ili uz saglasnost nosioca podatka³⁰.

Nakon usaglašavanja Zakona o zaštiti ličnih podataka sa Direktivom 95/46EC, pismena saglasnost se traži ako se radi o posebnim kategorijama ličnih podataka, dok saglasnost za obradu drugih ličnih podataka može biti data i na drugačiji način. Saglasnost se u svakom momentu može i povući, osim ako se nosilac podataka i kontrolor nisu izričito dogovorili da povlačenje saglasnosti nije moguće. Saglasnost, između ostalog, nije potrebna ako je obrada podataka neophodna da nosilac podataka na vlastiti zahtjev pristupi

²⁷ Član 3 stav (1) tačka 3 Zakona o zaštiti ličnih podataka glasi: „posebne kategorije podataka podrazumijevaju sve lične podatke koji otkrivaju: a) rasno porijeklo, nacionalno ili etničko porijeklo, političko mišljenje ili stranačku pripadnost, ili članstvo u sindikatima, religiozno, filozofsko ili drugo uvjerenje, zdravstveno stanje, genetski kod i seksualni život; b) krivične presude; c) biometrijske podatke;

²⁸ Član 9 stav (1) Zakona o zaštiti ličnih podataka glasi: „(1) Obrada posebnih kategorija ličnih podataka je zabranjena“, dok se u drugom stavu definišu izuzeci.

²⁹ Član 9 stav 1 Opšte uredbe o zaštiti ličnih podataka glasi: „1. Zabranjuje se obrada osobnih podataka koji otkrivaju rasno ili etničko podrijetlo, politička mišljenja, vjerska ili filozofska uvjerenja ili članstvo u sindikatu te obrada genetskih podataka, biometrijskih podataka u svrhu jedinstvene identifikacije pojedinca, podataka koji se odnose na zdravlje ili podataka o spolnom životu ili seksualnoj orijentaciji pojedinca.“

³⁰ Član 5 stav Zakona o zaštiti ličnih podataka glasi: „1) Kontrolor može da obrađuje lične podatke uz saglasnost nosioca podataka. (2) Saglasnost za obradu posebne kategorije ličnih podataka mora da bude data u pisanoj formi, mora da je potpiše nosilac podataka, mora da ima tačnu naznaku podataka u vezi sa kojima se saglasnost daje, te mora da sadrži ime kontrolora, svrhu i vremenski period na koji se saglasnost daje. (3) Saglasnost može da bude povučena u bilo kojem trenutku, osim ako se nosilac podataka i kontrolor izričito ne dogovore drugačije. (4) Kontrolor će morati da na zahtjev nadležnog organa, u svako vrijeme, dokaže da postoji saglasnost za period obrade ličnih podataka. (5) Kontrolor je dužan da čuva saglasnost za vrijeme obrade ličnih podataka za čiju obradu je data saglasnost.“. Prema Zakonu, kontrolor je: „svaki javni organ, fizičko ili pravno lice, agencija ili drugi organ koji samostalno ili zajedno sa drugim vodi, obrađuje i utvrđuje svrhu i način obrade ličnih podataka na osnovu zakona ili propisa“.

pregovorima u ugovornom odnosu ili da se ispune već preuzete obaveze, ispune zadaci u javnom interesu ili za potrebe statistike.

Prilikom obrade ličnih podataka mora se voditi računa o svrsi obrade. Ako je svrha obrade ličnih podataka identifikacija lica, onda se ne smije vršiti kopiranje lične karte, jer se krši princip zakonite obrade, pošto se identifikacija može izvršiti samim uvidom u ličnu kartu. Čak i prikupljanje kopija lične karte ili pasoša, u smislu zaštite prava na privatnost, znatno prevazilazi granice potrebne identifikacije i stvara neopravdan rizik od zloupotrebe ličnih podataka. Dakle, nesporno je da se identifikacija lica može izvršiti uvidom u ličnu kartu koja ima, shodno zakonu, fotografiju nosioca lične karte. Obradivač ličnih podataka mora uvijek utvrditi svrhu obrade, te obradu vršiti u obimu, mjeri i vremenskom periodu koji je neophodan za ispunjenje svrhe obrade.

III Pasivna registracija birača i centralni birački spisak

Ustavnom je definisano da će se uspostaviti centralni registar svih pasoša izdatih od strane entiteta i od strane Bosne i Hercegovine³¹. Na osnovu ustavnog prava, za uspostavu evidencije građana Bosne i Hercegovine izrađena je mreža zakonskih rješenja u Bosni i Hercegovini kojom je uspostavljen sistem evidencija građana Bosne i Hercegovine. Zakonom o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine definišu se postupci izdavanja pasoša, te nadležnost za izdavanje pasoša, oblik i sadržaj pasoša i uspostava centralnih evidencija pasoša³². Ustavna obaveza za uspostavu evidencija izdatih putnih isprava implementira se u Zakonu o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine, još 1997. godine. Poglavlje kojim su obuhvaćeni članovi 26–28 Zakona o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine, koji je Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine usvojila 1997. godine, naziva se Centralne evidencije.

³¹ Član 1 stav 7 tačka e) Ustava Bosne i Hercegovine glasi: „e) Državljanin Bosne i Hercegovine će u inostranstvu uživati zaštitu Bosne i Hercegovine. Svaki entitet može izdavati pasoš Bosne i Hercegovine svojim državljanima, kako je regulisano od strane parlamentarne skupštine. Bosna i Hercegovina može izdavati pasoše onim građanima kojima pasoš nije izdat od strane entiteta. Postojeće centralni registar svih pasoša izdatih od strane entiteta i od strane Bosne i Hercegovine.“

³² Član 1 Zakona o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 4/97, 1/99, 9/99, 27/00, 32/00, 19/01, 19/01, 47/04, 53/07, 15/08, 33/08, 39/08, 60/13) glasi: „Ovim zakonom propisuju se vrste i oblik putnih isprava Bosne i Hercegovine, organi nadležni za izdavanje putnih isprava, postupak izdavanja putnih isprava i centralna evidencija i personalizacija putnih isprava Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Zakon).“

Zakonom o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine, preuzeta je međunarodna obaveza da Bosna i Hercegovina svoj sistem dokumenata u skladu sa ICAO standardima i na taj način postane integralni dio međunarodne zajednica u pogledu omogućavanja efikasnog prava na slobodu kretanja za svoje građane, ali i zaštite prava na privatnost kroz zakonitu obradu ličnih podataka³³. Dakle, nesporno je da je Bosna i Hercegovine preuzela obavezu da u skladu sa međunarodnim standardima i prema Ustavu uspostavi centralne evidencije u kojima će se štititi lični podaci, te uz dužnu pažnju obrađivati posebne kategorije ličnih podataka. Zakonom o prebivalištu i boravištu državljana Bosne i Hercegovine uspostavljena je centralna evidencija prebivališta i boravišta.

Podaci u evidencijama prebivališta i boravišta su, prema Zakonu o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine, u vlasništvu nadležnih organa koji vode obradu ličnih podataka, odnosno entitetskih organa³⁴. Na ovaj način je jasno odslikana ustavna struktura Bosne i Hercegovine, te je definisano da je suštinska nadležnost u postupcima određivanja prebivališta i boravišta na strani entiteta. Entiteti u Bosni i Hercegovini su nosioci odluke kome i na koji se način dodjeljuje prebivalište državljanima Bosne i Hercegovine. Agencija za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine isključivo je nadležna za tehničko održavanje i elektronsko arhiviranje podataka i informacija koje se vode u evidencijama za koje je nadležna³⁵.

Agencija pruža stručnu i tehničku podršku organima koji izdaju lična dokumenta i određuju prebivališta, održava i uspostavlja mrežu za prenos podataka koja se nalazi u svakoj opštini u BiH, u svakom kantonu, odnosno u entitetima (jedna mreža uz definisane nadležnosti i prava pristupa), te održava evidencije i čini ih dostupnim svim nadležnim organima. Zakonom

³³ Članom 9 stav (3) tačka f) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 56/08) definisano je: „f) Agencija mora elektronski dokumentovati sve zahtjeve i sve informacije koje su joj date na raspolaganje, najmanje 10 godina od dana podnošenja zahtjeva. Svaki javni organ može ostvariti pristup informacijama putem zahtjeva koji podnese. Organ Bosne i Hercegovine koji se bavi zaštitom podataka ima puni pristup ovim evidentiranim podacima, s ciljem obezbjeđivanja zakonitosti rada Agencije i zakonitosti zahtjeva.“

³⁴ Član 8 stav (5) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 56/08) glasi: „Agencija nije vlasnik podataka pohranjenih u evidencijama definisanim u stavu (3) ovog člana, nego je to izvorni organ.“

³⁵ Član 8 stav (4) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 56/08) glasi: „Agencija je isključivo nadležna za tehničko održavanje i elektronsko arhiviranje podataka i informacija koje se vode u evidencijama definisanim u stavu (3) ovog člana, kao javnog dobra na nivou Bosne i Hercegovine.“

o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka, a u svrhu efikasnije razmjene podataka, uspostavljen je jedan tehnički sistem sa delegiranim nadležnostima, kako bi se omogućili svi mehanizmi koji garantuju zakonito određivanje prebivališta i boravišta u Bosni i Hercegovini.

Kroz uspostave centralnih evidencija pasoša, što je ustavna obaveza, izrađen je zakonski sistem u kome su navedene nadležnosti pojedinih institucija različitih nivoa vlasti u cilju kreiranja pouzdanih i neporecivih evidencija građana Bosne i Hercegovine. U takvim evidencijama se nalaze podaci o građanima, državljanima Bosne i Hercegovine na način da se za nosioca dokumenta Bosne i Hercegovine može garantovati da je stvarni nosilac identiteta koji je upisan u dokumentu³⁶.

Zakonima Bosne i Hercegovine regulisane su oblasti jedinstvenog matičnog broja³⁷, prebivališta i boravišta³⁸, lične karte³⁹ i pasoša⁴⁰, kao i oblast državljanstva⁴¹. Posebnim zakonom regulisana je oblast centralnih evidencija⁴². Svi ovi zakoni prepoznaju organe nižih nivoa kao odgovorne organe za postupak izdavanja dokumenata. Organi kantona i entiteta su vlasnici podataka⁴³, a Bosna i Hercegovina podatke tehnički vodi kao javno

³⁶ Shodno članu 8) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 56/08), Agencija vodi evidenciju jedinstvenih matičnih brojeva (JMB); prebivališta i boravišta državljana Bosne i Hercegovine; ličnih karata državljana Bosne i Hercegovine; građanskih, službenih i diplomatskih pasoša; vozačkih dozvola; registracije motornih vozila i dokumenata za registraciju; pograničnih propusnica, tahografskih kartica, ličnih karata za strane državljanke; novčanih kazni i prekršajnu evidenciju; i druge evidencije za koje postoji saglasnost izvornih organa, a uz posebnu odluku Savjeta ministara.

³⁷ Zakon o jedinstvenom matičnom broju državljana Bosne i Hercegovine objavljen je u službenim glasnicima Bosne i Hercegovine broj 32/01, 63/08, 103/11, 87/13.

³⁸ Zakon o prebivalištu i boravištu državljana Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 32/01, 56/08, 58/15.

³⁹ Zakon o ličnoj karti državljana Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 32/01, 16/02, 32/07, 53/07, 56/08, 18/12.

⁴⁰ Zakon o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 4/97, 1/99, 9/99, 27/00, 32/00, 19/01, 19/01, 47/04, 53/07, 15/08, 33/08, 39/08, 60/13.

⁴¹ Zakon o državljanstvu Bosne i Hercegovine, Službeni prečišćen tekst, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 22/16.

⁴² Zakon o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 56/08.

⁴³ Član 8 stav (5) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 56/08) glasi: „Agencija nije vlasnik podataka pohranjenih u evidencijama definisanim u stavu (3) ovog člana, nego je to izvorni organ.“ Ovako definisanom zakonskom odredbom realizuje se princip delegiranja odgovornosti za institucije koje su zakonski odgovorne za uspostave registara, odnosno institucije koje su odgovorne za tačnost podataka.

dobro na nivou Bosne i Hercegovine⁴⁴, te iste može ustupati trećim stranama u svrhu razmjene i zadržavanja integriteta podataka⁴⁵.

Ovako uspostavljene evidencije stvorile su osnov za formiranje centralnog biračkog spiska shodno Izbornom zakonu Bosne i Hercegovine⁴⁶. Na osnovu člana 23 stav (1) tačka b) Zakona o Agenciji za identifikacione dokumente, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine, usvojen je Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencija⁴⁷, u kome je definisan sadržaj centralnog biračkog spiska. Shodno zakonu o zaštiti ličnih podataka utvrđena je svrha uspostave evidencije centralnog biračkog spiska,⁴⁸ gdje je jasno određeno u koje namjene se mogu koristiti podaci iz centralnog biračkog spiska. Kreiranje centralnog biračkog spiska se vrši na način da se preuzimaju podaci iz evidencija o prebivalištu i boravištu i evidencije jedinstvenog matičnog broja i dodaju se podaci specifični za izborni proces, kao što su biračko mjesto i slično. Dakle, lice sa određenom adresom prebivališta dodijeli se biračkom mjestu na kome se nalaze te adrese, a podaci koji su sadržani određeni su Pravilnikom o sadržaju i načinu vođenja evidencija⁴⁹.

⁴⁴ Član 8, stav (4) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmenu podatka Bosne i Hercegovine (Službenik glasnik Bosne i Hercegovine broj 56/08) glasi: „Agencija je isključivo nadležna za tehničko održavanje i elektronsko arhiviranje podataka i informacija koje se vode u evidencijama definisanim u stavu (3) ovog člana, kao javnog dobra na nivou Bosne i Hercegovine.“

⁴⁵ Član 9 stav (1) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 56/08) glasi: „Agencija će omogućiti neometan pristup, prenos i razmjenu podataka, koji se vode u evidencijama definisanim u članu 8 stav (3) Zakona, između nadležnih organa Bosne i Hercegovine.“

⁴⁶ Član 3.3 Izbornog zakona Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ 23/2001, 7/2002, 9/2002, 20/2002, 25/2002 – ispr., 4/2004, 20/2004, 25/2005, 77/2005, 11/2006, 24/2006, 33/2008, 37/2008, 32/2010, 48/2011 – odluka Ustavnog Suda BiH, 63/2011 – odluka Ustavnog Suda BiH, 18/2013, 7/2014, 31/2016 i 54/2017 – odluka Ustavnog Suda BiH) glasi: „Centralni birački spisak sačinjava se i vodi na osnovu podataka iz službenih evidencija o prebivalištu i boravištu državljana BiH koje vodi nadležni državni organ, drugih javnih isprava i službenih evidencija o državljanima BiH koje vode Centralna izborna komisija BiH i drugi nadležni organi i na osnovu javnih isprava i podataka koji se dobiju neposredno od građana.“

⁴⁷ Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencija („Službeni glasnik BiH“ 55/15)

⁴⁸ Član 44 Pravilnika o sadržaju i načinu vođenja evidencija („Službeni glasnik BiH“ 55/15) glasi: „Svrha ove evidencije je: a) Provođenje Izbornog zakona Bosne i Hercegovine, b) Formiranje evidencije centralnog biračkog spiska na osnovu evidencija koje vodi Agencija, c) Tehničko vođenje evidencije centralnog biračkog spiska u skladu sa Izbornim zakonom Bosne i Hercegovine, d) Automatizacija i utemeljenje evidencije o državljanima Bosne i Hercegovine koji imaju biračko pravo.“

⁴⁹ Član 46 Pravilnika o sadržaju i načinu vođenja evidencija („Službeni glasnik BiH“ 55/15) koji nosi naziv „Sadržaj evidencije“ glasi: „Svaki zapis ove evidencije sadrži sljedeće podatke: a) JMB (text, 13); b) prezime (text, 40); c) ime (text, 40); d) ime jednog roditelja (text, 40); e) datum rođenja (datum, dd.mm.gggg); f) pol (text, 1); g) naziv opštine gdje birač ima prebivalište ili boravište (text, 100); h) adresa prebivališta odnosno boravišta (ulica, kućni broj i mjesto) (text, 100); i) naziv opštine odnosno izborne jedinice za koju osoba ima pravo glasa (text, 100); j) biračka opcija (text, 30); k) biračko mjesto (text, 100); l) datum prijave prebivališta ili boravišta (datum, dd.mm.gggg); m) ‘napomena’ (text, 250).“

U sadržaju biračkog spiska ne nalaze se biometrijski podaci, niti postoji pravni osnov za vođenje biometrijskih podataka za provođenje biračkog postupka.

IV Biometrijski podaci u centralnom biračkom spisku u BiH

U svrhu provođenja izbornog procesa neophodno je utvrditi identitet birača. Shodno Izbornom zakonu Bosne i Hercegovine, identitet birača se utvrđuje na osnovu važeće lične isprave (lična karta, pasoš i vozačka dozvola)⁵⁰. Ovakav način identifikacije usklađen je sa zakonima, kojima je propisano da se navedenim dokumentima dokazuje identitet. Kako je ranije prezentovano, biometrijski podaci nisu dio biračkog spiska u Bosni i Hercegovini. Biometrijske podatke treba posmatrati u dva različita konteksta:

1. Korišćenje biometrijskih podataka koji se nalaze upisani u ličnu kartu u svrhu identifikacije nosioca dokumenta;

2. Pohranjivanje biometrijskih podataka na centralni sistem i korišćenje takvih podataka prilikom pristupa izbornom procesu.

Propisima Bosne i Hercegovine se, u svrhu izdavanja identifikacionih dokumenata, prikupljaju biometrijski podaci. Međutim, biometrijski podaci, te njihova obrada, pa i identifikovanje lica, predstavljaju izuzetan rizik u privatnost pojedinaca. Obrada biometrijskih podataka dozvoljena je samo kada je nužna i neophodna, kao što je u slučaju rasyjetljavanja krivičnih djela, identifikacije počinitelaca krivičnih dijela i slično. Opštom uredbom o zaštiti ličnih podataka EU broj 2016/679 definisana je obrada posebne kategorije ličnih podataka u članu 9. Dakle, isključivo je zabranjena obrada biometrijskih podataka, izuzev u izuzetnim slučajevima koji su definisano Uredbom⁵¹.

Postavlja se pitanje da li identifikacija državljana putem biometrijskih

⁵⁰ Član 5.12 stavovi 3) i 4) Izbornog zakona BiH („Službeni glasnik BiH“ 23/2001, 7/2002, 9/2002, 20/2002, 25/2002 – ispr., 4/2004, 20/2004, 25/2005, 77/2005, 11/2006, 24/2006, 33/2008, 37/2008, 32/2010, 48/2011 – odluka Ustavnog Suda BiH, 63/2011 – odluka Ustavnog Suda BiH, 18/2013, 7/2014, 31/2016 54/2017 – odluka Ustavnog Suda BiH) glase: „Predsjednik ili član biračkog odbora utvrđuje identitet birača na osnovu važeće lične isprave. Važeća lična isprava, sa fotografijom, u smislu prethodnog stava, jedan je od sljedećih dokumenata: 1. lična karta; 2. pasoš; 3. vozačka dozvola.“

⁵¹ Član 9 stav 1) Opšte uredbe o zaštiti ličnih podataka EU, koji nosi naziv „obrada posebnih kategorija ličnih podataka“ glasi: „1. Zabranjuje se obrada osobnih podataka koji otkrivaju rasno ili etničko podrijetlo, politička mišljenja, vjerska ili filozofska uvjerenja ili članstvo u sindikatu te obrada genetskih podataka, biometrijskih podataka u svrhu jedinstvene identifikacije pojedinca, podataka koji se odnose na zdravlje ili podataka o spolnom životu ili seksualnoj orijentaciji pojedinca.“ U sljedećim stavovima su navedeni izuzeci, međutim niti jedan od izuzetaka ne opravdava obradu biometrijskih podataka u svrhe provođenja izbora.

podataka za pristup biračkim mjestima predstavlja razumnu i zakonitu upotrebu ličnih podataka. Shodno Zakonu o ličnoj karti državljana Bosne i Hercegovine, lična karta Bosne i Hercegovine predstavlja identifikacioni dokument, koji je istovremeno i elektronski identifikacioni dokument⁵². Nesporno je da se u ličnu kartu upisuju podaci o otiscima prstiju i da je moguće izvršiti identifikaciju nosioca lične karte korišćenjem podataka koji su upisani u memorijski elektronski elemenat. Na ovaj način lična karta državljana BiH postaje elektronska lična karta i dobija dodatne zaštitne elemente, koji služe u postupku identifikacije nosioca lične karte. Pored vidljivog dijela lične karte, lična karta dobija i elektronski zaštićene podatke na čipu. Svrha ovih podataka jeste da zakonom ovlašćeni organi dobiju dodatnu mogućnost provjere podataka o nosiocima lične karte. Tehnička arhitektura lične karte državljana Bosne i Hercegovine definiše načine pristupa podacima na ličnoj karti.⁵³ Shodno zakonu o ličnoj karti, suština elektronske lične karte je da se omogući dodatna zaštita od zloupotrebe ličnih karata, kroz uvođenje podataka na čipu i kroz tehnički siguran način pristupa ličnoj karti⁵⁴. Utvrđivanje identiteta lica je moguće tako da se nadležnom organu omogući pristup čipu lične karte, na način da mu se dodjeli CVC certifikat⁵⁵.

Pored biometrijskih podataka, u memorijski elemenat su uključeni i drugi podaci koji služe za identifikaciju i koji se nalaze na vidnom dijelu lične karte. Upotreba biometrijskih podataka zaista ugrožava privatnost i

⁵² Član 6 stav 5) Zakona o ličnoj karti državljana BiH (“Službeni glasnik BiH”, br. 32/01, 16/02, 32/07, 53/07, 56/08 i 18/12) glasi: „Obrazac lične karte sadrži elektronski memorijski element. Na elektronski memorijski element u procesu personalizacije pohranjuju se i kriptografski štite podaci iz st. 1 i 2 ovog člana, kao i oznaka za vrstu isprave kako bi se isprava mogla koristiti za putovanje van Bosne i Hercegovine, oznaka države, kao i drugi podaci u skladu sa standardima. Ako nije moguće izvršiti elektronsko preuzimanje otisaka prstiju od građana, onda se u memorijski elemenat upisuje oznaka da otisci prsta nisu preuzeti, kao i ime službenika nadležnog organa koji je preuzimao otiske prstiju i organ koji je izdao navedenu ličnu kartu. O načinu unosa podataka na elektronski memorijski element posebno uputstvo donosi direktor Agencije.

⁵³ Arhitektura lične karte Bosne i Hercegovine, verzija dokumenta 1.2 od 1. 3. 2013 godine, u poglavlju 3.1. opisuje elektronski memorijski element, a u Poglavlju 3.1.1 navode se metode predstavljanja za pristup podacima koji se kriptografski štite prema članu 6 stav (5) Zakona o ličnoj karti. U poglavlju 3.1.2 se nalaze opisani podaci koji su nalaze u čipu, u poglavlju 3.1.2.1 su opisani biometrijski podaci, odnosno biometrijska ICAO aplikacija, u poglavlju 3.1.2.2 je opisana eID aplikacija i koja služi za digitalno predstavljanje. Izvor: www.iddeea.gov.ba, pristup izvršen 27. 4. 2018. godine.

⁵⁴ Arhitektura lične karte Bosne i Hercegovine, verzija dokumenta 1.2 od 1. 3. 2013 godine, u poglavlju 3.2 opisuje načine pristupa podacima, te kriptografski mehanizmi zaštite, u poglavlju 3.3 inspeksijske sisteme, a u poglavlju 3.4 su opisani terminali za predstavljanje ličnoj karti. Terminali služe da se pristupi podacima na čipu kako bi se utvrdio identitet lica, te kako bi se utvrdilo da li je lična karta falsifikovana.

⁵⁵ CVC certifikat („CVC – Card Verifiable Certificate“) koriste terminali (čitači pametnih kartica) da bi se ličnoj karti predstavili kao autorizovani uređaj prilikom pristupa istoj.

stvara nelagodu kod lica koje pristupa biračkom mjestu i može stvoriti osjećaj nadgledanja od strane države korišćenjem posebne kategorije ličnih podatak.

Za provođenje izbornog postupka, te za identifikaciju birača, moguće je koristiti podatke koji su upisani u ličnu kartu, a koji nisu biometrijski podaci. Ovi podaci su definisani zakonskom regulativom i značajno mogu poboljšati sigurnost izbornog procesa.

Dodatni razlog iz kojeg treba izbjeći upotrebu biometrijskih podataka jeste činjenica da se, po izbornom zakonodavstvu, identifikacija građana može izvršiti i putem vozačke dozvole, koja nije elektronski dokument.

V Zaključak

Obrada ličnih podataka mora da se vrši isključivo u skladu sa zakonskom regulativom koja je kreirana shodno pravno obavezujućim međunarodnim dokumentima kojima se garantuje zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda. Bosna i Hercegovina je Ustavom obavezna direktno primjenjivati Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sporazumom o pridruživanju sa Evropskom unijom, Bosna i Hercegovina je preuzela obavezu da prati zakonodavstvo Evropske unije u oblasti zaštite ličnih podataka.

U skladu sa međunarodnim dokumentima, kao i Ustavom Bosne i Hercegovine, u Bosni i Hercegovini je uspostavljen sistem evidencije građana. S obzirom na to da je Bosna i Hercegovina demokratska država, zasnovana na vladavini zakona, potrebno je uspostaviti izbornu zakonodavstvo koje garantuje provođenje slobodnih i fer izbora. Jedan od osnovnih elemenata izbornog zakonodavstva jeste formiranje biračkih spiskova. Birački spiskovi u Bosni i Hercegovini se formiraju iz evidencija identifikacionih dokumenata i prebivališta i boravišta, a na osnovu Ustavne odredbe koja omogućava uspostavu evidencije putnih isprava.

Sastavni dio evidencije ličnih dokumenata jesu i biometrijski podaci državljana Bosne i Hercegovine. Biometrijski podaci se obrađuju u skladu sa zakonom i predstavljaju posebnu kategoriju ličnih podataka. Za potrebe provođenja izbornog zakona nije nužno i potrebno u birački spisak pohranjivati biometrijske podatke. Ova odredba se kosi i sa Opštom uredbom EU o zaštiti ličnih podataka broj 2016/679 koja se primjenjuje u zemljama članicama EU od 25. maja 2018. godine. Pošto je Bosna i Hercegovina preuzela međunarodne obaveze, potrebno je u potpunosti da se pridržava ove

regulative. Iako je Bosna i Hercegovina preuzela međunarodnu obavezu da prilagodi svoje zakonodavstvo iz oblasti zaštite ličnih podataka sa pravnom tekovinom EU, ova obaveza nije izvršena. Zakon o zaštiti ličnih podataka u Bosni i Hercegovini još nije usklađen sa novom regulativom Evropske unije.

Prilikom provođenja izbornog zakonodavstva, neophodno je izvršiti identifikaciju građana. Zakonima Bosne i Hercegovine, koji su usklađeni sa međunarodnim standardima, lična karta je elektronski identifikacioni dokument, što znači da je moguće da se vrši identifikacija lica korišćenjem tehničkih sredstava kojima se čitaju podaci sa lične karte. Međutim, za ovakvu identifikaciju nije nužno da se vrši pohrana biometrijskih podataka u centralni birački spisak za potrebe provođenja biračkog postupka. Moguće je izvršiti identifikaciju građanina na licu mjesta poređenjem podataka koji su upisani na vidljivom dijelu lične karte i podataka koji su upisani na čipu. Za ovakve namjene potrebno je izraditi infrastrukturu na svim biračkim mjestima, što predstavlja značajna finansijska ulaganja.

Kako bi se u okviru izbornog zakonodavstva omogućila identifikacija građana korišćenjem biometrijskih podataka sa ličnih dokumenata, neophodno je da se izvrši prilagođavanje izbornog zakonodavstva, te da se uspostavi tehnička infrastruktura koja omogućava biometrijske kontrole. Dalje, neophodno je uspostaviti sve mehanizme zaštite ličnih podataka koji su predvođeni Opštom uredbom EU broj 2016/679 o zaštiti ličnih podataka. Ovakve radnje nije moguće provesti u kratkom vremenskom periodu, tako da se pretpostavlja da je, nakon izmjena zakonske regulative, neophodno da prođu bar dva izborna procesa kako bi se garantovala nesporna primjena novih rješenja.

Literatura

Kuzmanović, R., Karan S., *Ustavno pravo*, Banja Luka, Aperion, 2015.

Karan, S., "Oblik državnog uređenja u Bosni i Hercegovini", *Godišnjak Pravnog fakulteta*, broj 4, Aperion, Banja Luka, 2014.

Macan, S., *Registri za identifikaciju građana – Zaštita ljudskih prava i efikasna državna uprava*, Doktorski rad, Banja Luka, 2018.

Nogo, S., Macan, S., *eServices Platform*, Beograd: SMART eGovernment 2009, 2009.

Maćan, S., Karan S., “Ustavno pravo na privatnost, slobodu kretanja i prebivalište korišćenjem biometrijskih podataka”, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, Apeiron, Banja Luka*, 2017.

Maćan, S., Nogo, S., *Upotreba biometrijskih podataka i njihova razmjena u ID sistemima u BiH*, Jahorina: INFOTEH, Vol. 11, Mart, 2012.

Maćan, S., “EU Service Directive, Digital Identity and ID documents in Bosnia and Herzegovina”, *JITA – Journal of Information Technology and Applications*, PanEuropean University APEIRON, Banja Luka, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina, Vol. 8, No 1, Banja Luka, june 2018.

Savjet Evrope, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim: Savjet Evrope, 4. 11. 1950.

Evropska zajednica, Direktiva EU 95/46 u vezi sa zaštitom pojedinaca u procesu obrade ličnih podataka i slobodnom prenosu takvih podataka, Brisel: Evropska zajednica, 20. 2. 1995.

Bosna i Hercegovina i Evropska komisija, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, 2008.

<https://www.cis.hr/files/CIS-predavanja-prezentacije/Razvoj%20europske%20regulative%20zastite%20podataka.pdf>

www.azlp.gov.ba

www.mup.vladars.net

www.vladars.net

www.iddeea.gov.ba

<https://gdpr-info.eu/>

<https://europa.eu/european-union/>

www.dei.gov.ba

<https://www.tportal.hr/>

USE OF BIOMETRICS IN THE ELECTION PROCESS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Siniša Macan, PhD*

Siniša Karan, PhD**

***Abstract:** The Constitution of Bosnia and Herzegovina defines the obligation of direct application of the European Convention on Human Rights in Bosnia and Herzegovina. Also, Bosnia and Herzegovina, in accordance with the Constitution, is a democratic state that operates in accordance with the law and on the basis of free and democratic elections. The right to privacy and the protection of personal data is a constitutional obligation defined by international agreements and treaties. The Stabilization and Association Agreement defines the obligation to apply the mechanisms for the protection of personal data in Bosnia and Herzegovina.*

The Election Law in Bosnia and Herzegovina has established rules for conducting free and democratic elections based on the rule of law and law. For the creation of a central voter list, data collected from citizen records, based on records of residence, as well as records of personal documents and travel documents, are used.

It is legally defined that personal data, including biometric data, are collected during the creation of residence and residence records. The use of biometric data must be exclusively in accordance with the law, but in the manner of guaranteeing the protection of basic freedoms.

The general EU Regulation on the protection of personal data 2016/679 introduces the concept of biometric data and the rules for the use of biometric data in the territory of the European Union. In view of the obligation of Bosnia and Herzegovina from the Association Agreement with the European Union, it is necessary that the regulations in Bosnia and Herzegovina are adapted to the EU regulations. Any use of biometric data contrary to this regulation, and even for the purpose of carrying out the election, would be unlawful. During the conduct of the electoral process it is not lawful to use biometric data within the voter register, as this would violate the rights related

* Ministry of Internal Affairs of Republic of Srpska

** General Secretariat of the President of Republic of Srpska

to the protection of personal data. It is possible, when identifying, to use an electronic ID card with special devices, for which it is necessary to establish an adequate infrastructure

Keywords: *Biometric data, General Data Protection Regulation (GDPR), elections, special category of personal data*

УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

ЉУДСКА ПРАВА, МЕДИЈИ И НОВИНАРСКА ПРОФЕСИЈА

Проф. др Предраг Димитријевић*
Доц. др Јелена Вучковић**

Апстракт: Питања која су везана за новинарску професију спадају у осетљива питања медијског права. Медијско право у Србији регулисано је медијским законима усвојеним углавном 2014. године, у које спадају пре свега: Закон о јавном информисању и медијима, Закон о електронским медијима и Закон о јавним медијским сервисима. Још у време усвајања ових закона изражавана је бојазан како ће се поједине недовољно прецизне одредбе ових закона тумачити и примењивати.

Имплементацију медијског законодавства прати неколико проблема, и то: транспарентност власништва и финансирање приватних медија, ефикасност надзора државног финансирања и суфинансирања медија; независност и капацитет Регулаторног тела за електронске медије, који свеукупно директно или индиректно дестабилизују положај новинара, што захтева потребу за њиховом ефикасном заштитом.

Пракса показује још увек присуство притисака на медије у Србији, присуство цензуре и аутоцензуре, да представници власти интерпретирају критички оријентисане медије као своје политичке противнике, као употребу таблоида за политичку пропаганду и обрачун са политичким противницима. То се правда слободом изражавања и јавног информисања. У таквој атмосфери политичког деформисања примене медијског законодавства, новинарска професија постаје кључна карика у настојању да се људска права очувају и штите.

* Правни факултет Универзитета у Нишу, Трг краља Александра 11, 18000 Ниш,
e-mail: pecad0909@gmail.com

** Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Кључне речи: слобода изражавања, слобода јавног информисања, новинарска професија, медијско право.

1. Права, слободе и обавезе новинара

1. *Слобода изражавања* је фундаментално људско право. Сва политичко-правна и етичка начела, стандарди и норме медијског права заснивају се на слободи изражавања. Слобода изражавања гарантована је чланом 10 Европске конвенције, али се ова слобода може ограничити под условом да су ограничења предвиђена националним законом и да су она неопходна у демократском друштву.

Устав Србије гарантује слободу јавног изражавања мишљења (чл. 46), али предвиђа могућност законског ограничења слободе изражавања ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала демократског друштва¹ и националне безбедности Републике Србије (чл. 46, ст. 2).

Према Закону о јавном информисању и медијима², право на јавно информисање обухвата слободу прикупљања, истраживања, објављивања и ширења идеја, информација и мишљења, слободу штампања и дистрибуције (растурања) новина и других јавних гласила, слободу производње и емитовања радио и телевизијског програма, слободу примања идеја, информација и мишљења, као и слободу оснивања правних лица која се баве јавним информисањем.³

У пракси слободу изражавања и слободу штампе у Србији озбиљно угрожавају појаве као што су: нетранспарентност медијског власништва, мешање државе и политичке власти у структуру медијског власништва, као и претње и напади на новинаре и сл.

Устав гарантује слободу штампе. Она значи издавање новина без претходног одобрења, на начин предвиђен законом, као и оснивање телевизијске и радио станице и електронских медија у складу са законом (чл. 50). Према томе, овај члан Устава предвиђа да је свако слободан да без одобрења оснива штампане медије, односно да се електронски медији оснивају у складу са законом.

¹ Није јасно шта се подразумева под моралом демократског друштва, који је један од основа ограничења према Уставу Србије.

² Закон о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС“, 83/14.

³ Јелена Вучковић (2018), *Медијско право*, Медивест, Ниш, стр. 106.

Овај члан забрањује цензуру и само је суд овлашћен да, у нарочито оправданим случајевима, привремено спречи ширење идеја и информација путем медија и то само ако је то „у демократском друштву неопходно ради спречавања позивања на насилно рушење Уставом утврђеног поретка или нарушавања територијалног интегритета Републике Србије, спречавања пропагирања рата или подстрекавања на неопредно насиље или ради спречавања заговарања расне, националне или верске мржње, којим се подстиче на дискриминацију, непријатељство или насиље“ (чл. 50, ст. 3).

Према томе, слобода изражавања је слобода, али са ограничењима.

2. *Слобода јавног информисања* (чл. 4, ЗоЈИМ) значи да се не сме угрожавати слободан проток информација путем медија.⁴ Јавно информисање због својих циљева и функција треба да буде слободно и то у интересу јавности. Забрањена је цензура у било каквом облику.⁵ Интересантно је да ЗоЈИМ (2014) не садржи овакву формулацију већ користи описну диспозицију „не постоји цензура“.

Слобода јавног информисања омогућена је забраном дискриминације (непосредне и посредне) уредника медија, новинара и других лица у области јавног информисања, нарочито према њиховој политичкој опредељености и уверењу или неком другом личном својству. Тиме је заштита проширена и појачана.

Не сме се угрожавати уређивачка аутономија медија, а нарочито вршењем притиска, претњом, односно уценом уредника, новинара или извора информација.

Закон о јавном информисању и медијима (2014), ради заштите начела слободне утакмице и плурализма идеја и мишљења, забрањује сваки вид монопола у области јавног информисања.⁶ Забрана монополизације медија (чл. 6) значи да нико не може имати монопол на оснивање, односно дистрибуцију медија (екстерна забрана) и нико не може имати монопол на објављивање информација, идеја и мишљења у медију (интерна забрана).⁷

⁴ Слобода је правно дефинисана као право да се чини све оно што није забрањено законом. Међутим, нема апсолутних слобода и права, јер би то значило негацију истог таквог права или слободе, које поседује друго лице, Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Београд, 1995, стр. 516.

⁵ Ова формулација „у било каквом облику“ је битна јер постоји, поред формалне цензуре, прикривена, унутрашња цензура, па Закон пружа заштиту и у овим ситуацијама.

⁶ ЗоЈИМ (члан 6). То чини и претходни Закон о јавном информисању, „Сл. гласник РС“, 43/03.

⁷ Јелена Вучковић (2018), *Медијско право*, Медивест, Ниш, стр. 37.

Физички напад на уредника, новинара и друга лица која учествују у прикупљању и објављивању информација путем медија кажњава се на основу закона.

Слобода јавног информисања мора да буде у јавном интересу. Она се не сме повређивати злоупотребом службеног положаја и јавних овлашћења, својинских и других права, као ни утицајем и контролом над средствима за штампање и дистрибуцију новина или мрежама електронских комуникација, које се користе за дистрибуцију медијских садржаја. О повредама слободе јавног информисања одлучује суд, по хитном поступку.

3. Измене у сфери медија јесу доношење неколико медијских закона, пре свега: Закона о јавном информисању и медијима,⁸ Закона о електронским медијима⁹ и Закона о јавним медијским сервисима.¹⁰ За саме новинаре, најважнији је Закон о јавном информисању и медијима, и то поглавље: „Уредници, новинари, професионална удружења новинара и представници иностраних медија“, где су наведена права новинара, и то:

Право новинара на објављивање тврдњи и изношење ставова и мишљења, које забрањује било коју врсту дискриминације код објављивања истините тврдње или мишљења.

Право новинара да одбије извршење налога, уколико би уредник тим налогом кршио прописе, правила струке, као и етику новинарске професије.

Право новинара на аутентичност прилога, што подразумева забрану објављивања прилога новинара под његовим именом, уколико је смисао прилога измењен без сагласности новинара,

Новинарска тајна, по којој новинар није дужан да открије извор информације, изузев података који се односе на кривично дело, за које је прописана казна затвора, у трајању од најмање пет година, а ти подаци се не могу на други начин прибавити,

Слобода професионалног удруживања, што подразумева да новинари могу слободно оснивати своја удружења, у складу са законом, и

Право удружења у судском поступку, односно да Удружење новинара има правни интерес за интервенисање у радном спору у коме учествује члан тог удружења, ако се он томе не противи.¹¹

⁸ Закон о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС“, 83/14. Најважнији закон у домену новинарства јесте Закон о јавном информисању и медијима, који укида дејство Закона о јавном информисању из 2003. године, који је једанаест година био на снази.

⁹ Закон о електронским медијима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/2014.

¹⁰ Закон о јавним медијским сервисима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/2014.

¹¹ Јелена Вучковић (2018), *Медијско право*, Медивест, Ниш, стр. 106.

Поред ових права, у Закону су прописана и посебна права и обавезе у јавном информисању:

Претпоставка невиности, где се нико не сме прогласити кривим или одговорним пре правноснажне одлуке суда,

Објављивање информација у вези са кривичним поступком, које могу бити објављене уколико су изнете на главном претресу или ако су могле бити добијене од органа власти,

Забрана говора мржње, која се тиче дискриминације, мржње или насиља против лица или групе лица с обзиром на њихова лична својства,

Ослобађање од одговорности, у случају говора мржње уколико није постојала намера дискриминације, мржње или насиља против лица или групе лица, а део је објективног новинског извештаја, или је та намера била критички усмерена ка дискриминацији,

Заштита малолетника, где се мора водити рачуна да садржај медија и начин дистрибуције медија не нашкоде моралном, интелектуалном, емотивном или социјалном развоју малолетника, и

Забрана јавног излагања порнографије, која се у овом закону односи само на штампане медије, где такав медиј на првој и последњој страници не сме садржати порнографију, а мора имати видно упозорење уколико је садржи, као и упозорење да није намењен малолетницима.

Поштовање личног достојанства значи да се приликом објављивања информација морају поштовати права личности на коју се информација односи. Пре свега, мора се поштовати право на достојанство и право на аутентичност појединца. Било какав лични запис, запис лика или запис гласа, не могу се објавити без његовог пристанка. Међутим, новинар може објавити информацију о неком лицу и без његовог пристанка, у случајевима када јавни интерес претеже у односу на интерес да се спречи објављивање информације тог лица из приватног живота.¹²

Право на одговор представља могућност лица које сматра да му је објављивањем информације повређено неко право, да тражи од одговорног уредника објављивање одговора у коме се информација демантује. Поред тога, уколико неко лице не успе на тај начин да оствари своје право, то може учинити судским путем уз помоћ права на исправку.

Право на исправку гарантује појединцу да може да захтева од суда мериторно утврђивање да је објављена информација неистинита, непотпуна или нетачно пренета. Лице може да захтева да суд нареди одговор-

¹² Члан 82, Закон о јавности информација и медијима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/2014.

ном уреднику да без накнаде објави исправку информације као неистините, непотпуне или нетачно пренете.¹³

2. Новинарска етика

Међународни и национални кодекси новинара јесу најважнији за успостављање етичког понашања новинара.¹⁴ Најважнији принцип новинарске етике, који се у свим међународним и националним етичким кодексима новинара ставља на прво место, јесте онај који новинаре обавезује да у највећој могућој мери *истинито* преносе релевантне информације.¹⁵ Овај принцип укључује неколико моралних обавеза новинара, као изведених етичких принципа, и то: новинари увек треба да говоре истину, да избегавају предрасуде и буду свесни колико њихов сопствени став може да утиче на истинитост извештавања, новинари не смеју да плагирају извештавање других, они треба да проверавају истинитост других извештаја и уколико открију грешке у извештавању, обавезни су да их јавно исправе, али и да отклоне погрешне утиске које би такве грешке могле да произведу.¹⁶

Ово новинарској професији даје нову димензију и захтева од новинара објективност, неутралност и консултовање више извора и свих заинтересованих страна. Међународни етички кодекси су као стандард професионалног понашања новинара и формулисани у виду декларација и резолуција. Таква је *Декларација о начелима понашања новинара* (допуњена 1986.) и састоји се од следећих начела: одбрана слободе информисања; поштовање истине; поштовање личности.¹⁷

Декларација о правима и обавезама новинара Европске заједнице (1971), тзв. Минхенска декларација, основни је документ који се тиче новинарске професије и из кога су настали сви каснији и сада важећи кодекси. Декларација се састоји од пет начела која означавају права новинара и и десет која се односе на обавезе новинара.¹⁸

¹³ Јелена Вучковић (2018), *Медијско право*, Медивест, Ниш, стр. 161.

¹⁴ Деј, Луис Алвин (2004), *Етика у медијима – примери и контроверзе*, Београд: Медија центар, Плус центар, стр. 84.

¹⁵ Жакет, Дејл (2007), *Новинарска етика – Морална одговорност у медијима*, Сл. гласник, Београд, стр. 32.

¹⁶ Андреј Благојевић (2014), *Правна регулатива и етичка питања у савременом новинарству у Србији*, мастер рад, Филозофски факултет, Ниш, стр. 35.

¹⁷ Корни, Данијел (1999), *Етика информисања*. Клио, Београд, стр. 23.

¹⁸ Rolend, Lorimer (1998), *Масовне комуникације*, Клио, Београд, стр. 156–158.

Декларација о правима обухвата право новинара на слободан приступ свим информацијама, као и право да слободно истражују сва догађања од утицаја на јавни живот; право новинара да одбију потчињавање било чему што је противно општој политици органа информисања, чији је он/она сарадник; право да се новинари не могу присилити на професионални чин или изражавање мишљења противно његовим/њеним убеђењима и савести; затим редакцијски састав мора бити информисан о свим важним одлукама које могу утицати на живот предузећа; и новинари имају право не само на предности које проистичу из колективних споразума, него и на индивидуални уговор с послодавцем, који им обезбеђује материјалну и моралну сигурност за рад.

Декларација о обавезама садржи следеће обавезе новинара: да поштују истину; да бране слободу информисања, коментара и критике; да износе само чињенице из њему/њој знаног извора; да не заташкавају битне информације и не мењају текстове и документа; да се не служе нечасним методама ради прибављања вести; да поштују приватност других лица; да исправе сваку објављену информацију за коју се покаже да је нетачна; да поштују професионалну тајну и не одају извор информација добијених у поверењу; да тешким повредама професије сматрају плагијат, блаћење, увреде, клевету и неосноване оптужбе, примање мита, било ради објављивања, било ради заташкавања информације; да никада не мешају професију новинара са професијом продавца огласа или пропагандисте; да одбија све директне или индиректне налоге оглашивача; да се опиру сваком притиску и да уређивачке налоге примају само од надлежних лица из редакцијског савета.¹⁹

У Србији су на снази два кодекса: први, који је општег карактера и представља етички стандард професионалног поступања новинара,²⁰ и други, који се односи на електронске медије, чији је творац Асоцијација независних електронских медија (АНЕМ) уз подршку Савета Европе.

Кодекс новинара Србије садржи десет начела: 1) Истинитост извештавања, 2) Независност од притисака, 3) Спречавање корупције и сукоба, 4) Одговорност новинара, 5) Новинарска пажња, 6) Однос према изворима информисања, 7) Поштовање приватности, 8) Коришћење часних средстава, 9) Поштовање ауторства, и 10) Заштита новинара.²¹

¹⁹ Андреј Благојевић (2014), *Правна регулатива и етичка питања у савременом новинарству у Србији*, мастер рад, Филозофски факултет, Ниш, стр. 38.

²⁰ Кодекс су саставила два новинарска удружења Србије, УНС (Удружење новинара Србије) и НУНС (Независно удружење новинара Србије), 2006. (допуњен 2013) са једним начелом о антикорупцији и сукобу интереса у медијима.

²¹ Начела Минхенског кодекса ушла су и у етички кодекс новинара Републике Србије. *Кодекс*

Поред кодекса националног карактера, поједине медијске куће у Србији (нпр. Радио Београд) донеле су и сопствене кодексе.

После Кодекса новинара Србије, фебруара 2002. године усвојен је и Етички кодекс електронских медија, који садржи дужности новинара електронских медија и њихово понашање у области у којој делују, и то: 1) Тачност, 2) Праведност, 3) Лична етика, 4) Влада, политика и интересне групе – независност уређивачке политике, 5) Извештавање о етничким и другим друштвеним заједницама, 6) Јавни интерес, и 7) Однос медија према тероризму и насиљу.

Доношење наведених кодекса представља чин саморегулације медија и новинарске професије који је омогућио формирање саморегулаторних тела: Савета за штампу (2011) и Савета онлајн издавача Србије (2012).

3. Медијска (новинарска) саморегулација

Саморегулација медија је у служби јачања новинарске етике. Функција саморегулације је заштита медија од политичке цензуре, од економске зависности и исцрпљујућих судских процеса али и средство јачања њихове сопствене одговорности у друштву и јачања поверења у медије. То је активност која доприноси слободи медија и брине се о њиховој друштвеној одговорности. Саморегулација штити права новинара да остану независни и непристрасни, али исто тако омогућава да новинари, могу да критикује друге новинаре за учињене професионалне грешке и треба да омогући успостављање минимума стандарда професионалне етике.²²

Медијска саморегулација се, поред етичких кодекса, остварује и путем посебних тела за саморегулацију. У свету је најпознатија норвешка институција *Веће за медије* које се брине за проверу тачности пласираних информација, омогућава улагање жалби у вези са веродостојношћу објављених информација, и слично. Ово веће, између осталог, има обавезу да самоиницијативно реагује у случајевима нарушавања етичког

новинара Србије – упутства и смернице (верзија новембар 2008) . Фондација Конрад Аденауер, Београд, стр. 8, Извор: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15730-1522-14-30.pdf?090217150730.

²² Zlatev, Ognian (2011), „Načini osiguranja društvene odgovornosti medija (NODO) i njihova primena u Jugoistočnoj Evropi i Turskoj“. У: *Profesionalno novinarstvo i samoregulacija – Novi mediji i stare dvojbe u Jugoistočnoj Evropi i Turskoj*, UNESCO, стр. 18.

кодекса, али и у другим случајевима који су у интересу јавности.²³ Веће за медије нема моћ присиљавања било кога да нешто ради, већ његова делатност зависи од сарадње трију група, које укључују: власнике медија, новинаре и јавност. У Већу за медије представљене су све стране (новинари, уредници, власници медија, медијски конзументи и представници друштва), с тим што сви њихови представници треба да буду угледне јавне личности.²⁴

У Србији не постоји искуство саморегулације. Овакво стање почело је да се мења после доношења етичког кодекса новинара 2006. године, након чега су медијске организације, власници, издавачи и новинари, 2009. године формирали Савет за штампу.

Савет за штампу, као прво саморегулаторно тело, има циљ да прати поштовање Кодекса новинара Србије у штампаним медијима.²⁵ Савет окупља издаваче, власнике штампаних и онлајн медија и новинских агенција и професионалне новинаре. Основан је да би пратио поштовање Кодекса новинара Србије у штампаним и онлајн медијима, као и у новинским агенцијама и решавао жалбе појединаца и институција на садржаје тих медија.²⁶ Примарна функција Савета је да решава жалбе које му упућују појединци или институције, а који сматрају да су на неки начин оштећени због објављених садржаја које сматрају непрофесионалним, нетачним или неетичким. У таквим случајевима, Савет одлучује да ли је повређен Кодекс новинара Србије.

У надлежности Савета је и медијација између оштећених појединаца, како би се избегло решавање спорова судским путем, као и изношење јавних опомена за кршење етичких стандарда утврђених Кодексом.²⁷ Одлуке Савета нису правно обавезујуће, већ су моралног

²³ Извор: <http://www.rjionline.org/mas/about/index.php>

²⁴ Андреј Благојевић (2014), *Правна регулатива и етичка питања у савременом новинарству у Србији*, мастер рад, Филозофски факултет, Ниш, стр. 54.

²⁵ Почео је да ради 2011. године. Савет представља добровољно удружење новинских издавача и новинара Србије. Основала су га два пословна удружења – Асоцијација медија и Асоцијација независних локалних медија Локал прес, као и два новинарска удружења: Удружење новинара Србије и Независно удружење новинара Србије. Ово удружење формирано је по узору на норвешки модел Већа за медије.

²⁶ Како је Савет добровољно удружење, жалбе се могу упутити само на текстове објављене у медијима који су чланови Савета, што, у суштини, даје могућност да медији који мисле да ће бити изложени честим опоменама и не приступе Савету. На тај начин саморегулација покрива медије само делимично. Међутим, у случајевима када се ради о кршењу Кодекса од стране медија који није прихватио надлежност Савета, ова одлука (јавна опомена) објављује се на сајту Савета и доставља се медијима, будући да медиј на које се ова одлука односи није у обавези да је објави.

²⁷ Извор: <http://www.nadlanu.com/pocetna/aktuelno/drustvo/Savet-za-stampu-Od-danas-se-mozete-zaliti-i-na-veb-portale.a-172684.295.html#sthash.njq1mdLd.dpuf>

карактера, те уколико је нпр. неки медиј прекршио неко од начела Кодекса новинара, тј. објавио неки спорни садржај, дужан је да штампа одлуку Савета у којој се каже да је дошло до повреде Кодекса.

Савет онлајн издавача Србије (СОИС), основан 2012. године, брине се о спровођењу медијске саморегулације, а донео је и свој саморегулативни кодекс. Кодекс добре професионалне праксе у онлајн новинарству својим одредбама позива на поштовање закона у домену заштите права на интелектуалну својину, медија и оглашавања, електронских медија, као и свих осталих важећих закона. Од свих дигиталних издавача очекује се да поштују следећа правила: 1. Слободу говора, 2. Забрану дискриминације и кршења права грађана, 3. Уважавање и заштиту ауторских права. 4. Преузимање текстова других извора. 5. Забрану ширења порнографских садржаја, 6. Заштиту личних података корисника, као и да уређује захтеве који су специфични за интернет простор, да омогући транспарентност и доступност и уређује продају реклама и ПП објаве. Овај кодекс је од изузетне важности за успостављање саморегулативе у области онлајн новинарства и настао је као израз реалних потреба које су се јавиле као последица ограничених могућности да се контролишу онлајн садржаји.

Један од институција медијске саморегулације који постоји у свету али и у неким земљама у региону (Словенија, Хрватска и Црна Гора), мада не и у Србији, јесте *медијски омбудсман*, који истражује спорне новинарске поступке и препоручује мере заштите новинара али и читаоца.²⁸

4. Притисци на медије и непрофесионално понашање медија

Достојанство личности (част и углед) лица на које се односи информација правно је заштићено. Људско достојанство за новинара треба да буде неприкосновено.

Слобода јавног информисања подразумева да се не сме угрожавати уређивачка аутономија медија, а нарочито вршењем притиска, претњом, односно уценом уредника, новинара или извора информација. Физички напад на уредника, новинара и друга лица која учествују у прикупљању

²⁸ Baydar, Yavuz (2011), „Омбудсман у непријатељском удружењу“. У: *Професионално новинарство и саморегулација – Нови медији и старе двојбе у Југоисточној Европи и Турској*, UNESCO, стр. 72.

и објављивању информација путем медија кажњава се на основу закона.²⁹ Заштита права лица на која се односе информације, регулисана је Законом о јавном информисању, којим се регулише поступак остваривања и заштите права на јавно информисање, као права на слободу изражавања мишљења.

Закон о јавном информисању и медијима забрањује претње и све видове притисака на јавна гласила и новинаре, као и свако друго мешање које може угрозити њихов рад.³⁰ Међутим, поједини репортери и медијске организације изложени су бројним и различитим нападима и застрашивањима. С тим у вези, постоји незадовољавајућа судска заштита новинара.

Судске поступке покрећу представници власти против медија, који се баве истраживањем корупције и незаконитим поступцима, окривљујући их за повреду угледа и части уз захтев за материјално обештећење. Судови понекад изричу пресуде којима одбијају тужбе против новинара али понекад трпе јавне критике због тога.³¹ У судској пракси има примера да се усвајају тужбе против новина када се утврди да је дошло до повреде части и угледа.³² Има примера да тужилаштва одбацују кривичне пријаве новинара због озбиљних напада и угрожавања новинарске професије.³³ Међутим, има и скромних примера са позитивним исходима поступака, које покрећу новинари.³⁴

²⁹ Члан 4 Закона о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/2014.

³⁰ Закон о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС“, 83/2014.

³¹ То се догодило судији Вишег суда у Панчеву, која је била на мети критика на ТВ Панчеву, под контролом СНС, када је укинула првостепену пресуду суда у Вршцу и наложила ново суђење (*Фонет*, 23. март; *Бета*, 12. април и *НУНС*, 1. април). Слично је било и када је Апелациони суд у Београду укинуо првостепену пресуду по тужби министра полиције против недељника НИИ. Види: *Људска права у Србији 2016*, Београдски центар за људска права, Београд, 2017, стр. 107.

³² Таква пресуда је донета против провладиног медија, ТВ Пинк, по тужби бившег лидера опозиционе Демократске странке и бившег градоначелника Београда Драгана Ђиласа, а у правоснажној пресуди наложено је ТВ Пинк да плати 475.000 динара одштете и да у Националном дневнику прочита пресуду, а то се није догодило (Види: http://www.danas.rs/drustvo.55.html?news_id=362395&title=Dragan+%C4%90il+as%3A+TV+Pink+ne+po%25%A1tije+sudske+odluke+i+ponavlja+iste+la%25%BEi).

³³ Више јавно тужилаштво је у Београду одбацило је тужбу новинара и глумца, против уредника *Информера*, ТВ Пинка и још неких провладиних листова који су их, без доказа, оптужили за заверу против власти, за насилно угрожавање уставног поретка, па чак и за угрожавање живота председника Србије. Слично је поступило и Више јавно тужилаштво у Београду одбацивши тужбу Наташе Јермић, новинарке и супруге једног опозиционог лидера против високог функционера СНС, који ју је током предизборне кампање, без икаквих доказа, оптужио да је шеф нарко-мафије у Србији (*Фонет*, 23. март и *Бета*, 17. новембар).

³⁴ То је правоснажна одлука Апелационог суда у Новом Саду којом је утврђена повреда права и донета пресуда којом је наложено да се на место програмског директора РТВ Војводине

Конечно, за велики број убистава и напада на новинаре нема информација о напретку у истрагама, да су многи од ових поступака и после више од деценије у фази истраге. За неке случајеве напада и убистава новинара покренути су поступци пред судовима, али нажалост остају без судског епилога.³⁵

За новинара и уредника важи „налог савести“, који значи да они имају право и обавезу да свој посао обављају савесно, у складу са правилима новинарске струке. Новинар и уредник сnose одговорност за свој рад. За новинарску професију се везује и обавеза тзв. „новинарске пажње“, која значи да пре објављивања информације новинар и уредник са пажњом примереном околностима (пажња доброг новинара) савесно проверавају њену подударност са чињеницама (*истинитост*), као и то да ли она обухвата све чињенице потребне да се избегне стварање погрешне представе (*потпуност*).

Екстремне вести су информативно ирелевантне и изазивају негативне емоције и производе страх, који има политичку и пропагандну поруку. На овај начин медији доприносе стварању страха.³⁶ Мада у закону нема посебне одредбе о говору мржње, „изазивање“ националне, расне или верске нетрпељивости сматра се кривичним делом.

Начело новинарске пажње значи обавезу за уредника и новинара да с пажњом примереном околностима, пре објављивања информације која садржи податке о одређеној појави, догађају или личности провере њено порекло, истинитост и потпуност. Они (уредник и новинар) су дужни да преузете информације, идеје и мишљења пренесу веродостојно и потпуно, а ако се информација преузима из другог медија – да наведу и назив тог медија.³⁷

Ово начело у садржинском смислу је начело одговорности, непристрасности и професионализма. Међутим, постоји велики број прекршаја

врати Слободан Арежина, који је из политичких разлога незаконито смењен са тог места у мају 2016. године. Види: (https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2018&mm=01&dd=26&nav_category=12&nav_id=135145).

³⁵ Данас, 8. новембар, с. 7.

³⁶ „Екстремни говор у медијима: Како се генерише култура страха у Србији“ CNM Liber, 2017, доступно на: <http://www.blogopen.rs/wp-content/uploads/2017/11/Rezultat-istrazivanja-ekstemnog-govora-u-medijima.pdf>. По резултатима истраживања, екстремни говор је присутан у свакој четвртој вести најтиражнијих медија у Србији. Од готово 37.000 прикупљених медијских објава из 16 штампаних, електронских, онлајн и агенцијских медија, више од 9.400 садржи елементе екстремног говора. Пример су чланци које је у 2017. години објављивао провладин дневник *Информер*, који је током неколико првих месеци у 2017. години најавио девет ратова, чему је посвећено 12 насловних страна.

³⁷ Члан 9 Закона о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/2014.

новинарског кодекса. Највећи број прекршаја професионалног кодекса се односи на ненавођење извора информација, кршење права на приватност и претпоставке невиности као и непоштовање културе јавне речи.³⁸

Број прекршаја стално расте, а неки медији намерно крше кодекс па расте и број жалби на понашање медија. Из извештаја Савета за штампу јасно је да је било безброј примера кршења новинарске етике и непрофесионалног извештавања у 2017. години па их је немогуће све набројати.³⁹

У годишњем извештају Савета за штампу за 2013. годину, наводи се да је Комисији била упућена 71 жалба, што је знатно више него у претходној години (35 жалби). „Од укупног броја жалби, 20 су поднеле институције или удружења, пет медији једни против других, а остатак појединци, међу којима је ове године, за разлику од претходне, било и политичара и естрадних личности. Само две жалбе решене су договором након медијације, што указује на то да редакције још врло ретко и нерадо признају грешке. Комисија је до краја године донела одлуке о 34 жалбе, а шест жалби упућених крајем прошле године решено је у јануару ове године. У неколико случајева подносиоци су одустајали од жалби, док су остале одбачене јер нису испуњавале формалне услове за разматрање, најчешће због тога што је жалбу поднела особа која није лично оштећена објављеним текстом. Од укупно решених 40 жалби, прекршај Кодекса утврђен је у чак 28 случајева, од чега је изречено десет јавних опомена, будући да је реч о медијима који нису прихватили пуну надлежност Савета за штампу. На основу одлука Комисије, може се закључити да су огрешења медија о професионалну етику честа и озбиљна, јер је у чак 20 случајева одлучено да је прекршено више тачака Кодекса новинара. Медији су најчешће кршили одредбе из одељка Истинитост извештавања (11 пута) и то углавном тачке које се односе на забрану објављивања неоснованих оптужби, клевета или гласина, као и на обавезу разликовања чињеница од нагађања и претпоставки, затим из одељка Новинарска пажња (девет пута) и то углавном тачку која се односи на забрану „слепог веровања изворима информација“, и одељка Одговорност новинара (најчешће због необјављивања демантија) и одељка о заштити приватности (осам пута).⁴⁰

³⁸ Јована Анђелковић (2018), *Медијско насиље*, „Не насиљу – јединствен друштвени одговор“, Центар модерних знања, Бања Лука, стр. 320.

³⁹ Телевизије са националном фреквенцијом су и у 2017. години често кршиле професионалне кодексе у ријалити програмима који обилују насиљем, сексом, говором мржње, свађама и псовкама. Највише забрињава податак да РЕМ, чија је улога да води рачуна о садржајима који се приказују на електронским медијима, на ово није реаговао. Види: *Људска права у Србији 2017*, Београдски центар за људска права, Београд, 2018, стр. 278.

⁴⁰ Извор: www.savetzastampu.rs/izvestaji/.

Устав Србије⁴¹ гарантује слободу изражавања мишљења и прописује услове под којима се она може ограничити (чл. 46). Изричито је забрањено изазивање и подстицање расне, националне, верске или друге неравноправности, мржње и нетрпељивости (чл. 49), као и свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета (чл. 21 ст. 3). Говор мржње у медијима забрањен је Законом о јавном информисању и медијима (члан 75). Говор мржње забрањен је и Законом о забрани дискриминације,⁴² Законом о сузбијању дискриминације особа са инвалидитетом,⁴³ Законом о радио-дифузији⁴⁴ и Законом о оглашавању (чл. 7).⁴⁵

Регулаторно тело за електронску комуникацију дужно је да се стара да програмски садржај пружаоца медијске услуге не садржи информације којима се подстиче, на отворен или прикривен начин, дискриминација, мржња или насиље због расе, боје коже, предака, држављанства, националне припадности, језика, верских или политичких убеђења, пола, родног идентитета, сексуалне оријентације, имовног стања, рођења, генетских особености, здравственог стања, инвалидитета, брачног и породичног статуса, осуђиваности, старосне доби, изгледа, чланства у политичким, синдикалним и другим организацијама и других стварних, односно претпостављених личних својстава (чл. 51).⁴⁶

5. Правна заштита новинара

Новинари своју правну заштиту траже и налазе, најпре, у општим законима који регулишу права и слободе новинара, тако да су и ови новинари у обавези да поштују одредбе постојећих закона: Закона о јавном информисању и медијима, Закона о електронским медијима, Закона о јавним медијским сервисима, Закон о ауторском и сродним правима, као и одредбе Кривичног законика Републике Србије.

⁴¹ Устав РС, „Сл. гласник РС“, бр. 98/06.

⁴² Закон о забрани дискриминације, „Сл. гласник РС“, бр. 22/09 (ЗоЗД).

⁴³ Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Сл. гласник РС“, бр. 33/06.

⁴⁴ Закон о радио-дифузији, „Сл. гласник РС“, бр. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05 – др. закон, 62/06, 85/06, 86/06 – испр. и 41/09).

⁴⁵ Закон о оглашавању, „Сл. гласник РС“, бр. 79/05 и 83/14 – др. закон.

⁴⁶ Закон о електронским медијима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/14.

Дисеминација новинских чланака путем интернета врло често је без икакве ауторизације извештача и новинских агенција, па самим тим долази и до повреде ауторских права. Подразумева се да ово бесправно преношење чланака подлеже правној заштити, али у доба модерне технологије врло је тешко пратити и пружити правовремену заштиту ауторима. Управо ово јесте разлог због чега су врло ретки случајеви да нека новинска организација улаже тужбу због повреде ауторских права.

У пракси често долази до изостанка тужби и због тога што је граница између недозвољене употребе ауторских чланака и њихове дозвољене „поштене употребе” нејасна. И новинарима и свима другима омогућава се приступ различитим врстама материјала ако они представљају неопходне информације за потребе новинарства. Приступ материјалима под овим образложењем не може се сматрати правном повредом јер нема комерцијални карактер.⁴⁷

Како све већи број новинара данас почиње да пише своје блогове⁴⁸ на интернету, могло би се поставити и питање њихове правне заштите. Наиме, приликом вођења блога аутори често постављају аудио, а много чешће и видео записе уз свој текст, чиме и другима омогућавају да се њиме користе. Аутори таквих блогова често ово и не тумаче повредом овлашћења, будући да се блог посматра као и једно од средстава информисаности. Међутим, изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима (ЗАСП) из 2011. године, неовлашћено коришћење туђег ауторског дела подведено је под законске оквире.⁴⁹

И поред тога што се у блоговима морају поштовати ауторска права, Закон о ауторском и сродним правима је предвидео и случајеве ограничења ауторског права,⁵⁰ У Закону се наводе услови и ситуације када је могуће ограничити ауторско право. Тако, могућ је изузетак од ауторскоправне заштите уколико је ауторско дело које се користи у

⁴⁷ Међутим, било је покушаја да се чак и институција „поштене употребе” ограничи, тако што приступ овим материјалима не би био у потпуности онемогућен, већ би за ту врсту услуге морала да постоји одређена врста накнаде.

⁴⁸ Блог, као врста веб дневника, доживљава своју експанзију последњих година, задирући у најразличитије теме, а креирају их лица најразличитијих професија и занимања. Ово последње омогућава и ауторима појединих текстова, који по занимању нису професионални новинари, да добију своје „парче колача” у овим водама. Међутим, одсуство професионалне легитимације не значи и одсуство права и обавеза које овај позив носи са собом.

⁴⁹ Овај закон је, проширујући синтагму „штампа, радио и телевизија” тако да она гласи „штампа, радио, телевизија и други медији”, недвосмислено утврдио да се заштита права аутора односи и на интернет медије, као „друге медије”, као и на блогове у њима, који, у неким случајевима, имају више редовних посетилаца него класични медији.

⁵⁰ Ради се о чл. 43, ст. 1, а), ЗАСП Републике Србије.

блогу саставни део *текућег* догађаја о коме се јавност извештава. Дакле, заштита се не односи на случајеве када се ради о неком накнадном извештавању јавности о догађају из прошлости. Даље, овај закон не предвиђа суспензију до тада необјављених ауторских дела из блогова, нити право на накнаду због њихове употребе. Трећи случај где се омогућава доступност блоговима, јесте када се саопштава само одломак неког ауторског дела, али не и дело у целини. Како кршење ауторског права у вези са блоговима не подлеже законским санкцијама само у врло малом броју случајева, аутори блогова морају строго да воде рачуна када желе да у свом блогу користе неку фотографију, видео-запис или слично. У великом броју случајева за то им је потребно одобрење самог аутора или носиоца ауторског права.⁵¹

Закључак

Слобода јавног информисања значи да се не сме угрожавати слободан проток информација путем медија. Јавно информисање због својих циљева и функција треба да буде слободно и у интересу јавности. Закон о јавном информисању и медијима забрањује претње и све видове притисака на јавна гласила и новинаре, као и свако друго мешање које може угрозити њихов рад. Забрањена је цензура у било каквом облику.

Слобода јавног информисања омогућена је, између осталог, забрањеном дискриминације (непосредне и посредне) уредника медија, новинара и других лица у области јавног информисања, нарочито према њиховој политичкој опредељености и уверењу или неком другом личном својству. Тиме је, у погледу законске регулативе, заштита проширена и појачана.

Међутим, поједини репортери и медијске организације изложени су бројним и различитим нападима и застрашивањима. Судске поступке покрећу представници власти против медија, који се баве истраживањем корупције и незаконитим поступцима, окривљујући их за повреду угледа и части уз захтев за материјално обештећење. Судови понекад изричу пресуде којима одбијају тужбе против новинара али понекад трпе јавне критике због тога. С тим у вези, постоји незадовољавајућа судска заштита новинара. Чини се да ниједна власт не жели да прихвати слободу

⁵¹ Душан Поповић (2012), „Повреде ауторског права и сродних права на сајтовима за размену аудио и видео записа, путем коришћења онлајн видео игара и на блоговима“, *Правни живот*, бр. 11/2012, 789–803.

медија, па у том смислу треба радити на прецизирању недовољно јасних законских одредаба, али и на јасној имплементацији постојећих законских решења и то комплементарно са општеприхваћеним етичком начелима, који су једини пут да смањимо политички уплив на медије, који нам приказују искривљену слику стварности („имагинаторијум“) у коме новинари могу имати или улогу „жртве“ или „целата“.

Литература

Теоријски извори:

Благојевић, А., (2014), *Правна регулатива и етичка питања у савременом новинарству у Србији*, мастер рад, Филозофски факултет, Ниш.

Baydar, Y., (2011), „Омбудсман у непријатељском удружењу“, Професионално новинарство и саморегулација – Нови медији и старе двојбе у Југоисточној Европи и Турској, UNESCO.

Деј Луис, А., (2004), *Етика у медијима – примери и контроверзе*. Београд: Медија центар. Плус Центар.

Вучковић, Ј., (2018), *Медијско право*, Медивест, Ниш.

Анђелковић, Ј., (2018), *Медијско насиље*, „Не насиљу – јединствен друштвени одговор“, Центар модерних знања, Бања Лука.

Корни, Д., (1999), *Етика информисања*. Клио, Београд.

Поповић, Д., (2012), „Повреде ауторског права и сродних права на сајтовима за размену аудио и видео записа, путем коришћења онлајн видео игара и на блогovima“, *Правни живот*, бр. 11/2012.

Лукић, Р., *Систем филозофије права*, Београд, 1995.

Rolend, L., (1998), *Масовне комуникације*, Клио, Београд.

Zlatev, O., (2011) „Načini osiguranja društvene odgovornosti medija (NODO) i njihova primena u Jugoistočnoj Evropi i Turskoj“. U: *Profesionalno novinarstvo i samoregulacija – Novi mediji i stare dvojbe u Jugoistočnoj Evropi i Turskoj*. UNESCO,

Жакет, Д., (2007), *Новинарска етика – Морална одговорност у медијима*, Сл. гласник, Београд.

Људска права у Србији 2016, Београдски центар за људска права, Београд, 2017.

Људска права у Србији 2017, Београдски центар за људска права, Београд, 2018.

Позитивно право:

Закон о јавном информисању, „Сл. гласник РС”, 43/03.

Закон о електронским медијима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/ 2014.

Закон о јавним медијским сервисима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/ 2014.

Устав РС, „Сл. гласник РС“, бр. 98/06.

Закон о забрани дискриминације, „Сл. гласник РС“, бр. 22/09,

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Сл. гласник РС“, бр. 33/06.

Закон о радио-дифузији, „Сл. гласник РС“, бр. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05 - др. закон, 62/06, 85/06, 86/06 – испр. и 41/09).

Закон о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС“, 83/14.

Закон о оглашавању, „Сл. гласник РС“, бр. 79/05 и 83/14 – др. закон.

Кодекс новинара Србије – упутства и смернице (верзија новембар 2008). Фондација Конрад Аденауер, Београд,

Интернет извори:

<http://www.rjionline.org./mas/about/index.php>

<http://www.nadlanu.com/pocetna/aktuelno/drustvo/Savet-za-stampu-Od-danas-se-mozete-zaliti-i-na-veb-portale.a-172684.295.html#sthash.njq1mdLd.dpuf>.

http://www.danas.rs/drustvo.55.html?news_id=362395&title=Dragan+%C4%90il+as%3A+TV+Pink+ne+po%C5%A1tu+je+sudske+odluke+i+ponavlja+iste+la%C5%Bei.

https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2018&mm=01&dd=26&nav_category=12&nav_id=135145

<http://www.blogopen.rs/wp-content/uploads/2017/11/Rezultat-istrazivanja-ekstemnog-govora-u-medijima.pdf>.

www.savetzastampu.rs/izvestaji/

http://www.kas.de/wf/doc/kas_15730-1522-14-30.pdf?090217150730.

HUMAN RIGHTS AND JOURNALIST PROFESSION

Predrag Dimitrijević, LL.D.*
Jelena Vučković, LL.D.**

***Abstract:** Issues related to the journalistic profession fall into sensitive issues of media law. Media law in Serbia is regulated by media legislation adopted mainly in 2014, which primarily include: the Law on Public Information and the Media, the Law on Electronic Media and the Law on Public Media Services. At the time of the adoption of these laws, concerns were expressed how the individual insufficiently explicit provisions of these laws shall be interpreted and applied.*

Implementation of media legislation is accompanied with several problems, namely: transparency of ownership and financing of private

* Full Professor at Faculty of Law, University of Niš

** Assistant Professor at Faculty of Law, University of Kragujevac

media; efficiency of State funding control and co-financing of the media; independence and the capacity of the Regulatory Authority for Electronic Media, which directly or indirectly destabilize the position of journalists, and requires their more-effective protection.

Keywords: *freedom of speech, freedom of public information, journalistic profession, media law.*

ЕВРОПСКИ ПРИНЦИПИ РЕФОРМЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА У СРБИЈИ

Проф. др Зоран Лончар*

***Сажетак:** Након недавно спроведене законодавне реформе за правила новог управног поступка у Србији се може рећи да у највећој мери почивају на најважнијим европским принципима везаним за рад органа управе, који су предмет анализе у раду. Међутим, упркос формалној предвиђености у новом Закону о општем управном поступку из 2016. године, због начина на који су они нормирани не може се очекивати да ће у пракси битније унапредити ефикасност и економичност рада органа управе, а правну сигурност грађана као странака у управном поступку подићи на виши ниво.*

***Кључне речи:** управа, органи управе, управни поступак, европски принципи рада управе.*

1. Уводне напомене

Након пуне две деценије примене Закона о општем управном поступку СР Југославије,¹ Република Србија је коначно 2016. године, по први пут након што је постала самостална држава 2006. године, спровела законодавну реформу управног поступка. Новим Законом о општем управном поступку,² чија је пуна примена почела 1. јуна 2017. године, унете су бројне важне новине у поступак рада органа управе, које би у

* Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића 1,
е-mail: z.loncar@pf.uns.ac.rs

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 лист РС”, бр. 18/2016.

пракси требало да допринесу њиховом ефикаснијем и економичнијем поступању, али и да правну сигурност грађана, у случају неправилног и незаконитог рада управе, подигну на виши ниво.

Најновијом законодавном реформом учињен је суштински дисконтинуитет са ранијим југословенским моделом управног поступка, који је био заснован на концепту првог Закона о општем управном поступку Краљевине Југославије из 1930. године и који се у Србији са успехом примењивао више од осам деценија.³ Приликом најновије законодавне реформе управног поступка Србија је поступила по узору на бивше југословенске републике, које се данас још увек налазе у процесу интеграције у ЕУ, односно преузела је решења из хрватског Закона о општем управном поступку из 2009. године.⁴ Из тог разлога је данас Закон о општем управном поступку у Србији готово идентичан новом Закону о управном поступку Црне Горе⁵ и Закону о општем управном поступку Македоније,⁶ које су реформу свог управног поступка 2014. и 2015. године такође спровеле по хрватском моделу. Тиме је Босна и Херцеговина, и у оквиру ње Република Српска, остала једина од свих бивших југословенских република која није изменила општи управни поступак, а који и даље почива на у пракси успешно испробаном југословенском моделу, и то на верзији Закона о општем управном поступку из 1956. године,⁷ на коме су данас засновани сви прописи о управном поступку који се примењују у Босни и Херцеговини.⁸

³ Вид.: 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; С. Лилић, *Контрверзе 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; З. Лончар, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства”, *Правни живот*, бр. 10, 2013, стр. 319–333; П. Димитријевић, *Реформа управног поступка*, Зборник радова Владавина права и правна држава у региону, Правни факултет, Источно Сарајево, 2013, стр. 189–199; П. Димитријевић, „Апорије Закона о општем управном поступку”, *Правни живот*, бр. 10, 2014, стр. 197–210.

⁴ Закон о орџем управном поступку, „Narodne novine”, бр. 47/2009.

⁵ Закон о управном поступку, „Službeni list Crne Gore”, бр. 56/2014.

⁶ Закон за општата управна постапка, „Службени весник на РМ”, бр. 145/2015.

⁷ Закон о општем управном поступку, „Службени лист ФНРЈ”, бр. 52/1956 и „Службени лист СФРЈ”, бр. 10/1965, 4/1977, 11/1978 и 9/1986.

⁸ Интересантно да је Словенија, без обзира на то што је већ скоро једну и по деценију пуноправна чланица Европске уније, за разлику од свих бивших југословенских република задржала модел старог југословенског закона, уносећи у њега поједине европске стандарде на које је била обавезна у процесу придруживања Европској унији, односно од 2004. године као држава чланица Европске уније. Вид.: Закон о сплошнем управном поступку, „Uredni list RS”, бр. 80/1991, 70/2000, 52/2002, 73/2004, 22/2005, 119/2005, 24/2006, 105/2006, 126/2007, 65/2008, 8/2010 и 82/2013.

Један од најважнијих циљева реформе управног поступка у Србији је био и да се домаћи управни поступак уподоби са европским правним стандардима у овој области управе и да се тиме створе услови за констатацију да је Србија и у овој важној области формално испунила услове који се очекују од државе са статусом кандидата за чланство у ЕУ.

Циљ рада је да се изврши идентификација европских принципа најважнијих за рад органа управе у новом управном поступку Републике Србије након недавне законодавне реформе и да се утврди у којој мери се њиховом применом заиста може очекивати да ће рад органа управе бити ефикаснији и економичнији, а правна сигурност грађана на вишем нивоу. Истовремено, идентификација начина на који је Република Србија имплементирала најважније европске принципе у раду органа управе кроз нови Закон о општем управном поступку може бити значајно питање и за саму БиХ, односно Републику Српску, у светлу предстојеће реформе управног процесног законодавства.

2. Најважнији европски принципи у управном поступку Србије

У погледу примене европских принципа у управном поступку ситуација је знатно другачија у односу на друге правно уређене поступке. Ово стога што потпуна стандардизација правила управног поступка не представља правну тековину Европске уније. Не само да на нивоу институција Европске уније не постоје кодификована правила поступка, већ ни све државе чланице Европске уније још увек немају кодификован управни поступак. Такав је данас случај са Француском, Великом Британијом, Белгијом, Румунијом, Литванијом и Ирском.⁹ Са друге стране, и међу државама које имају кодификовано управно процесно законодавство постоје значајне разлике.¹⁰

Без обзира на непостојање јединствених правила управног поступка, у оквиру Европске уније ипак постоје одређени принципи деловања управе, који су прописани појединим европским документима. Као најважнији документ из ове области, који прописује принципе бит-

⁹ Вид.: Jacques Ziller, *Administrations Comparées: Lessystèmes politico administratifs del'Europe des douze*, Montchrestien, Paris 1993, p. 297; Wolfgang Rusch, *Administrative Procedures in EU Member States*, in: Conference on Public Administration Reform and European Integration, SIGMA, 26-27 march 2009, Budva, p. 8.

¹⁰ Вид.: Д. Милков, *О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске уније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014, стр. 84–89.

не за поступање органа управе, издваја се Директива 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), а оквиру ње принципи попут: поједностављивања управне процедуре (члан 5); прописивања јединственог места за контакте са управом (члан 6–7), остваривања електронске комуникације (члан 8) и правних последица ћутања управе (члан 13). Такође, за поступање управе од значаја су и принципи из Повеље о основним правима ЕУ из Нице 2000. године (Charter of Fundamental Rights of the European Union), а посебно из члана 41, који се тичу права на добру управу. За поступање управе су веома важни и принципи садржани у Европском кодексу доброг управног поступања Европског омбудсмана из 2001. године (The European Code of Good Administrative Behaviour, Luxemburg, European Communities, The European Ombudsman), попут: непостојања дискриминације (члан 5); сразмерности (члан 6), оправданих очекивања, доследности и пружања савета (члан 10), потврде о пријему поднесака и упућивања на надлежног службеника (члан 14); права на саслушање и давање изјаве (члан 16), обавезе образложења одлуке (члан 18), обавештавања о одлуци (члан 20), давања информација (члан 22), чувања евиденција (члан 24) итд.

Поред принципа које је кроз своју праксу формулисао Европски суд правде, за рад органа управе према европским правилима су битне и одређене препоруке Савета Европе, међу којима су од највећег значаја Препорука РЕС (1977) 31 о заштити појединаца у односу према актима управних тела, Препорука РЕС (1980) 2 о вршењу дискреционих овлашћења органа управе, Препорука РЕС (1981) 19 о приступу информацијама органа власти, Препорука РЕС (1987) 16 о управном поступку у односу на већи број лица, Препорука РЕС (1991) 10 о давању трећим лицима личних података о грађанима које поседују јавна тела, Препорука РЕС (2003) 16 о извршавању управних и судских одлука, Препорука РЕС (2004) 6 о побољшању домаћих правних лекова, Препорука РЕС (2007) 7 о принципима добре управе, Препорука РЕС (2010) 3 о ефективним правним лековима у случају поступака који предуго трају, итд.¹¹

¹¹ Вид.: 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 управа Србије и европски стандарди*, Зборник “Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније”, Нови Сад, 2015, стр. 59–75; Д. Вучетић, *Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014, стр. 175–186.

За управни поступак у Србији се након законодавне реформе може рећи да је у највећој мери усклађен са најважнијим европским принципима битним за рад органа управе. Жеља законодавца за имплементацијом најважнијих европских правила у домаћи управни поступак видљива је, пре свега, код основних начела управног поступка, новоуведених или измењених, као и код појединих нових процесних института, којим је осавремењен управни поступак, попут јединственог управног места, гарантног акта, а посебно код појединих нових правила о општењу органа и странака, као и бројних измена у систему правних средстава.¹²

Далеко највећи утицај европски принципи рада органа управе имали су у делу новог Закона о општем управном поступку који се односи на основна начела управног поступка. Не само да су уведена два нова начела, начело сразмерности (члан 6) и начело приступа информацијама и заштите података (члан 15), већ је под утицајем европских принципа рада управе већи број основних начела управног поступка делимично преформулисан или су им промењени називи, какав је случај са начелом законитости и предвидивости (члан 5), начелом заштите права странака и остваривања јавног интереса (члан 7), начелом помоћи странци (члан 8), начелом делотворности и економичности поступка (члан 9), начелом истине и слободне оцене доказа (члан 10), начелом права странке на изјашњавање (члан 11) и начелом права на жалбу и приговор (члан 13).

Као директна инспирација за увођење *начела сразмерности* (члан 6), као новог начела међу основна начела управног поступка, послужило је начело *сразмерности* из члана 6 Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана,¹³ као и члана 5 Препоруке о принципима добре управе Савета Европе.¹⁴ Данас, према новом закону, органи управе су дужни да при решавању у управним стварима, у највећој могућој мери, воде рачуна о ограничавању права странке или утицају на правне инте-

¹² Вид.: З. Лончар, *Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку Републике Србије*, Зборник “Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот”, Правни факултет “Јустинијан први” во Скопје, Охрид, 5–7. мај 2017, стр. 101–114.

¹³ “При доношењу одлука, службено лице мора осигурати да предузете мере буду пропорционалне циљу који се жели постићи. Службено лице посебно мора избегавати ограничавање права грађана или наметање трошкова кад та ограничења или трошкови нису у разумном односу са сврхом радње која се предузима. Кад доноси одлуке, службено лице мора поштовати равнотежу између интереса појединаца и општег јавног интереса”. Кодекс доброг управног поступања Европског омбудсмана, чл. 6.

¹⁴ “Органи власти треба да предузимају мере које утичу на права и правне интересе странака само када је то неопходно и само ради остваривања постављеног циља. Када врше дискрециона овлашћења, органи власти треба да постигну равнотежу између заштите права и правних интереса странака и постављеног циља”. Препорука REC (2007) 7 о принципима добре управе Савета Европе, чл. 5.

ресе странке, водећи при томе рачуна о сврси прописа који примењују (члан 6 став 1). Када се ради о управним стварима које се односе на налагање обавезе странци, пак, органи управе су дужни да према странци примене мере које су повољније по странку, водећи рачуна о томе да се применом тих мера остварује сврха прописа којим су одређене (члан 6 став 2).

Иако начело сразмерности формално представља ново начело у управном поступку. Ипак, суштински посматрано, његовим прописивањем као посебног начела у Закону о општем управном поступку није дошло ни до каквих промена у правном систему Србије. Наиме, као посебно начело, принцип сразмерности постоји у Србији још од 2005. године, и то у Закону о државној управи, који је основни системски пропис у области државне управе.¹⁵ Са друге стране, сразмерност је и до сада постојала у Закону о општем управном поступку, као принцип о коме се морало водити рачуна при налагању обавеза странкама, у оквиру начела заштите права странака и заштите јавног интереса (члан 6 став 3),¹⁶ а новим Законом је тај део у готово идентичном тексту пренет у “ново” начело сразмерности (члан 6 став 2).

Као важан европски принцип рада органа управе сразмерност је и у новом закону своје место задржала у одредбама о овлашћењу другостепеног органа да може, поводом жалбе, да измени првостепено решење у корист жалиоца, због несразмере између циља и средстава за његово остваривање (члан 172), које је било идентично формулисано и у претходном закону (члан 233 став 2). Такође, примена принципа сразмерности јавља се и код одредаба о извршењу управних аката, а огледа се у обавези органа управе да се при избору начина извршења придржавају начела сразмерности у случају ако се извршење може спровести на више начина (члан 194 став 1).

Као са начелом сразмерности, сличан је случај и са начелом *приступа информацијама и заштите података* (члан 15), као другим новоуведеним основним начелом у Закону о општем управном поступку. Суштина овог новоуведеног начела огледа се у додатној обавези органа управе да у складу са законом омогуће приступ информацијама које

¹⁵ “Кад решавају у управном поступку и предузимају управне радње, органи државне управе дужни су да користе она средства која су за странку најповољнија ако се и њима постижу сврха и циљ закона”. Закон о државној управи, „Службени гласник РС”, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014 и 47/2018, чл. 10, ст. 1.

¹⁶ “Ако се на основу закона странкама и другим учесницима у поступку налажу обавезе, према њима ће се примењивати мере предвиђене прописима које су за њих повољније, ако се таквим мерама постиже циљ закона”. Закон о општем управном поступку из 1997, чл. 6, ст. 2.

су од јавног значаја, односно да штите личне податке грађана у управном поступку.¹⁷ Као идејни основ за прописивање овог новог начела у управном поступку послужила су, пре свега, начела *давања информација* и начела *јавног приступа документима* из члана 22 и 23 Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана,¹⁸ али и начела *поштовања приватности* и начело *јавности* из члана 9 и 10 Препоруке о принципима добре управе Савета Европе.¹⁹

Међутим, без обзира на чињеницу што је ово начело, као ново, унето у основна начела Закона о општем управном поступку, у правном систему Србије у погледу доступности информација од јавног значаја и заштите података о личности од стране органа управе ипак ништа битно није промењено, с обзиром на то да право на приступ свим информацијама које су од јавног значаја, као и на заштиту свих података о личности, па и оних у управном поступку, грађани у Републици Србији имају још од 2004. године, на основу посебног Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја,²⁰ као и Закона заштити података о личности, који је донет 2008. године.²¹

¹⁷ „Орган је дужан да омогући приступ информацијама од јавног значаја у складу са законом. (...) Тајни и лични подаци у управном поступку штите се на основу закона”. Закон о општем управном поступку, чл. 15, ст. 1 и 2.

¹⁸ “Службено лице које је надлежно за предмет, мора странкама да обезбеди оне информације које захтевају. Када је то примерено, службеник мора, у оквиру своје надлежности, да странкама да савет о покретању управног поступка. Службеник мора да води рачуна да информације које саставља буду јасне и разумљиве. Ако је усмени захтев за информације превише сложен или превише обиман, службеник ће подносиоцу захтева навести разлоге за то. Ако није надлежан за информације, службеник ће подносиоца захтева упутити на надлежно лице, наводећи његово име и телефонски број, односно упутити на неку другу институцију. Ако је то примерено, службеник мора, зависно од садржине захтева, да упутити подносиоца захтева на службу у институцији која је надлежна за пружање информација јавности”. Кодекс доброг управног поступања Европског омбудсмана, чл. 22. “Службено лице ће поступати са захтевима за јавни приступ документима у складу са правилима која је усвојила та институција и у складу са општим начелима и ограничењима предвиђеним у Прописима (ЕЗ) бр. 1049/2001”. Кодекс доброг управног поступања Европског омбудсмана, чл. 23, ст. 1.

¹⁹ “Органи власти треба да поштују приватност, посебно када обрађују личне податке. Када су органи власти овлашћени да обрађују личне податке, нарочито ако се то чини електронским средствима, они морају да предузму све неопходне мере којима се гарантује приватност. Правила која се односе на заштиту личних података, посебно оно што се односи на право приступа личним подацима и измену или уклањање неажурних података, важе за обраду свих података о личности коју врше органи власти”. Препорука REC (2007) 7 о принципима добре управе Савета Европе, чл. 9. “Органи ће поштовати право приступа службеним документима у складу са правилима заштите података о личности”. Препорука REC (2007) 7 о принципима добре управе Савета Европе, чл. 10.

²⁰ Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, “Службени гласник РС”, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009 и 36/2012.

²¹ Закон о заштити података о личности, “Службени гласник РС”, бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012 и 107/2012.

Новину у начелу законитости и предвидивости (члан 5), инспирисану увођењем европских принципа рада органа управе у домаћи управни поступак, представља и додавање ранијем начелу законитости (члан 5) дела који се односи на *предвидивост*. Новоуведени принцип предвидивости у овом начелу управног поступка значи да су данас органи управе и други субјекти који решавају у управним стварима дужни да „воде рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним управним стварима“ (члан 5 став 3).²² Идеја за прописивање принципа предвидивости је вероватно пронађена у *начелу легитимних очекивања, доследности и обавештења јавности* из члана 10 Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана.²³ Интересантно је, међутим, да је током процеса израде законског текста принцип предвидивости био предвиђен као посебно начело, које се звало начело заштите легитимних очекивања.²⁴ Прописивање принципа предвидивости као посебног начела управног поступка под наведеним називом чини нам се да је представљало исправније правно решење, и то не само што се тиме на јаснији начин изражавао новоуведени европски принцип поступања органа управе, већ пре свега због непримерености повезивања принципа законитости рада управе и предвидивости у исто начело управног поступка, које би могло данас у пракси да изазове непотребне нејасноће, што је у домаћој правној теорији с правом критиковано.²⁵

Извесну новину, која је такође настала под утицајем европских принципа рада органа управе у домаћем управном поступку, представља

²² “Када поступа у управној ствари, орган води рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним управним стварима”. Закон о општем управном поступку, чл. 5, ст. 3.

²³ “Службено лице мора поштовати легитимна и разумна очекивања која грађани имају с обзиром на поступање одређене институције у прошлости”. Кодекс доброг управног поступања Европског омбудсмана, чл. 10, ст. 2.

²⁴ Вид.: Предлог Закона о општем управном поступку из 2012. и 2013. године, чл. 5.

²⁵ “С друге стране, може се констатовати да је необично да се повезују законитост и предвидивост. То би могло да упућује на закључак да органи не раде само на основу закона, већ и на основу претходне праксе. Наравно, претходна пракса би морала да буде законита, тј. да раније донете одлуке у истој ствари буду донете на основу закона. Обрнуто, ако је ранија одлука била незаконита, онда би “вођење рачуна” о томе значило да нова одлука буде другачија. Према томе, ако су раније одлуке у истој ствари биле законите, другачија одлука у истој ствари, логично се може закључити, не може да буде законита. Не могу обе одлуке са различитом садржином да буду законите. Само једна од тих одлука је законита, а друга је незаконита. При томе, начело законитости већ укључује у себи обавезу органа да увек у истој ствари донесе исту одлуку, ону која је законита. Обавеза органа да води рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним управним старима мора се, стога, схватити као дужност органа да не одступа од раније законите праксе”. Д. Милков, *Поводом новог Закона о општем управном поступку – критички осврт уводне одредбе и начела*, Зборник “Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније”, Нови Сад, 2016, стр. 55.

и уношење у *начело помоћи странци* (члан 8), потпуно нове обавезе органа који води поступак да информише странке ако током вођења поступка дође до измене прописа који је од значаја за поступање у управној ствари (члан 8 став 3),²⁶ која је вероватно настала по угледу на *начело обавештавања о одлуци* из члана 20 Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана.²⁷

Сличну новину у основним начелима Закона представља и преформулисање ранијег начела “*саслушања странке*” (члан 9) у *начело права странке на изјашњавање* (члан 11),²⁸ које је вероватно учињено само из разлога да би се што јасније истакла усаглашеност домаћег управног поступка са начелом *права странке на саслушање*, из члана 14 Препоруке о принципима добре управе Савета Европе.²⁹

Такође, бројне измене које су извршене у новоформулисаном начелу *права на жалбу и приговор* (члан 13), у односу на раније начело двостепености у решавању (члан 12), извршене су у циљу остваривања захтева који проистичу на основу принципа о *разумном времену за доношење одлуке*, као и *упућивању странке на могућност правног лека* из члана 17 и 19 Кодекса о добром управном поступању Европског омбудсмана, али и бројних других захтева које би требало остварити у домаћем правном систему на основу релевантних препорука Савета Европе, као што су Препоруке REC (1977) 31 о заштити појединаца у односу према актима управних тела, Препоруке REC (2004) 6 о побољшању домаћих правних лекова и Препоруке REC (2010) 3 о ефективним правним лековима у случају поступака који предуго трају.

Бројне друге измене у оквиру основних начела управног поступка, а пре свих у погледу *начела заштите права странака и остваривања јавног интереса* (члан 7), *начела делотворности и економичности по-*

²⁶ “Ако у току поступка дође до измене прописа који је од значаја за поступање у управној ствари, орган ће о томе информисати странку”. Закон о општем управном поступку, чл. 8, ст. 3.

²⁷ “Службено лице ће обавестити лица на чија права или интересе одлука утиче о њеној садржини у писаном облику одмах након доношења одлуке”. Кодекс доброг управног поступања Европског омбудсмана, чл. 20, ст. 1.

²⁸ “Странци мора да се пружи прилика да се изјасни о чињеницама које су од значаја за одлучивање у управној ствари. Без претходног изјашњавања странке може се одлучити само када је то законом дозвољено”. Закон о општем управном поступку, чл. 11.

²⁹ “Странка мора имати могућност да се изјасни о одлукама које се односе на њена права или правне интересе. Ако таква могућност није дата странци, она јој се мора накнадно пружити, осим ако то очигледно није потребно. При томе се таква могућност мора оставити у разумном року и на начин предвиђен домаћим законодавством, а ако је то потребно, мора се странци обезбедити и стручна помоћ лица по њеном избору. Препорука REC (2007) 7 о принципима добре управе Савета Европе, чл. 14.

ступка (члан 9), начела истине и слободне оцене доказа (члан 10), вршене су углавном из разлога да би се што јасније могла уочити формална усаглашеност новог управног поступка у Србији са најважнијим европским принципима у овој управној области.³⁰

Под утицајем европских правила о раду управе, а у оквиру проширивања предмета управног поступка, у оквиру кога су поред решавања у управним стварима кроз доношење управних аката, данас предвиђене и управне радње (члан 27), као и управни уговори (члан 22–26) и пружање јавних услуга (члан 31), као битна новина за правну сигурност грађана предвиђена је и могућност доношења *гарантног акта* (члан 18–21). Увођење ове врсте правног акта управе у Закон о општем управном поступку директно је мотивисано применом *начела легитимних очекивања, доследности и обавештења јавности*, предвиђеног чланом 10 Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана.³¹

Смисао увођења гарантног акта у управни поступак огледа се у стварању правног основа органима који воде управни поступак да могу да се унапред обавежу да ће касније, на одговарајући захтев странке, донети управни акт одређене садржине, ако чињенично и правно стање остане непромењено. Могућност доношења овакве врсте правног акта може да буде од велике важности за остваривања одређених права и правних интереса странака у специфичним управним стварима, као што су оне у областима: грађевинарства, царина, пореза и сл., где покретање самог управног поступка претходно захтева постојања одређеног степена извесности, као битног елемента правне сигурности да се одређено право или правни интерес у том поступку заиста може остварити.

Значај прописивања института гарантног акта у новом Закону о општем управном поступку, међутим, значајно је умањен чињеницом да је новим законом могућност доношења ове врсте акта предвиђена само у случају када је до предвиђено посебним законом. Тиме је примена овог, за правну сигурност грађана важног европског правног стандар-

³⁰ Вид: З. Лончар, *Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди*, Зборник “Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније”, Нови Сад, 2017, стр. 398.

³¹ “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”. Кодекс доброг управног поступања Европског омбудсмана, чл. 10.

да у управном поступку потпуно релативизована и сведена само на посебне управне поступке, где су акти гарантне природе и до сада могли да постоје, када су били предвиђени законом.³²

Такође, увођење института *јединственог управног места* (члан 42),³³ који представља један од правних стандарда предвиђен Директивом ЕУ о службама у унутрашњем тржишту (члан 6–7), требало је са моментом почетка примене новог закона да омогући странкама да у управним стварима у којима је потребно поступање више органа управе, све своје активности спроведу на једном месту, односно код једног од органа надлежних за поступање. Међутим, с обзиром на то да Влада Републике Србије на основу новог Закона о општем управном поступку у остављеном року од девет месеци од ступања на снагу новог закона (члан 212), још увек није донела свој пропис, којим је требало да уреди готово сва најважнија питања за примену овог правног института, попут: услова, критеријума 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 б), ова процесна новина важна за повећање ефикасности и економичности вођења управних поступака представља још један од европских правних принципа који за управну праксу у Србији још увек нема никакав значај.

Као вид значајне стандардизације са европским правним принципима, у новом Закону је предвиђен низ нових правила везаних за остваривање могућности *електронског начина општења* органа и странака (члан 62). Правна решења везана за ову дуго ишчекивану новину у управном поступку³⁴ директно су инспирисана *начелом електронске комуникације* из члана 8 став 1 Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту, као и правилима о *потврди пријема поднеска* и *начелом дужне пажње* из члана 14 и 12 Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана, али и правилима о *објављивању управних одлука* из члана

³² Такав је случај до сада био, на пример, са Царинским законом (“Службени гласник РС”, бр. 18/2010, 111/2012, 29/2015, 108/2016 и 113/2017), којим је предвиђен институт *обавезујућег обавештења* (члан 19), или са Законом о држављанству Републике Србије (“Службени гласник РС”, бр. 135/2004, 90/2007 и 24/2018), којим је предвиђена могућност издавање *потврде* страном држављанину да ће бити примљен у држављанство Републике Србије (члан 15).

³³ “Ако је за остваривање једног или више права потребно поступање једног или више органа, странка се обраћа јединственом управном месту. Успостављањем јединственог управног места не утиче се на надлежност органа, нити на право странке да се директно обраћа надлежном органу”. Закон о општем управном поступку, чл. 42, ст. 1 и 2.

³⁴ Вид.: З. Лончар, *Пледираје за нови Закон о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, 2009, стр. 181–193.

18 Препоруке о принципима добре управе Савета Европе. Као последица настојања да се у управном поступку коначно омогући електронски вид комуникације органа и странака, у Закон су унете 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 3), начина евидентирања и пријема поднеска у електронској форми (члан 61 став 2), обавештавања електронским путем (члан 70), личном и посредном достављању писмена електронским путем (члан 72 став 2) итд. Иако у прелазним и завршним одредбама новог Закона о општем управном поступку није био предвиђен никакав рок за доношење нових или усаглашавање постојећих прописа неопходних за остваривање електронске комуникације органа управе и странака, због чега се са израдом овог важног нормативног оквира знатно каснило, усвајањем најпре Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронској комуникацији,³⁵ а затим и самог Закона о електронској управи,³⁶ као и низа неопходних подзаконских аката, попут: Уредбе о канцеларијском пословању органа државне управе,³⁷ Уредбе о електронском канцеларијском пословању,³⁸ Уредбе о Канцеларији за информационе технологије и електронску управу,³⁹ као и Упутства о електронском канцеларијском пословању органа државне управе,⁴⁰ створене су недавно све најважније правне претпоставке да електронско општење органа и странака после више од две године након усвајања новог Закона о општем управном поступку заиста може да заживи и у пракси органа управа.

Жеља за применом европских принципа рада управе значајно је допринела увођењу и неколико за правни положај странака важних процесних новина у управни поступак, међу којима су од највећег значаја

³⁵ Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронској комуникацији, "Службени гласник РС", бр. 94/2017.

³⁶ Закон о електронској управи, "Службени гласник РС", бр. 27/2018.

³⁷ Уредба о канцеларијском пословању органа државне управе, "Службени гласник РС", бр. 80/1992, 45/2016 и 98/2016.

³⁸ Уредба о електронском канцеларијском пословању, "Службени гласник РС", бр. 49/2010 и 42/2017.

³⁹ Уредба о канцеларији за информационе технологију и електронску управу, "Службени гласник РС", бр. 73/2017.

⁴⁰ Упутство о електронском канцеларијском пословању органа државне управе, "Службени гласник РС", бр. 2012/2010.

обавеза обавештавања странке о покретању поступка по службеној дужности који није у њеном интересу (члан 91 став 3),⁴¹ као и обавеза доношења закључка о покретању таквог поступка (члан 90 став 3),⁴² за које су као основ послужили поједини принципи из начела права на саслушање и давање изјава из члана 16 Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана.⁴³ Такође, у важну новину спада и измена правила која се односе на рок за доношење (издавање) решења (члан 145), међу којима је најважније прописивање прекршајне одговорности за овлашћено службено лице, односно одговорно лице у органу управе које не изда решење у року утврђеном законом (члан 210 став 2), чије је уношење у Закон мотивисано начелом благовремености и одређеним принципима који се тичу захтева странака, предвиђених чланом 7 и 13 Препоруке о принципима добре управе Савета Европе.

Ради стварања услова за ефикаснији рад управе, а под утицајем одређених европских принципа рада управе, значајне су и поједине измене у Закону које су извршене у правном режиму института *ћутања управе*. Међу њима су најважније: да се жалба сада предаје директно другостепеном органу (члан 161), чиме би требало да се спречи задржавање жалбе и списа предмета од стране првостепеног органа у циљу даљег одуговлачења управног поступка; да је другостепени орган обавезан да сам мериторно реши управну ствар у случају поновљеног ћутања првостепеног органа (члан 173 став 2), а посебно прописивање прекршајне одговорности за овлашћено службено лице, односно одговорно лице у органу управе, у случају непоштовања рокова који доводе до ћутања управе (члан 210 став 2). Као основ за прописивање ових новина послужило је начело разумног временског рока за доношење одлука, прописаног чланом 17 Кодекса доброг управног поступања Европског омбудсмана, као и стандарди предвиђени у члану 13 Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту, који се односе на правне последице *ћутања управе*.

⁴¹ “Поступак који се покреће по службеној дужности а није у интересу странке сматра се покренутим кад је странка обавештена о акту о покретању поступка”. Закон о општем управном поступку, чл. 91, ст. 3.

⁴² “Пре покретања поступка по службеној дужности који није у интересу странке орган прибавља информације и предузима радње да би утврдио да ли су испуњени услови за покретање поступка и, ако јесу, доноси акт о покретању поступка (закључак, налог и сл.)”. Закон о општем управном поступку, чл. 90. ст. 3.

⁴³ “У случајевима који се тичу права или интереса појединаца, службено лице мора осигурати да се, у свакој фази поступка доношења одлуке, поштује право на одбрану. Сваки грађанин има право, у случајевима када доношење неке одлуке утиче на његова права или интересе, да поднесе писмене коментаре и, кад је потребно, да усмено изложи своје примедбе пре доношења одлуке”. Кодекс доброг управног поступања Европског омбудсмана, чл. 16.

Жеља за применом европских принципа у раду органа управе посебно је дошла до изражаја код одредаба Закона о правним средствима, чији је систем (успостављен пре више деценија) значајно преуређен.⁴⁴ Међу најважнијим новинама у погледу правних средстава извршених у циљу усаглашавања домаћег управног поступка са европским принципима рада управе, које би 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); промена броја и назива *ванредних правних средстава*, уз преформулисање разлога за њихову употребу (члан 175–185), као и бројне измене у правном режиму жалбе (члан 151–174). Међу најважније измене у правном режиму жалбе, која је и даље основно редовно правно средство деволутивног карактера, од посебног значаја су обавезе 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); могућности изношења нових чињеница и доказа у жалби, уз дужност навођења разлога због чега нису изнете у првостепеном поступку (члан 159 став 2); предавања 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); што би све требало да убрза и значајно скрати вођење другостепеног управног поступка.⁴⁵ Највећи број измена извршених у режиму правних средстава мотивисан је био принципима из *начела правних средстава* и *начела мењања појединачних аката управе* из члана 22 и 21 Препоруке о принципима добре управе Савета Европе.

⁴⁴ Вид: З. Лончар „О Нацрту Закона о општем управном поступку”, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 35, 2013, стр. 439–440; З. Лончар, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства”, *Правни живот*, бр. 10, 2013, стр. 328–331; З. Лончар, *Поводом новог Нацрта Закона о општем управном поступку Републике Србије*, Зборник радова “Двадесет година Дејтонског мировног споразума”, Правни факултет, Источно Сарајево, 2017, стр. 332–333.

⁴⁵ Вид: З. Лончар, *Правна средства у новом Закону о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, 2017, стр. 1505–1523.

3. Закључно разматрање

У управном поступку у Србији постоји доста новина које су последица стандардизације управног поступка са европским принципима рада управе, од којих се може очекивати да ће у пракси у великој мери допринети ефикаснијем и економичнијем вођењу управних поступака. Оне су, пре свега, везане за омогућавање електронског начина општења органа управе и странака, као и за предузимање појединих процесних радњи, везаних првенствено за другостепени управни поступак. Постоје такође и одређене новине које су од значаја за побољшање правног положаја странака у управном поступку, односно повећања њихове правне сигурности од незаконитог или неправилног рада управе. Међу њима се посебно истиче нов начин покретања управних поступака по службеној дужности када нису у интересу странке, односно обавезно доношење посебног закључка о покретању поступка и обавештавање странке о донетом закључку. Међутим, од већине новина које представљају вид стандардизације управног поступка са европским принципима рада управе, а од којих су само оне најважније биле предмет разматрања у раду, ипак се не може очекивати да ћу у пракси битније унапредити домаћи управни поступак, што је требало да буде основни циљ спроведене законодавне реформе.

Основни разлог за то налази се пре свега у чињеници да су најважнији европски принципи рада органа управе у домаћи управни поступак уведени првенствено кроз основна начела управног поступка, а да значајан број њих није правно израђен кроз остале законске одредбе посвећене конкретним процесним радњама органа управе, већ су формулисани најчешће само као својеврсне прокламације, без реалне садржине која ће се у свим управним поступцима остваривати. Поред тога, битан недостатак правног нормирања европских принципа рада управе кроз основна начела управног поступка представља и чињеница да су многа од начела остављена без санкције за њихово непоштовање. Без конкретне разраде и санкције за повреду, као пуке прокламације које садрже европске принципе, у новом закону данас постоје: начело предвидивости (члан 5); начело заштите права странака и остваривања јавног интереса (члан 7); начело делотворности и економичности поступка (члан 9), као и новоуведено начело приступа информацијама и заштите података (члан 15).⁴⁶

⁴⁶ У случају онемогућавања приступа информацијама које су од јавног значаја или заштите

Поред неадекватног правног нормирања основних начела управног поступка, при оцени примене европских принципа рада управе у домаћем управном поступку требало би узети у обзир и да неки од нових правних института који би требало да представљају значајан вид стандардизације са европским принципима нису прописани као општа правила која ће важити у сваком управном поступку, већ ће се примењивати само у појединим посебним управним поступцима, када буду предвиђени посебним законом, какав је случај, на пример, са гарантним актом, или да за њихову примену морају претходно да буду донети одређени подзаконски акти, а за чије доношење није прописан никакав законски рок, па их управна пракса у Србији данас још увек не познаје, какав је случај, на пример, са јединственим управним местом, електронском доставом управних аката и сл.

За оцену примене европских принципа у раду органа управе у управном поступку у Србији веома је значајно питање како ће се одређене новине које представљају вид стандардизације у управној пракси, заиста спроводити, имајући у виду досадашњу појаву потпуног непоштовања законске обавезе на покретање поступака за утврђивање прекршајне и дисциплинске одговорности против овлашћених службених лица за непредузимање низа процесних радњих важних за остваривање европских принципа рада управе, изричито санкционисаних новим законом, као што су: невршење по службеној дужности увида у податке о чињеницама неопходним за одлучивање о којима се води службена евиденција (члан 210); њихово бесплатно неприбављање и необрада у законском року (члан 207), недоношење решења у законском року или неизвршавање одређених процесних радњи (члан 212), недостављање у законском року одговара на све жалбене наводе са списима предмета другостепеном органу (члан 208); невођење службене евиденције о решавању у управним стварима (члан 208), итд. Ради стварања могућности за остваривање европских принципа у раду свих органа управе у Србији посебно забрињава појава неусаглашавања посебних управних поступака са новим Законом о општем управном поступку, за шта је законски рок одавно протекао, пошто у примени примат увек умају као *lex specialis* правила посебних управних поступака.⁴⁷

тајних и личних података у управном поступку у складу са законом, на шта се новоуведено начело приступа информацијама и заштите података у Закону о општем управном поступку односи, санкције постоје, али су оне прописане у Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја и Закону о заштити података о личности, којима су ова права грађана и уведена у правни систем Србије, и то знатно пре новог Закона о општем управном поступку.

⁴⁷ Вид.: З. Лончар, *Посебни управни поступци*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, 2016, стр. 1231–1249.

С обзиром на чињеницу да се реформа најважнијих правних прописа у Републици Српској често спроводи по угледу на Републику Србију, а посебно да се нека од решења усвојених у Србији потпуно некритички преузимају у правни систем Републике Српске, приликом предстојеће законодавне реформе управног поступка би требало избећи многе грешке које је Република Србија учинила реформом свог управног поступка кроз нови Закон о општем управном поступку из 2016. године, а посебно оне које су учињене под видом његовог усаглашавања са европским принципима рада управе, од којих смо само на неке основне указали у овом раду.

Попис коришћене литературе

Вучетић, Д., *Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014.

Димитријевић, П., “Апорије Закона о општем управном поступку”, *Правни живот*, бр. 10, 2014.

Димитријевић, П., *Реформа управног поступка*, Зборник радова “Владавина права и правна држава у региону”, Правни факултет, Источно Сарајево, 2013.

Ziller, J., *Administrations Comparées: Les systèmes politico administratifs del'Europe des douze*, Montchrestien, Paris 1993.

Лилић, С., *Контроверзе у вези са новом радном верзијом Нацрта Закона о општем управном поступку Србије (у контексту европских интеграција)*, Зборник “Перспективе имплементације европских стандарда у управном систему Србије”, Правни факултет, Београд, 2013.

Лончар, З., *Европски правни стандарди и управни поступак у Србији*, Зборник “Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније”, Нови Сад, 2016.

Лончар, З., *Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку Републике Србије*, Зборник “Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот”, Правни факултет “Јустинијан први” во Скопје, Охрид, 5-7. мај 2017.

Лончар, З., „Нека питања реформе управно-процесног законодавства”, *Правни живот*, бр. 10, 2013.

Лончар, З., „О Нацрту Закона о општем управном поступку”, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 35, 2013.

Лончар, З., *Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди*, Зборник “Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније”, Нови Сад, 2017.

Лончар, З., *Плелоаје за нови Закон о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, 2009.

Лончар, З., *Поводом новог Нацрта Закона о општем управном поступку Републике Србије*, Зборник радова “Двадесет година Дејтонског мировног споразума”, Правни факултет, Источно Сарајево, 2017.

Лончар, З., *Посебни управни поступци*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, 2016.

Лончар, З., *Правна средства у новом Закону о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, 2017, стр. 1505–1523;

Милков, Д., *Државна управа Србије и европски стандарди*, Зборник “Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније”, Нови Сад, 2015.

Милков, Д., *О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске Уније*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014.

Милков, Д., *Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, 2013.

Милков, Д., *Поводом новог Закона о општем управном поступку – критички осврт - уводне одредбе и начела*, Зборник “Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније”, Нови Сад, 2016.

Rusch, W., *Administrative Procedures in EU Member States*, in: Conference on Public Administration Reform and European Integration, SIGMA, 26–27 march 2009, Budva, pp 1-10.

Rusch, W., Modernisation of the System of Administrative Procedures in South-Eastern Europe, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, br. 1, 2014.

EUROPEAN PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE REFORM REFORM IN SERBIA

Zoran Lončar, Pf. D.*

***Abstract:** One of the most important goals of the legislative reform of the administrative procedure, implemented by the new Law on General Administrative Procedure of 2016, was to bring the domestic administrative procedure in line with European legal standards in this area. However, in spite of the formal prediction of the most important European principles for the work of the administrative bodies, due to the method of their standardization in the new Law, it can not be said that in practice it will improve efficiency and economy of the work of the administrative bodies, neither the legal safety of citizens as parties from illegal and irregular work of the administration will raise to a higher level.*

The main reason for this is based in the fact that the most important European principles are foreseen primarily in the basic principles of administrative procedure, and that they are not, not only developed through other legal provisions devoted to the procedural actions of the administrative authorities, but not even sanctioned. Thus, in the new Law on General Administrative Procedure, basic principles were converted into a kind of legal proclamations, without concrete elaboration and sanctions. In addition, some of the new legal institutes that should represent an important aspect of standardization of domestic administrative procedures with European working principles, such as a guarantee act, a single administrative position, an electronic way of communicating bodies and parties, etc., are not prescribed as general rules which are valid in each administrative procedure, but will only be applied in special administrative procedures if they provide it by a special law, or that for their implementation it is necessary to adopt certain by-laws for whose bringing has not prescribed any legal deadline, what is

* Faculty of Law, University of Novi Sad

reason why the administrative practice in Serbia yet do not known them.

Key words: *administration, administrative bodies, administrative procedure, European principles of work of the administration*

УДК 005.96342.74(497.6)

doi 10.7251/PR5418383V

Оригинални научни чланак

DRŽAVNA SLUŽBA I UPRAVLJANJE LJUDSKIM RESURSIMA U INSTITUCIJAMA BOSNE I HERCEGOVINE I REPUBLICI SRPSKOJ – EKSTERNA EVALUACIJA I BUDUĆI IZAZOVI

Doc. dr Nevenko Vranješ*

Prof. dr Vladimir Đurić**

***Rezime:** Državna služba i ljudski resursi predmet su kontinuirane reforme. Državni službenici, posebno rukovodeći, istovremeno su nosioci odnosno subjekti reformi, ali su i sami njen predmet odnosno objekat. Intenzitet reformskih zahtjeva i zahvata se pojačava u sklopu usklađivanja domaćeg pravnog okvira sa evropskim upravnim prostorom. U tom pogledu, veliki je broj subjekata i institucija međunarodnog karaktera koji propisuju standarde i reformske smjernice te vrše stalni monitoring i evaluaciju nad učinkom reforme. Predmet rada je državna služba i upravljanje ljudskim resursima u institucijama Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj – eksterna evaluacija i izazovi. Rad analizira nastanak i razvoj državne službe s osvrtom na državne službenike kao ključne vršioce upravne djelatnosti, principe javne uprave u oblasti državne službe i upravljanja ljudskim resursima, a potom se bavi prikazom rezultata eksterne evaluacijom formalne i materijalne dimenzije državne službe i položajem državnih službenika na dva nivoa upravne vlasti – nivo zajedničkih institucija BiH i u Republici Srpskoj.*

***Ključne riječi:** državna služba, državni službenici, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina, reforma, politizacija i SIGMA.*

* Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci, Bulevar vojvode Petra Bojovića 1A, 78000 Banja Luka, e-mail: nvranjes@blic.net

** Institut za uporedno pravo Beograd.

1. Razvoj službeničkog zakonodavstva u Republici Srpskoj i zajedničkim institucijama Bosne i Hercegovine

Prvi zakon koji je regulisao položaj državne uprave u tadašnjoj Srpskoj Republici BiH donesen je u februaru 1992. godine pod nazivom Zakon o državnoj upravi. Težišno, ovaj zakon je propisao prava i dužnosti izvršnih organa i organa uprave u vršenju funkcija državne uprave u Srpskoj Republici BiH i druga pitanja od značaja za funkcionisanje državne uprave u Republici.¹ Zakon ne prepoznaje državne službenike kao posebnu kategoriju već pominje radnike u organima državne uprave, rukovodeće radnike u organima državne uprave i funkcionere. Funkcionera koji rukovodi organom uprave i njegovog zamjenika imenovala je skupština društvene zajednice bez javnog konkursa, kako se u zakonu izričito navodi.² Izbor radnika i rukovodećih radnika ovaj zakon nije regulisao, a njihov status je bio regulisan opštim režimom radnih odnosa.

Krajem maja 1994. godine, Narodna skupština RS donosi novi Zakon o državnoj upravi,³ kojim je raniji Zakon o državnoj upravi iz 1992. godine u cijelosti stavljen van snage. Ovaj zakon bliže propisuje položaj državne uprave u organizacionom smislu, dok samo u jednom djelu pominje da će poslove organa državne uprave obavljati radnici koji moraju imati položen stručni ispit i relevantno radno iskustvo. Međutim, u istom vremenskom okviru, Narodna skupština RS donijela je Zakon o radnim odnosima u državnim organima.⁴ Zakon je utvrdio prava, obaveze i odgovornosti iz radnih odnosa lica zaposlenih u ministarstvima, posebnim organizacijama, sudovima, javnim tužilaštvima, javnom pravobranilaštvu, organima za prekršaje i u službama Narodne skupštine RS, predsjednika RS, Vlade RS i Ustavnog suda koji se primaju u radni odnos odlukom funkcionera koji rukovode ovim organima i službama, određena prava predsjednika Republike, i određena prava, obaveze i odgovornosti lica koja bira Narodna skupština i lica koja postavlja Vlada, odnosno drugi nadležni organ. Takođe, odredbe tog zakona primjenjivane su na sve zaposlene u državnim organima, odnosno izabrana i postavljena lica, osim onih čija su prava, obaveze i odgovornosti utvrđene posebnim propisima.⁵

¹ Čl. 1 Zakona o državnoj upravi, „Službeni glasnik srpskog naroda u BiH“, br. 55/92.

² *Ibid.*, Čl. 41.

³ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 11/94.

⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 11/94.

⁵ Čl. 1 Zakona o radnim odnosima u državnim organima, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 11/94, 96/03 i 6/97.

Ovaj zakon, iako je široko u horizontalnom pogledu utvrdio obim državne službe, takođe, ne uvodi kategoriju državni službenici, već klasifikaciju svodi na tri kategorije: zaposleni, izabrana i postavljena lica. Po prvi put se zakonskim rješenjem propisuje potpuniji status lica zaposlenih u organima državne uprave (prijem u radni odnos, raspoređivanje, prava, dužnosti, odgovornost, prestanak radnog odnosa i zaštita prava zaposlenih).

Zakon o administrativnoj službi u upravi Republike Srpske, donesen u februaru 2002. godine, prvi put u službeničko zakonodavstvo u Republici Srpskoj uvodi kategoriju državni službenik, propisujući da je državni službenik lice koje je zaposleno u državnom organu. Takođe, ovaj zakon izričito propisuje da ministri i njihovi zamjenici nisu državni službenici te da se njihov pravni status uređuje drugim propisima.⁶ Valja napomenuti da je stupanjem na snagu ovog zakona, prestao da važi Zakon o državnoj upravi iz 1994. godine. Pomenuti zakon državne službenike definiše formalno prema organizacionoj pripadnosti, postavljajući okvir državne službe na nivo državnih organa, što je znatno šire u odnosu na organe državne uprave. Naime, Zakon, propisuje da poslove državne uprave obavljaju ministarstva, drugi republički organi uprave i republičke upravne organizacije.⁷ Nadalje, zakon propisuje da su zaposleni u organima državne uprave na radnim mjestima klasifikovanim prema navedenom zakonu, državni službenici. Ovim zapažamo određene nesuglasice, jer ukoliko su državni službenici lica koja su zaposleni u državnom organu, time se horizontalni okvir državne službe proširuje pored organa državne uprave i na druge državne organe kao što su sudovi, tužilaštva, pravobranilaštvo, Narodna skupština i dr. Međutim, iako citirana odredba zakona identifikuje državne službenike sa organima državne uprave, ostaje nejasno da li drugi državni organi, pored organa državne uprave, mogu u svome sastavu imati lica kategorisana kao državni službenici.

Prema ovom zakonu, državni službenici razvrstani su u sljedeća radna mjesta u državnoj upravi: (1) pomoćnik ministra; (2) sekretar ministarstva; (3) inspektori; (4) rukovodilac upravne organizacije; (5) zamjenik i pomoćnik rukovodioca upravne organizacije; (6) stručni savjetnik; (7) rukovodilac unutrašnje organizacione jedinice (odjeljenja, odsjeka, biroa, grupe, pisarnice, računovodstva i dr.); (8) viši stručni saradnik; i (9) stručni saradnik.⁸ Od navedenih zvanja, prvih pet su rukovodeći državni službenici, a preostala četiri državni službenici.

⁶ Čl. 4 Zakona o administrativnoj službi u upravi Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 16/02, 62/02, 38/03, 49/06 i 20/07.

⁷ *Ibid.*, Čl. 2.

⁸ Čl. 32. Zakona o administrativnoj službi u upravi Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 16/02, 62/02, 38/03, 49/06 i 20/07.

Kada je ovaj zakon u pitanju, treba napomenuti da on nije regulisao primarno samo državne službenike i njihov status već i položaj organa državne uprave u formalnom i materijalnom smislu, njihovo finansiranje, kao i odnose organa državne uprave prema drugim državnim organima i ostalim subjektima. Nesumnjivo, radilo se o predimenzionisanom zakonskom rešenju koje je u sebi sadržavalo materiju sadašnjih najmanje triju zakona.

Najzad, trenutno zakonsko rješenje u Republici Srpskoj u pogledu državnih službenika je postojeći *lex specialis* zakon donesen 2008. godine – Zakon o državnim službenicima,⁹ koji je mijenjan i dopunjavan tri puta. Prema ovom zakonu, državni službenik je lice sa visokom stručnom spremom koje je zaposleno u organu republičke uprave i obavlja poslove osnovne djelatnosti organa republičke uprave. Izuzetno, državni službenik je i lice sa završenom višom i srednjom stručnom spremom u skladu sa uredbom Vlade. Vlada uredbom propisuje kategorije državnih službenika i njihova zvanja i kriterijume za analitičku procjenu radnih mjesta.

Radna mjesta državnih službenika su rukovodeća radna mjesta za čije je postavljenje i razrješenje nadležna Vlada i radna mjesta državnih službenika za koja je nadležan rukovodilac organa u skladu sa zakonom. Rukovodeći državni službenici su: pomoćnik ministra, sekretar ministarstva, rukovodilac republičke uprave, republičke upravne organizacije, njihovi zamjenici i pomoćnici, glavni republički inspektor i sekretar u Agenciji.¹⁰ Radna mjesta državnih službenika su: stručni saradnik; viši stručni saradnik; rukovodilac unutrašnje organizacione jedinice; stručni savjetnik; inspektor i interni revizor.¹¹

Uredbom o kategorijama i zvanjima državnih službenika propisano je osam kategorija radnih mjesta državnih službenika, od čega šest kategorija koje predviđaju VII stepen SS, jedna kategorija za VI stepen SS i jedna kategorija za IV stepen SS.

U zvanja se ne razvrstavaju: rukovodeći državni službenici, rukovodioci unutrašnjih organizacionih jedinica, stručni savjetnik i interni revizor.

Radna mjesta inspektora razvrstavaju se u tri zvanja: mlađi inspektor – VII stepen SS i do jedne godine inspektorskog staža; inspektor – VII stepen SS i najmanje jedna godina inspektorskog staža i viši inspektor – VII stepen SS i najmanje dvije godine inspektorskog staža. Radno mjesto višeg stručnog saradnika razvrstava se u sljedeća zvanja: viši stručni saradnik prvog zvanja

⁹ Zakon o državnim službenicima, „Službeni glasnik RS“, br. 118/08, 117/11, 37/12 i 57/16.

¹⁰ Odnosi se na sekretara Agencije za državnu upravu.

¹¹ Čl. 27. Zakona o državnim službenicima, „Službeni glasnik RS“, br. 11/08, 117/11, 37/12 i 57/16.

– VII stepen SS i radno iskustvo od tri godine; viši stručni saradnik drugog zvanja – VII stepen SS i radno iskustvo od dvije godine i viši stručni saradnik trećeg zvanja – VII stepen SS i radno iskustvo od jedne godine.¹²

Pored državnih službenika, u republičkim organima uprave zapošljavaju se i namještenici. Radna mjesta namještenika su radna mjesta na kojima se obavljaju administrativni, računovodstveno-finansijski, pomoćno-tehnički i drugi poslovi, a čije obavljanje je potrebno radi vršenja poslova osnovne djelatnosti iz djelokruga republičkog organa uprave.

U republičkom organu uprave utvrđuju se sljedeća radna mjesta namještenika: a) u okviru visoke SS: namještenik prve kategorije, uključujući i rukovodioce, namještenik druge kategorije i namještenik treće kategorije; b) u okviru više SS: namještenik prve kategorije i namještenik druge kategorije; v) u okviru srednje stručne spreme: namještenik prve kategorije i namještenik druge kategorije i g) namještenik u okviru osmogodišnje škole.¹³

Nastanak državne službe u institucijama Bosne i Hercegovine vezuje se za donošenje Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine 2002. godine. Ovaj zakon uprkos svom nazivu ne uređuje institucionalni obim državne uprave već propisuje pravni status državnih službenika u ministarstvima, samostalnim upravnim organizacijama i upravnim organizacijama u sastavu ministarstava, kao i drugim institucijama Bosne i Hercegovine osnovanim posebnim zakonom ili kojima je posebnim zakonom povjereno obavljanje poslova uprave.¹⁴ Zakon definiše državne službenike kao lica koja su postavljena upravnim aktom na radno mjesto u državnoj službi, u skladu sa zakonom. Ovim je opredijeljena pravna priroda akta o postavljenju državnih službenika. On, dakle, ima karakter upravnog akta, što znači da je zapošljavanje u državnu službu stvar od javnog interesa odnosno proces popunjavanja radnih mjesta provodi se po pravilima posebnog upravnog postupka čime se rješava određena upravna stvar.¹⁵

Zakon državne službenike razvrstava na rukovodeće i ostale državne službenike. Rukovodeći državni službenici imaju sljedeća zvanja: sekretar i sekretar sa posebnim zadatkom i pomoćnik ministra, pomoćnik direktora i glavni inspektor. Ostali državni službenici su razvrstani u četiri zvanja: šef

¹² Čl. 4 Uredbe o radnim mjestima državnih službenika, „Službeni glasnik RS“, br. 18/09 i 131/10..

¹³ Čl. 4 Uredbe o radnim mjestima namještenika, „Službeni glasnik RS“, br. 18/09.

¹⁴ Čl. 1 Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine, „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, 40/12 i 93/17.

¹⁵ O pravnoj prirodi akta o prijemu u državnu službu, šire vidjeti: Đurić, V., Vranješ, N., „Vrste i pravna priroda akta o prijemu i postavljenju državnih službenika“, *Pravna riječ*, časopis za pravnu teoriju i praksu (ur. Kuzmanović, R.), Udruženje pravnika Republike Srpske, br. 42/2015, str. 381–399.

unutrašnje organizacione jedinice; stručni savjetnik; viši stručni saradnik i stručni saradnik.¹⁶

2. Preporuke Savjeta Evrope o državnim službenicima

Savjet Evrope (*Council of Europe*) predstavlja svojevrsnu čekaonicu ili predvorje za zemlje koje nastoje postati članice Evropske unije.¹⁷ Ova institucija je u okviru Komiteta ministara izdala veliki broj preporuka čija implementacija, iako ne obavezujuća, značajno doprinosi kako unapređenju položaja javne uprave, pravosuđa i vladavine prava, tako i konvergenciji u (pravni) sistema zemalja Zapadnog Balkana sa evropskim upravnim prostorom.

S aspekta ovog rada značajna je Preporuka R. (2000) 6 Komiteta ministara državama članicama o statusu državnih službenika u Evropi (*Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to member states on the status of public officials in Europe*) donijeta u okolnostima opšte tendencije reformisanja sistema državne službe u evropskim zemljama, kako bi se povećala njihova efikasnost, produktivnost i standardi usluga koje pružaju javnosti.

Preporuka obuhvata sljedeće smjernice:

Pravni okvir i opšta načela u pogledu statusa državnih službenika – trebalo bi da bude ustanovljen zakonom ili kolektivnim ugovorom, a o primjeni je potrebno da se stara vlada, odnosno drugi nadležni organ.

Organ nadležan za državne službenike – politika upravljanja državnim službenicima treba biti u nadležnosti vlade.

Kategorije i zvanja državnih službenika – trebaju da budu u svjetlu funkcija koje izvršavaju, povezani sa određenim stepenom odgovornosti.

Uslovi i zahtjevi za zapošljavanje državnih službenika – zapošljavanje državnih službenika treba da bude na principu jednakog pristupa radnim mjestima, selekcijom zasnovanom na zaslugama, pravednoj i otvorenoj konkurenciji i odsustvu diskriminacije.

Procedure zapošljavanja – moraju biti otvorene i transparentne, a njihova pravila jasna. Treba da budu takve da omoguće izbor najboljih

¹⁶ *Ibid.*, čl. 7.

¹⁷ O formalnom položaju, značaju i strukturi Savjeta Evrope, šire vidjeti: Košutić, B., Rakić, B., Milosavljević B., *Uvod u pravo evropskih integracija*, drugo izdanje, Pravni fakultet, Beograd, 2013, str. 266–272.

kandidata. Države treba da obezbijede pravnu zaštitu podnositelaca prijave na javne pozicije kao i pravne lijekove protiv odluka nadležnih organa.

Premještaj državnih službenika – Ne bi trebalo premještati državne službenike bez njihove saglasnosti, osim ako to nije u javnom interesu. Takođe, premještaj ne bi trebalo da bude u svrhu sankcionisanja. Potrebno je obezbijediti pravni lijek protiv eventualne nezakonitosti takve mjere.

Unapređenja državnih službenika – treba da budu zasnovana isključivo na zaslugama.

Prava državnih službenika – u principu treba da imaju ista prava kao i drugi građani. Ostvarivanje ovih prava može biti uređeno zakonom ili kolektivnim ugovorom kako bi bilo kompatibilno sa njihovim javnim dužnostima. Njihova prava, posebno sindikalna i politička, mogu biti zakonom ograničena samo u onoj mjeri u kojoj je to neophodno za njihovo pravilno provođenje.

Nediskriminacija – ne treba biti diskriminacije u pogledu pola, invalidnosti, materijalnog statusa, seksualne orijentacije, religije i sl., naročito prilikom pristupa državnoj službi i napredovanju.

Učešće državnih službenika – treba da bude promovisano učešće i konsultacije na način da personal učestvuje u donošenju odluka koje se tiču organizacije, strukture i principa vršenja javnih funkcija.

Socijalna zaštita – države treba da obezbijede socijalnu zaštitu državnih službenika uključujući i penzije putem opšteg ili posebnog režima.

Plate – državni službenici treba da imaju adekvatnu naknadu srazmjernu odgovornosti i dužnosti.

Dužnosti – Kada vrše javne funkcije, državni službenici su dužni poštovati prava građana. To uključuje poštovanje vladavine prava, lojalnost demokratskim institucijama, neutralnost, nepristrasnost, hijerarhijsku podređenost, poštovanje javnosti i odgovornost.

Disciplinska odgovornost državnih službenika – mora biti zakonski regulisana i mora omogućiti pravne lijekove protiv disciplinskih postupaka.

Obuka – obuka mora biti pravo ali i obaveza državnih službenika. Takođe, obuka mora biti uslov za napredovanje državnih službenika.

Prestanak službe – treba da bude samo na osnovu zakonom propisanih razloga. Pravni lijekovi moraju biti propisani u ovom slučaju.

Zaštita državnih službenika – pravni lijekovi zaštite pred sudom ili drugom nezavisnom institucijom mora biti obezbijeden kako bi se zaštitila prava državnih službenika pred poslodavcem. Takođe, država treba da zaštiti

one državne službenike koji su obavljajući dužnost bili predmet zloupotrebe, uvreda ili drugih nezakonitih radnji trećih lica.¹⁸

Tragom navedenog, uočavamo načelnu regulaciju ukupnog položaja državnih službenika, ponajviše u radnopravnom smislu, počevši od prijema u državnu službu preko stanja i kretanja u službi, pa do prestanka državne službe. Važno je napomenuti da je Savjet Evrope prvi promovisao navedene principe ta dao bazični okvir položaja državnih službenika. Evropska unija je znatno kasnije, preciznije tek 2014. godine, izašla sa konkretnim principima javne uprave (među njima i državne službe i upravljanja ljudskim resursima).

3. Evropski principi (načela) za državne službenike

U oblasti upravnog prava i uprave preovladava mnoštvo principa, smjernica, zaključaka i preporuka. Najčešće različiti subjekti Evropske unije, sa institucionalnog stanovišta definišu određene smjernice kakva bi uprava zemalja članica i naročito potencijalnih članica trebalo da bude. Navedeni pluralizam unosi priličnu konfuziju u nacionalne pravne sisteme stvarajući dileme u pogledu primjene. Problem predstavlja i činjenica da se radi o principima (načelima) koji su poprilično apstraktni i njihova operacionalizacija je teško primjenjiva.

Sistematizacija evropskih principa javne uprave, pored ostalih parametara, moguća je i prema području njihove primene.¹⁹ U tom smislu, razlikujemo načela koja se odnose na javne službenike, načela koja se odnose na javne službe i njihove službenike i načela koja se odnose na upravne propise i upravne postupke.²⁰ Budući da se u radu bavimo državnim odnosno javnim

¹⁸ Dostupno na: http://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2017/11/Recommendation_No_R20006.pdf, p. 7, pristupljeno: 28. 8. 2018. godine.

¹⁹ „Evropski upravni principi evoluirali su postepeno prvenstveno proširenjem nadležnosti Evropske unije. Pored pravne prakse Evropskog suda pravde, evropski upravni principi izvedeni su i iz Sporazuma o Evropskoj uniji i Kodeksa upravnog prava zemalja članica EU. Takođe, određena načela nalaze se u zakonskim okvirima, svakodnevnim praksama i kulturama javnih uprava Evropske unije i njenih članica. Vidjeti: Meyer-Sahling, *Civil Service Professionalisation in the Western Balkans*, SIGMA Papers, No. 48, p. 12, navedeno prema: *Human Resource for EU Membership: What Policies in the Western Balkans* (Ed. Lazarević, M.), Deutsche Gesellschaft für Internationale (GIZ) GmbH, Sarajevo, 2014, p. 9-10. Fusnota preuzeta iz: Vranješ, N., *Službenički sistemi i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016, str. 128.

²⁰ Vranješ, N., *Službenički sistemi i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016, str. 128.

službenicima, na njih se odnose sljedeća načela: (1) načelo profesionalnosti; (2) načelo objektivnosti; (3) načelo lojalnosti; (4) načelo materijalne nezainteresovanosti; (5) načelo diskrecije i (6) načelo suzdržanosti.²¹

Načelo profesionalnosti državnih službenika

Profesionalnost je *differentia specifica* kategorije upravnih službenika. Na osnovu profesionalnosti razlikujemo stalni personal upravnih organizacija od radnika, građana i nosilaca funkcija.²² Ovo načelo se ogleda u činjenici da su državni službenici lica koja obavljaju državnu službu kao svoje osnovno i najčešće jedino zanimanje, zastupajući i štiteći javne interese. Zbog nespojivosti odnosno inkopatibilnosti službeničke profesije sa drugim zanimanjima, državni službenik je prinuđen biti profesionalno i isključivo vezan samo za državnu službu i pri tome ne može obavljati druge poslove kao što su privatno preduzetništvo, članstvo u nadzornim i upravnim odborima (izuzev sportskih i humanitarnih organizacija, uz odobrenje nadležnih), biti vlasnik privatnih proizvodnih i uslužnih subjekata, član organa političkih partija (pa čak i član)²³ i sl. Pored navedenog, profesionalnost se vezuje i za stručan i korektan odnos državnog službenika prema samoj službi, strankama, radnim kolegama, pretpostavljenima i potčinjenima. Da bi se obezbijedio ovaj princip u praksi, potreban je referentan sistem selekcije državnih službenika, te njihovo stalno školovanje i usavršavanje kao i provođenje visokih standarda etičnosti.

Načelo objektivnosti

Ovo načelo podrazumijeva odsustvo pristrasnosti, preferencije u jednakim stvarima i jednakim uslovima, zaštitu javnog interesa ali i interesa pojedinaca (građana, stranaka).

Prilikom vršenja državne službe potrebno je objektivno sagledavanje svake konkretne situacije, što podrazumijeva sistem vrijednosti zasnovan na činjenicama, a što je u uskoj vezi sa stručnošću i profesionalnošću javnog službenika.²⁴

²¹ *Ibid.*, str. 128.

²² Pusić, E., *Nauka o upravi*, XII izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 2002, str. 205.

²³ U Albaniji državni službenici ne samo da ne mogu biti članovi partijskih struktura, već ne mogu biti ni članovi političkih partija.

²⁴ Vranješ, N., *Službenički sistemi i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016, str. 129–130.

Načelo lojalnosti

Načelo lojalnosti podrazumijeva posvećenost i privrženost državnog službenika kako službi koju obavlja tako i organizaciji i sredini u kojoj djeluje. Pored navedenog, lojalnost državnog službenika se ogleda i u posvećenosti kolektivu, kolegama i međusobnom pomaganju i ispomoći te zastupanju i zaštiti načela državne službe.

Načelo materijalne nezainteresovanosti

Ovo načelo je povezano sa etičnošću. Naime, pored profesionalnosti, stručnosti i odgovornosti, državni službenici moraju imati opštu kulturu, poštenje, čast, dosljednost.²⁵

Ovo načelo, takođe, isključuje materijalizaciju službeničkog položaja i ovlašćenja kroz njihovu zloupotrebu te svodi primanja službenika isključivo na zakonom propisanu budžetsku platu. Štaviše, državni službenik ima obavezu sprečavanja i prijavljivanja korupcije.

Načelo diskrecije i suzdržanosti

Načelo diskrecije i suzdržanosti uglavnom isključuje javno istupanje državnih službenika te zahtijeva „odvajanje službeničkog rada i privatnog života u smislu komentarisanja, iznošenja činjenica i podataka, javnog pogovora, konsultovanja i sl. Pri tome diskrecija i suzdržanost moraju biti izgrađeni na način da privatna aktivnost ne utiče na službeničku, kao i obrnuto.“²⁶

Analizirajući navedena načela, uočavamo da domaće službeničko zakonodavstvo obuhvata znatno širi set, uključujući i ova načela. Tako, Zakon o državnim službenicima u Republici Srpskoj propisuje da su državni službenici prilikom obavljanja poslova dužni da se pridržavaju principa profesionalnosti, nepristrasnosti, odgovornosti, poštenja, transparentnosti, efikasnosti i ekonomičnosti, u skladu sa kodeksom ponašanja državnog službenika.²⁷

²⁵ Tomić, Z., *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet i JP Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 159.

²⁶ Vranješ, N., *Službenički sistemi i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016, str. 129–130.

²⁷ Čl. 5 Zakona o državnim službenicima, „Službeni glasnik RS“, br. 118/08, 117/11, 37/12 i 57/16.

Tokom 2014. godine, SIGMA²⁸ je objavila principe javne prave, koje je već 2017. godine revidirala.²⁹ Prema SIGMA 2017 Principima javne uprave, Strateški okvir za reformu javne uprave sastoji se od pet reformskih oblasti: izrada i koordinacija politika; državna služba i upravljanje ljudskim resursima; odgovornost uprave; pružanje usluga i javne finansije. U navedenih pet oblasti postavljeno je ukupno 48 principa. Realizacija principa se mjeri pomoću kvantitativnih i kvalitativnih indikatora. U oblasti državna služba i upravljanje ljudskim resursima definisano je sedam principa koji se sagledavaju posredstvom 63 indikatora. SIGMA principi za oblast državna služba i upravljanje ljudskim resursima su: (1) djelokrug državne službe je adekvatan, jasno definisan i primijenjen u praksi; (2) politički i zakonski okviri za profesionalnu i koherentnu državnu službu uspostavljeni su i primjenjuju se u praksi; institucionalna struktura pruža dosljedne i efikasne prakse upravljanja ljudskim resursima u cijeloj državnoj službi; (3) zapošljavanje državnih službenika zasnovano je na zaslugama i jednakom postupanju u svim njegovim fazama; jasno su definisani kriterijumi za degradaciju i prekid radnog odnosa državnih službenika; (4) neposredni ili posredni uticaj na više rukovodeće funkcije u državnoj službi je spriječen; (5) platni sistem za državne službenike zasnovan je na klasifikaciji poslova; pravičan i transparentan; (6) osigurano je stručno usavršavanje državnih službenika; to uključuje redovne obuke, pravično ocjenjivanje učinka, te mobilnost i unapređenje po osnovu objektivnih i transparentnih kriterijuma i zasluga i (7) mjere za promovisanje integriteta, sprečavanje korupcije i osiguravanje discipline u državnoj upravi su u primjeni.³⁰

Kao što je već naglašeno, za svaki od navedenih principa propisani su indikatori. SIGMA je takođe izradila i metodologiju za monitoring i evaluaciju na osnovu koje se prikupljaju podaci i određuju vrijednosti svakog indikatora.³¹ Na osnovu veoma složene metodologije mjere se konkretni učinci reforme javne uprave i izražavaju u izvještajima. Izvještaji, pored analize stanja, sadrže i konkretne mjere koje zemlje odnosno njihove uprave imaju preduzeti da bi se ostvarili principi reforme. Presjek stanja po SIGMA izvještaju za BiH za 2017. godinu izložićemo u dijelu ovog rada. Ono što je bitno napomenuti

²⁸ *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.

²⁹ *The Principles of Public Administrations*, SIGMA, Paris, 2017.

³⁰ *Ibid.*, p. 65–115.

³¹ *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, SIGMA, Paris, 2017.

jeste da su SIGMA principi jedini mjerljivi i operativni, odnosno na osnovu ovako postavljene metodologije moguće je vršiti operacionalizaciju principa i njihovu konkretnu personifikaciju na stvarno stanje, te sagledavati učinke i preduzimati korektivne zahvate, što nije slučaj sa principima nekih drugih subjekata niti pristupnih dokumenata.

4. Izvodi iz izvještaja Evropske komisije o napretku BiH (oblast državna služba i upravljanje ljudskim resursima) u periodu 2005–2018. godine³²

Do sada je Evropska komisija, u periodu od 2005. do 2018. godine, Bosni i Hercegovini uputila 13 izvještaja o napretku. Izvještaji sadrže analitički opis i ocjenu stanja u pojedinim oblastima, sa preporukama za njihovo otklanjanje odnosno unapređenje stanja. Obavezan dio svakog izvještaja je „skrining“ područja javne uprave, pri čemu Evropska komisija opisuje trenutno stanje i ukazuje na probleme u ovoj veoma važnoj sferi društvenog života. Svi analizirani izvještaji identifikuju manje ili više iste probleme. Oni se svode na fragmentaciju državne službe, politizaciju i politički uticaj na popunjavanje službeničkih pozicija, slab službenički potencijal za evropske integracije i dr.

U nastavku rada, osvrnućemo se na dijelove iz izvještaja koji pominju državnu službu i upravljanje ljudskim resursima. Izvještaji uglavnom ukazuju na to da je u BiH prisutno političko miješanje u javnu upravu kada se radi o višim rukovodećim pozicijama, gdje etnički identitet i partijsko članstvo igraju značajnu ulogu.³³ Takođe, Izvještaj iz 2005. godine skreće pažnju na nedovoljne zaštitne mjere protiv političkog uplitanja u javnu upravu.³⁴ Potrebne su kontinuirane aktivnosti radi uspostavljanja profesionalne državne službe, uz proces zapošljavanja i napredovanja zasnovan na iskustvu i uspjehnosti.³⁵ Takođe, skreće se pažnja na ograničenu mobilnost državnih službenika zbog neusklađenosti triju zakona o državnoj službi u BiH, posebno u smislu onemogućavanja prelaska državnih službenika između različitih nivoa vlasti.³⁶ Politizaciju državne službe naglašavaju i izvještaji iz 2009. i

³² http://dei.gov.ba/dei/bih_eu/paket/default.aspx?id=10099&langTag=bs-BA, pristupljeno: 28. 8. 2018. godine.

³³ *Bosna i Hercegovina, Izvještaj o napretku u 2005. godini*, Evropska komisija, Brisel, str. 15.

³⁴ *Radni dokument, Bosna i Hercegovina – Izvještaj o napretku za 2006. godinu*, Komisija Evropskih zajednica, Brisel, str. 9.

³⁵ *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2007. godini*, Komisija Evropskih zajednica, Brisel, str. 11.

³⁶ *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2008. godini*, Komisija Evropskih zajednica, Brisel, str. 12.

2010. godine, ističući potrebu profesionalnosti, transparentnosti i efikasnosti u procedurama zapošljavanja.³⁷ Nije ostvaren napredak u smislu ograničavanja uloga koju politička podobnost ima u javnoj upravi, navodi Izvještaj iz 2010. godine.³⁸ Da napretka u pravcu razvoja stručne i depolitizovane državne službe nema navodi i Izvještaj iz 2011. godine.³⁹ Identičnu konstataciju nalazimo i u Izvještaju iz 2012. godine.⁴⁰ Stalna rascjepkanost i politiziranje sistema državne službe i dalje je razlog za zabrinutost, konstatuje se u Izvještaju iz 2013. godine te preporučuje da na svim nivoima vlasti treba posvetiti dodatnu pažnju razvoju profesionalne, odgovorne, transparentne i efikasne državne službe zasnovane na zaslugama i stručnosti.⁴¹ Što se tiče državne službe i upravljanja ljudskim resursima, u Brčko distriktu je postignut određeni napredak u poboljšanju zakonodavstva o državnoj službi – navodi se u Izvještaju iz 2014. godine. Međutim, na drugim nivoima nije bilo poboljšanja u postupcima zapošljavanja koji bi osigurali primjenu objektivnih kriterijuma zasnovanih na zaslugama, transparentnost i brzo postavljanje na upražnjena radna mjesta. 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.⁴² Evropska komisija konstatuje da je opredjeljujući princip zapošljavanja i napredovanja na osnovu sposobnosti predviđen zakonima o državnoj službi u BiH. Međutim, u praksi se prednost daje internim konkursima i premještajima u odnosu na javne konkurse, čime se ograničava mogućnost zapošljavanja na osnovu sposobnosti. Zapošljavanje na rukovodeće pozicije je i dalje pod uticajem političkih stranaka i nacionalnih faktora, a razdvajanje između političkih imenovanja i državne službe nije na odgovarajući način precizirano u zakonodavstvu, konstatuje Izvještaj iz 2015. godine.⁴³ Godinu dana kasnije, Izvještaj konstatuje 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.⁴⁴ Najzad, najnoviji Izvještaj, iz 2018. godine, podvlači da je potrebno osigurati provođenje efikasnog sistema upravljanja ljudskim resursima, posebno u zapošljavanju, i izmijeniti i dopuniti propise o državnoj

³⁷ *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2009. godini*, Komisija Evropskih zajednica, Brisel, str. 11.

³⁸ *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2010. godini*, Komisija Evropskih zajednica, Brisel, str. 11.

³⁹ *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2011. godini*, Evropska komisija, Brisel, str. 10.

⁴⁰ *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2012. godini*, Evropska komisija, Brisel, str. 12.

⁴¹ *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2013. godini*, Evropska komisija, Brisel, str. 11.

⁴² *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2014. godini*, Evropska komisija, Brisel, str. 11.

⁴³ *Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2015. godini*, Evropska komisija, Brisel, str. 10.

⁴⁴ *Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2016. godinu*, Evropska komisija, Brisel, str. 10.

službi kako bi se smanjio rizik od politizacije državne službe na svim nivoima vlasti.⁴⁵

Citirani monitoring izvještaji opredijelili su strateško djelovanje BiH u pogledu reforme javne uprave. Drugačije rečeno, BiH je kroz Strategiju reforme javne uprave, Akcioni plan za reformu javne uprave i Revidirani akcioni plan trebalo da ispravi uočene nedostatke, implementira preporuke iz izvještaja i ostvari suštinski napredak u depolitizaciji državne službe te izgradi sistem selekcije i zapošljavanja kandidata u državnu službu isključivo na principu zasluga i sposobnosti, što predstavlja suštinu merit principa.

Strategija za reformu javne uprave donesena je 2006. godine s intencijom da se realizuje kroz dva akciona plana. „Akcioni plan 1 (AP1) imao je cilj razvijanje kapaciteta za efikasno i koherentno donošenje politika i koordinaciju, radi ispunjavanja javnih ciljeva te izgradnju, jačanje, konsolidaciju i usklađivanje opštih sistema javnih finansija, ljudskih resursa, upravnih postupaka, informacionih tehnologija i institucionalne komunikacije. 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.“⁴⁶ Prema podacima Kancelarije za reformu javne uprave BiH (PARCO), ukupna implementacija mjera iz AP1 je iznosila 52,28%, od čega u oblasti upravljanja ljudskim resursima nešto više od polovine planiranog, 59,31%.⁴⁷

Uprkos skromnom reformskom učinku, BiH je jedina zemlja koja nije usvojila novi strateški okvir za reformu javne uprave, iako je prethodni istekao još 2014. godine. Dokument pod nazivom Strateški okvir za reformu javne uprave u BiH 2018–2022⁴⁸, usvojen je na tehničkom nivou krajem marta ove godine. Nakon toga usvojile su ga Vlada FBiH i Vlada Brčko distrikta BiH, dok Savjet ministara i Vlada RS nisu usvojile pomenuti dokument, čime ne može ni započeti izrada pripadajućeg akcionog plana i realizacija same strategije.

⁴⁵ Commission Staff Working Document, Bosnia and Herzegovina 2018 Report, <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20180417-bosnia-and-herzegovina-report.pdf> p. 6, pristupljeno 20. 8. 2018. godine.

⁴⁶ Vranješ, N., Đurić, V., „Proces reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini – između očekivanog i postignutog“, *Pravna riječ*, časopis za pravnu teoriju i praksu (ur. Kuzmanović, R.), Udruženje pravnikar Republike Srpske, br. 50/2017, str. 343.

⁴⁷ *Analiza provođenja Strategije reforme javne uprave – radni nacrt*, PARCO u saradnji sa Good Governance Fund Ambasadu UK i SIGMA, Sarajevo, 2016, str. 11. Navedeno prema: Vranješ, N., Đurić, V., *Op. cit.*, str. 343–344.

⁴⁸ Vidjeti na: <http://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/muls/Pages/default.aspx>, 30.08. 2018. godine.

5. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Bosne i Hercegovine i Evropske unije (*Stabilisation and Association Agreement*)

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) je dodatni korak koji je EU projektovala i primjenjuje samo za zemlje Zapadnog Balkana (Albanija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Hrvatska, Kosovo, Makedonija i Srbija). Iako dodatan uslov, koje druge zemlje nisu imale, zemlje Zapadnog Balkana, shvatajući da je to njihov jedini put, prihvatile su SSP na samitu održanom u Zagrebu krajem 2000. godine, kada je SSP zvanično promovisan.⁴⁹

Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica (SSP), s jedne strane, i BiH, s druge strane, potpisan je u Luksemburgu sredinom juna 2008. godine. Međutim, SSP je stupio na snagu tek 1. juna 2015. godine, gotovo sedam godina nakon potpisivanja, odnosno četiri godine nakon što ga je 2011. godine verifikovala Francuska, među posljednjim u Evropskoj uniji. Implementacija SSP je kasnila iz razloga neispunjavanja dodatnih reformskih zahtjeva koje je pred BiH postavila EU.

Sporazum sadrži deset glava, a u dijelu koji nosi naziv Reforma javne uprave BiH se obavezala, između ostalog, na izradu 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.⁵⁰

Kao što su navedeni monitoring izvještaji konstatovali, veoma malo toga je ispunjeno.

6. Reformska agenda za BiH (2015-2018)

Reformska agenda za Bosnu i Hercegovinu za period 2015–2018. godina (Agenda)⁵¹ je strateški dokument koji je usvojen tokom 2015. godine, kao ishod inicijative dviju zemalja Evropske unije, Velike Britanije i Njemačke. U oblasti državne službe i upravljanja ljudskim resursima Agenda nalaže da će kandidati za zapošljavanje u državnu službu biti ocjenjivani na osnovu prethodno određenih kriterijuma kvalifikovanosti i rezultata testova

⁴⁹ Šire vidjeti: Mišević, T., *Pridruživanje Evropskoj uniji*, Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2009.

⁵⁰ *Article III, SAA*, p. 49, http://www.dei.gov.ba/dei/bih_eu/sporazum/glavni_text/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA, pristupljeno 29. 8. 2018.

⁵¹ <http://europa.ba/?p=36143>, 1. 9. 2018. godine.

kompetentnosti, a organi uprave će obezbijediti zapošljavanje najbolje rangiranih. Nadalje, naglašava se da će Savjet ministara BiH, entitetske vlade, vlade kantona i BD uvesti ograničenja na zapošljavanje u javnoj upravi sve dok revidirani kadrovski sistemi ne budu doneseni i provedeni (uključujući i korišćenje norme), a ukupan fond plata u javnom sektoru će biti zamrznut do donošenja revidiranog sistema određivanja plata na osnovu učinka.⁵²

Iako ambiciozno postavljeni, ciljevi Agende nisu realizovani. Okvir kompetencija za selekciju državnih službenika je uveden kod selekcije državnih službenika i rukovodećih državnih službenika na nivou zajedničkih institucija BiH⁵³, dok je na ostalim nivoima ostao prijašnji pristup, pri čemu Republika Srpska nema ni jedan dodatni alat provjeravanja kompetencija izuzev usmenog intervjua. Takođe, uprkos formalnom ograničenju zapošljavanja u javnoj upravi, inflacija javnih konkursa i stalno zapošljavanje i dalje su prisutni, naročito na nivou zajedničkih institucija, što se može sagledati kroz broj raspisanih konkursa.⁵⁴ Takođe, sistem plata po osnovu učinka nije projektovan ni implementiran ni na jednom upravnom nivou u BiH.

7. ReSPA studija Optimizacija javne uprave u zemljama Zapadnog Balkana

Regionalna škola javne uprave ReSPA (*Regional School of Public administration*)⁵⁵ je u svrhu analize i predlaganja mjera zemljama članicama izradila komparativnu studiju pod nazivom *Optimizacija javne uprave u zemljama Zapadnog Balkana*. „Optimizacija javne uprave može se definisati kao proces ili metodologija putem koje se javna uprava dovodi u stanje pune funkcionalnosti, odnosno čini što je moguće efektivnijom“.⁵⁶

⁵² <https://europa.ba/wp-content/uploads/2015/09/Reform-Agenda-BiH.pdf>, pristupljeno: 28. 8. 2018. godine.

⁵³ Vidjeti: *Pravilnik o karakteru i sadržaju javnog konkursa, načinu provođenja intervjua i obrascima za provođenje intervjua*, „Službeni glasnik BiH“, br. 63/16.

⁵⁴ Poređenja radi, tokom mjeseca avgusta, Agencija za državnu službu BiH raspisala je tri javna i tri interna konkursa. Pri čemu se javnim konkursom planira popuniti čak sedam mjesta u državnoj službi. Vidjeti: http://www.ads.gov.ba/v2/index.php?option=com_content&view=category&id=41&Itemid=61&lang=bs, 1. 9. 2018. godine.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ *The Optimization of Public Administration in the Western Balkan Region, Comparative Study with Baseline Analysis*, ReSPA, Danilovgrad, 2016, p. 149.

Navedena studija ističe sljedeće slabosti procesa optimizacije javne uprave u sistemu upravljanja ljudskim resursima: politizacija i ograničeni kapaciteti; mnogi zaposleni u javnoj upravi koji obavljaju ključne državne funkcije nemaju status državnih službenika; nepostojanje metodologije za utvrđivanje potrebnog broja državnih službenika i drugih zaposlenih u javnoj upravi; u praksi, postupci izbora i imenovanja višeg rukovodnog kadra ne garantuju zapošljavanje na osnovu zasluga; nepostojanje pouzdanog sistema za transparentan izbor isključivo zasnovan na profesionalnim kriterijumima (kompetencije); informacioni sistemi za upravljanje ljudskim resursima i centralni kadrovski registri nisu u potpunosti razvijeni; nepostojanje instrumenata za evaluaciju radnih mjesta kako bi se uspostavio pravičniji sistem zarada i naknada; nepostojanje strateškog planiranja stručnog usavršavanja i osposobljavanja u organima javne uprave i nepostojanje kriterijuma za ocjenu rezultata rada.⁵⁷

8. SIGMA izvještaji (oblast Upravljanje ljudskim resursima)

Analizirajući primjenu principa javne uprave u BiH, u svom izvještaju od 2017. godine, SIGMA konstatuje da ni jedan strateški dokument koji se bavi državnom službom i upravljanjem ljudskim resursima nije usvojen ni na jednom upravnom nivou. Nadalje, zapaža se da, uprkos postojanju adekvatnog normativnog oblika u pogledu obuke državnih službenika, u BiH i Republici Srpskoj nedostaju finansijska sredstva za realizaciju obuke, a realizovane obuke su mahom finansirane iz donatorskih sredstava.⁵⁸

Osvrćući se na vertikalni djelokrug državne službe, Izvještaj konstatuje da pozicije državnih službenika i namještenika nisu adekvatno podijeljene. Tako, u Republici Srpskoj, personal u finansijskoj službi ima status namještenika, što stvara problem u pogledu jednakosti sa ostalim personalom (pogotovo u platnim razredima). Takve varijacije između upravnih nivoa prouzrokuju praktične probleme kao što su mobilnost i dr.⁵⁹

Izvještaj kao manjkavost vidi i nepostojanje zasebnih jedinica za upravljanje ljudskim resursima, koje su uspostavljene u samo malom broju institucija na svim nivoima, a i one rijetko koriste moderne prakse upravljanja

⁵⁷ *Ibid.*, p. 152.

⁵⁸ *Monitoring Report: The Principles of Public Administration, Bosnia and Herzegovina*, SIGMA, November 2017 Paris, p. 73 and 93.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 78.

kao što su strateško planiranje, zapošljavanje zasnovano na kompetencijama, razvoj karijere i dr. Umjesto navedenih, dominiraju tzv. „kadrovski poslovi”, a nije ostvaren napredak ni u funkcionisanju informacionog sistema (IS) za upravljanje ljudskim kadrovima na bilo kom nivou upravne vlasti u BiH. Umjesto digitalnih rješenja, podaci vezani za upravljanje ljudskim resursima se ručno arhiviraju u štampanoj verziji.⁶⁰

Analizirajući postupak selekcije državnih službenika SIGMA konstatuje da se u BiH formiraju *ad hoc* komisije za izbor na svim nivoima koje treba da funkcionišu po principu nepristrasnosti i profesionalizma tokom postupka zapošljavanja. Problem je što u svim slučajevima, većina članova komisije za izbor dolazi iz institucije koja zapošljava. Drugi negativan efekt na profesionalnost je taj što članovi komisije nisu dovoljno pripremljeni ili obučeni da efikasno učestvuju u procesu odabira, a budući da se radi o *ad hoc* tijelima, stopa fluktuacije je prilično visoka. Svakako, to se negativno odražava na profesionalnost u procesu izbora.⁶¹ Nadalje, nalazi izvještaja ukazuju na nepostojanje pismenog testiranja prilikom selekcije kandidata u republičku upravu Republike Srpske, kao i na praksu zapošljavanja na određeno vrijeme koja je prisutna na svim nivoima uprave.⁶²

Iznos sredstava za obuku vrlo je nizak, te se institucije na svim upravnim nivoima i dalje oslanjaju na međunarodne donatorske fondove. Navedeno implicira da u budžetima ne postoji stabilno i dugoročno finansiranje koje bi moglo postati primarni izvor sredstava za obuku državnih službenika. Prem podacima SIGMA, prosječan godišnji iznos potrošen na obuku po državnom službeniku iznosi manje od 10 KM.⁶³ U pogledu ocjenjivanja državnih službenika kako na nivou BiH, tako i u Republici Srpskoj, postoji potpuna inflacija visokih ocjena. Tome u prilog govori podatak da je 98% ocijenjenih službenika dobilo dvije najveće ocjene,⁶⁴ što sam proces ocjenjivanja čini formalnim. Nadalje, ne postoji veza između učinka, ocjenjivanja i obuke, što bi u zbiru trebalo da čini lanac razvoja državne službe i državnih službenika.

Na kraju, SIGMA iznosi ključne preporuke koje dijeli na kratkoročne (1–2 godine) i srednjoročne (3–5 godina). Kratkoročne preporuke su da: „Savjet ministara i vlade FBiH i RS trebalo bi da predlože nove zakone o državnoj službi i podzakonske akte kako bi se obezbijedilo zapošljavanje rukovodećih i ostalih državnih službenika na osnovu stručnosti;

⁶⁰ *Ibid.*, p. 81.

⁶¹ *Ibid.*, p. 85.

⁶² *Ibid.*, p. 86.

⁶³ *Ibid.*, p. 93.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 93.

Vlada FBiH treba da otkloni pravne posljedice izmjena i dopuna Zakona o državnoj službi koje su stavljene van snage; nadležne institucije na svim nivoima treba da predlože jedinstvena pravila za priznavanje ulaznih ispita na svim nivoima uprave i Savjet ministara i vlade FBiH, RS i BD treba da obezbijede sredstva za finansiranje profesionalnog usavršavanja i obuke u državnoj službi⁶⁵. Srednjoročne preporuke nalažu da Savjet ministara i vlade FBiH, RS i BD usvoje izmjene i dopune odgovarajućih propisa kako bi postupak podnošenja prijave za kandidate za radna mjesta u državnoj službi bio jeftiniji i manje formalan i da Savjet ministara i vlade FBiH, RS i BD treba da obezbijede podršku i potrebne resurse za sveobuhvatnu analizu procjene radnih mjesta, kako bi se osigurala pravičnost i ujednačenost plata u javnoj službi. Najzad, preporučuje se da Savjet ministara, vlade FBiH, RS i BD treba da obezbijede političku podršku i resurse za promovisanje integriteta i prevenciju korupcije u državnoj službi.⁶⁶

Pored pomenutog SIGMA izvještaja iz 2017. godine, SIGMA je u prvoj polovini 2018. godine predstavila studiju pod nazivom „Analiza profesionalizacije rukovodećih državnih službenika i naredni koraci u državama Zapadnog Balkana“.⁶⁷ Studija predstavlja uporednu analizu praksi uprava na Zapadnom Balkanu i pravi razliku između dobrih praksi i onih koje ometaju razvoj profesionalizacije rukovodećih državnih službenika. Cilj studije jeste da doprinese izgradnji sistema selekcije rukovodećih državnih službenika (RDS) zasnovanog na zaslugama.

Ključni nalazi ove studije kada se govori o državnoj službi u institucijama BiH i Republici Srpskoj, mogu se svesti na sljedeće konstatacije i preporuke: potrebno je ispoštovati SIGMA preporuku da rukovodioci organa koja imaju izvršna ovlašćenja (direktno odgovorni ministru ili predsjedniku Vlade) budu u zvanju RDS; zapošljavanje RDS treba da bude na osnovu zasluga, a njihovi mandati treba da budu na neodređeno vrijeme ili mandati jasno definisanog trajanja koje je nezavisno od trajanja mandata trenutne vlade;⁶⁸ iako je zakonom propisano trajanje postavljenja vršilaca dužnosti (u RS, dva puta po 90 dana), postoje RDS koji su po nekoliko godina u statusu vršioca dužnosti; na konkurse za RDS prijavljuje se mali broj kandidata da li zbog slabe afirmacije konkursa ili zbog stava javnosti o „politički raspoređenim

⁶⁵ *Ibid.*, p. 97.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 97–98.

⁶⁷ Analysis of the Professionalisation of the Senior Civil Service and the Way Forward for the Western Balkans

SIGMA Paper, No. 55, Paris, 2018.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 36.

pozicijama“; kompletan postupak provođenja konkursnih procedura je „u rukama“ i „pod kontrolom“ rukovodioca, najčešće ministra ili Vlade (posebno u RS gdje Komisija od pet članova ima tri člana koje imenuje Vlada ili ministar); vrednovanje učinka i ocjenjivanje se svodi na formalnost male praktične vrijednosti budući da relacija između lošeg učinka i loše ocjene, s jedne strane, i otpuštanja iz državne službe, s druge strane, gotovo ne postoji; relacija između lošeg učinka i usavršavanja nije prepoznata; U RS i na nivou institucija BiH ocjenjivanje RDS se ne sprovodi iako je zakonska kategorija, takođe dvostepenost ocjenjivanja, koja je inače propisana za državne službenike, nije propisana za RDS.⁶⁹

Zaključak

Državna služba i državni službenici u institucijama BiH i u Republici Srpskoj kao i u ostatku BiH nalazi se u procesu stalne reforme. Reformski procesi su pod monitoringom i evaluacijom Evropske komisije, SIGMA kao i drugih institucija Evropske unije ili organizacija podržanih od strane Evropske unije.

U obilju principa, pokazatelja i reformskih smjernica, SIGMA principi se čine najkonkretniji. Njihovom operacionalizacijom moguće je reformisati državnu službu i ljudske resurse te konkretno mjeriti učinak reforme.

Prema svim izvještajima nezavisnih evaluatora, njihovim studijama i analizama, u BiH i Republici Srpskoj državna služba i njeni kadrovi predmet su snažne politizacije. Politizacija je najjače prisutna u procesu selekcije rukovodećih državnih službenika. Posebne slabosti državne službe i upravljanja ljudskim resursima nalazimo u sastavu komisija za izbor državnih službenika koje su pod uticajem politički imenovanih lica; neizgrađenom okviru kompetencija kako za kandidate tako i za članove komisija za selekciju; nedovoljnim budžetskim sredstvima za obuku državnih službenika; lošoj afirmisanosti ocjenjivanja; nepropisnom postavljenju vršilaca dužnosti; nepostojanju elektronskog sistema upravljanja kadrovima i dr.

Državna služba i državni službenici u BiH i Republici Srpskoj suočavaju se sa izazovom razgraničenja državnih službenika od politički imenovanih lica i uspostavljanjem principa da državnim službenicima rukovode rukovodeći državni službenici, umjesto politički imenovana lica. Takođe, potrebno je definisanje pojma i položaja rukovodećih i državnih službenika i namještenika

⁶⁹ *Ibid.*, p. 13, 57.

po vertikalnom i horizontalnom nivou kao i rješavanje problema dugotrajnog postavljenja vršioца dužnosti. Pored navedenih, ograničavanje i redefinisiranje rada na određeno vrijeme u državnoj službi te depolitizacija i neutralizacija (ograničenje) formalne političke diskrecije u postupku selekcije državnih službenika ostaju ključni izazovi. Najzad, kao buduće izazove vidimo i potrebu unapređenja analize učinka i njeno povezivanje sa obukama i napredovanjem, kao i potrebu strateškog upravljanje državnim službenicima u formalnom i institucionalnom pogledu.

Literatura

Košutić, B., Rakić, B., Milosavljević B., *Uvod u pravo evropskih integracija*, drugo izdanje, Pravni fakultet, Beograd, 2013.

Mišćević, T., *Pridruživanje Evropskoj Uniji*, Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2009.

Pusić, E., *Nauka o upravi*, XII izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 2002.

Tomić, Z., *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet i JP Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 159.

Vranješ, N., Ćurić, V., „Proces reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini – između očekivanog i postignutog“, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, (ur. Kuzmanović R.), Udruženje pravnikа Republike Srpske, br. 50/2017, str. 343.

Vranješ, N., *Službenički sistemi i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016, str. 129–130.

Methodological Framework for the Principles of Public Administration, SIGMA, Paris, 2017.

Meyer-Sahling.: *Civil Service Professionalisation in the Western Balkans*, SIGMA Papers, No. 48.

Monitoring Report: The Principles of Public Administration, Bosnia and Herzegovina, SIGMA, Paris, November 2017.

Analiza provođenja Strategije reforme javne uprave – radni nacrt, PARCO u saradnji sa Good Governanace Fund Ambasade UK i SIGMA, Sarajevo, 2016.

Analysis of the Professionalisation of the Senior Civil Service and the Way Forward for the Western Balkans, SIGMA Paper, No. 55, Paris, 2018.

Commission Staff Working Document, Bosnia and Herzegovina 2018 Report, Đurić, V., Vranješ, N., Vrste i pravna priroda akta o prijemu i postavljenju državnih službenika, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, (ur. Kuzmanović R.), Udruženje pravnik Republike Srpske, br. 42/2015.

Human Resource for EU Membership: What Policies in the Western Balkans, (Ed. Lazarević M.), Deutsche Gesellschaft für Internationale (GIZ) GmbH, Sarajevo, 2014.

Izveštaji o napretku Bosne i Hercegovine, 2005-2018. godina, Komisija Evropskih zajednica i Evropska komisija, Brisel.

The Optimization of Public Administration in the Western Balkan Region, Comparative Study with Baseline Analysis, ReSPA, Danilovgrad, 2016.

The Principles of Public Administrations, SIGMA, Paris, 2017.

Pravilnik o karakteru i sadržaju Javnog konkursa, načinu provođenja intervjua i obrascima za provođenje intervjua, „Službeni glasnik BiH“, br. 63/16.

Uredba o radnim mjestima državnih službenika, „Službeni Glasnik RS“, br. 18/09 i 131/10.

Uredba o radnim mjestima namještenika, „Službeni Glasnik RS“, br. 18/09.

Zakon o administrativnoj službi u upravi Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 16/02, 62/02, 38/03, 49/06 i 20/07.

Zakon o državnim službenicima, „Službeni glasnik RS“, br. 118/08, 117/11, 37/12 i 57/16.

Zakon o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine, „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, 40/12 i 93/17.

Zakon o državnoj upravi, „Službeni glasnik srpskog naroda u BiH“, br. 55/92.

Zakon o radnim odnosima u državnim organima, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 11/94, 96/03 i 6/97.

<https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20180417-bosnia-and-herzegovina-report.pdf>, 20.08. 2018. godine.

<http://europa.ba/?p=36143>, 01.09. 2018. godine.

http://www.ads.gov.ba/v2/index.php?option=com_content&view=category&id=41&Itemid=61&lang=bs, 01.09. 2018. godine.

http://www.dei.gov.ba/dei/bih_eu/sporazum/glavni_text/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA, pristupljeno 29.08. 2018.

http://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2017/11/Recommendation_No_R20006.pdf, 28.08. 2018. godine.

<http://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/muls/Pages/default.aspx>, 30.08. 2018. godine.

<https://europa.ba/wp-content/uploads/2015/09/Reform-Agenda-BiH.pdf>, 28.08. 2018. godine.

STATE SERVICE AND HUMAN RESOURCES MANAGEMENT IN THE INSTITUTIONS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE REPUBLIC OF SRPSKA - EXTERNAL EVALUATION AND FUTURE CHALLENGES

**Nevenko Vranješ, Associate Professor
Vladimir Đurić, PhD**

Conclusion

The public service and civil servants in the institutions of BiH and the Republic of Srpska, as well as in the rest of BiH, are in the process of continuous reform. Reform processes are being done under the monitoring and evaluation of the European Commission, SIGMA and other EU institutions or organizations supported by the European Union.

* Associate Professor Faculty of Political Science, University in Banja Luka

** Professor at Institute of Comparative Law, Belgrade

In the abundance of principles, indicators and reform guidelines, SIGMA principles appear to be the most concrete. Through their operationalization, it is possible to reform the civil service and human resources, and to measure the effect of the reform in concrete terms.

According to all reports of independent evaluators, their studies and analyzes, in BiH and the Republic of Srpska, the public service and its personnel are subject to strong politicization. Politicization is most strongly present in the process of selection of senior civil servants. The particular weaknesses of the civil service and human resources management are found in the selection of civil servants that are under the influence of politically appointed persons; an uncompleted framework of competencies for candidates as well as for selection committee members; insufficient budgetary resources for the training of civil servants; poor affirmation of assessment; an improper appointment of the acting staff; lack of electronic personnel management system, etc.

The public service and civil servants in BiH and the Republika Srpska face the challenge of differentiating civil servants from politically appointed persons and establishing the principle that would allow civil servants to be managed by top civil servants rather than politically appointed persons. Also, it is necessary to define the concept and position of senior civil servants and civil servants and support staff at the vertical and horizontal level, as well as to solve the problem of the long-term appointment of the acting heads. In addition, the limitation and redefinition of fixed-term work in the civil service, and the depoliticization and neutralization (limitation) of formal political discretion in the process of selection of civil servants remain key challenges. Finally, as future challenges, we see the need to improve the impact analysis and its linkage to training and promotion as well as the need for strategic management of civil servants in formal and institutional terms.

Key words: *state service, civil servants, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina, reform, politicization and SIGMA.*

МУЛТИЛАТЕРАЛНА ИНИЦИЈАТИВА ПАРТНЕРСТВО ЗА ОТВОРЕНУ УПРАВУ СА ОСВРТОМ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

Анђелка Плавшић Нешић*

***Апстракт:** Посебан значај и актуелност има Партнерство за отворену управу (ПОУ), које представља добровољну и највећу мултилатералну иницијативу из области отворене управе, а Република Србија у њој учествује, као пуноправан члан, од 2014. године. Основне вредности које ПОУ промовише су: борба против корупције и јачање демократских институција, учешиће јавности, слобода информисања, фискална транспарентност, ефикасне услуге за грађане, привреду и друге субјекте и дигитализација и отварање података (open data), ради јачања система управљања. Министарство државне управе и локалне самоуправе надлежан је орган за обавезе РС у ПОУ. Тако је РС донела одговарајуће акционе планове за спровођење иницијативе ПОУ, као и извештаје о напретку, које је сачинио Независни механизам за извештавање. У том смислу постигнути су одређени резултати у оквиру примене, унапређења и развоја отворене управе (е-Управе, одн. е-Услуга), тако да се РС убрзано трансформисало у модерну државу која жели да грађанима, привреди и другим субјектима омогући транспарентне, лако доступне и ефикасне јавне услуге.*

***Кључне речи:** државна управа, мултилатерална сарадња, партнерство, отворена управа, Република Србија.*

Данашње време је доба глобализације и друштвених, политичких и економских процеса и транзиције појединих држава и динамичних, свеобухватних и суштинских промена у међународној заједници,

* Виши саветник у државној управи у пензији, Владислава Бајчевића бр. 1, 11000 Београд, Република Србија, e-mail: anplavsic@gmail.com

друштву и држави. С тим у вези, посебан значај има и примена високих техничко-технолошких достигнућа, савременог начина пословања и информисања, менаџмента, информационих и телекомуникационих технологија, као и експлозије информација, експанзије комуникација, перманентног образовања и стручног усавршавања и премоћи знања и вештина. Зато се, у том контексту, процеси и трендови савременог пословања заснивају на управљању – менаџменту и примени електронских/информационих система и апликација у свим сферама друштвеног деловања, па је, у том смислу, неопходно и управљање и увођење е-Управе/е-Услуга у области управног система, тј. органа државне управе, односно извршне власти и владе, с обзиром на значај, улогу, функције и надлежности које имају у модерној држави.

Дакле, савремена државна/јавна управа, као сервис грађана, привредних и других субјеката, треба да се, на основу начела правне државе и владавине права, нарочито заснива на: стратегији реформе (системско, нормативно, функционално, организационо и кадровско унапређење и развој управног система), деполитизацији, рационализацији, професионализацији, компетентности, новом јавном менаџменту, електронској управи и стандардима и правним тековинама Европске уније. Тако, због важности функционисања деполитизованог и професионалног система јавне власти, у функцији управљања променама, реформе, унапређења, одрживог развоја и модернизације државне управе и јачања капацитета њених органа, поред осталог, посебан значај и актуелност имају и добро управљање и отворена управа у свим виталним друштвеним областима, као битни елементи стратешких, системских, интегралних и комплементарних сегмената рационалног, ефикасног и ефективног управног система у целини.

У XXI веку је, поред друштвених збивања на државним нивоима, у сваком погледу, изражена глобална међузависност и повезаност. Зато основе доброг управљања¹ системом власти, односно државном управом подразумевају и партиципацију грађана, цивилног друштва/сектора и других интересних група у друштвене и политичке процесе, посебно кроз њихово информисање, доступност података (open data), консултовање и ангажовање, ради обезбеђења веће отворености институција јавне власти, односно транспарентнијег и ефикаснијег доношења и спровођења начина одлучивања. С тим у вези, у међународној

¹ Видети више: Приручник за добро управљање (уредник: Инес Перко Шепаровић), Хрватски правни центар, Загреб, 2006. и Public Administration and Good Governance <http://www.atc-consultants.com/publicadministration-goodgovernance.html>

заједници је успостављена мултилатерална иницијатива Партнерство за отворену управу (Open Governance Partnership – OGP).

1. Основе Партнерства за отворену управу

У Вашингтону је 12. маја 2011. године одржан међународни састанак на високом нивоу, уз учешће представника највиших државних институција и организација цивилног друштва више од шездесет држава, на којем је представљена мултилатерална иницијатива Партнерство за отворену управу (у даљем тексту: ПОУ/Партнерство).² Глобална мултилатерална иницијатива ПОУ заступа транспарентност и отвореност рада институција јавне власти, односно државне управе, укључивање и оснаживање грађана и цивилног друштва, борбу против корупције и коришћење нових технологија за побољшање квалитета јавних услуга које државна управа пружа грађанима. Тада је потписано Партнерство, од стране осам држава, које су постале чланице Управног одбора ПОУ.³ Партнерство је формално успостављено 20. септембра исте године, на маргинама заседања Генералне скупштине Организације уједињених нација, које се заснивало на америчкој Директиви о отвореној власти (Open Government Directive)⁴ из 2010. године, а тада је потписана и Декларација о Партнерству за отворену управу⁵ и најављени су национални акциони планови држава чланица Управног одбора.

Мултилатерална иницијатива ПОУ се, сагласно Декларацији, залаже за поштовање начела садржаних у Универзалној декларацији Уједињених нација о људским правима⁶, Конвенцији Уједињених нација против корупције⁷ и другим релевантним међународним документима о људским правима и добром управљању. У Декларацији се државе чланице

² Портал ПОУ садржи све националне акционе планове и Декларацију принципа. Пружа основне информације о мисијама Партнерства, начину управљања и приступима и доприноси стварању интерактивне заједнице отворених влада и управа, које имплементирају позитивна искуства и најбоље праксе.

<https://www.opengovpartnership.org>.

³ Бразил, Филипини, Индонезија, Јужноафричка Република, Мексико, Норвешка, САД и Велика Британија.

⁴ Чланови Управног одбора су представници влада и цивилног друштва.

⁵ <https://www.whitehouse.gov/sites>

⁶ <http://www.atc-consultants.com/publicadministration-goodgovernance.html>

⁷ <http://www.poverenik.rs>

⁷ “Сл. лист СЦГ – Међународни уговори”, бр. 12/05

заједно опредељују за: 1) проактивно повећање доступности података о активностима институција јавне власти (владе и органа државне управе); 2) подстицај учествовања јавности, односно свих грађана равноправно и без дискриминације у процесу доношења одлука и утврђивању јавних политика; 3) спровођење највиших етичких стандарда професионалног интегритета у оквиру државне управе (нарочито антикорупцијска политика, транспарентност у управљању јавним финансијама и набавкама и јачање владавине права) и 4) повећање приступа новим технологијама, ради отворености и одговорности институција јавне власти, могућности размене информација, учествовања јавног мњења и сарадње грађана и цивилног друштва.

Да би држава постала чланица Партнерства, мора да прихвати Декларацију, донесе национални акциони план, уз јавне консултације цивилног друштва и обавезе се на независно извештавање о напретку и спровођењу мера овог плана. Мултилатерална иницијатива ПОУ је 2013. године имала око 60 држава чланица, а број нових чланица је у порасту сваке године, тако да 2018. износи преко 80.

Основна начела ПОУ су: 1) транспарентност – информације о активностима и одлукама владе и органа државне управе су отворене, садржајне, благовремене, доступне јавности и задовољавају основне стандарде начина информисања; 2) учешће грађана – владе и органи државне управе настоје да се грађани и цивилни сектор укључе у јавне дебате и дају свој допринос, што омогућава респонзивнију, иновативну и ефективнију јавну власт; 3) одговорност – усвојена правила, прописи и механизми који позивају институције власти да оправдају своје активности, делују на критике или захтеве јавности и прихватају одговорност за пропусте у вршењу функција јавне власти, у складу са позитивним прописима и преузетим обавезама и 4) технологије и иновативност – владе и органи државне управе прихватају важност да се грађанима омогући слободан приступ технологијама и улогама нових достигнућа у подстицању иновација, као и значај подизања капацитета грађана, привреде и других субјеката за коришћење примењених технологија.

Обавезе које прихватају државе чланице ПОУ су структуриране у оквиру пет основних – великих изазова институција јавне власти, са којима се државе суочавају. У првој години чланства од држава се очекује да изаберу бар један од тих изазова и утврде конкретне мере и активности на националном/локалном нивоу, за који процењују да га могу остварити. Следећи су заједнички изазови: 1) побољшање пружања јавних

услуга – унапређење широког спектра јавних услуга, укључујући здравствену и социјалну заштиту, образовање, испоруку електричне енергије, водоснабдевање, телекомуникације и друге релевантне услуге, кроз унапређење рада државне управе и иновације у приватном сектору; 2) повећање интегритета јавних служби – сузбијање корупције у обављању јавних послова, слободан приступ јавним информацијама, реформа система финансирања изборне кампање, слобода рада медија и цивилног друштва; 3) ефикасније управљање јавним ресурсима – државни буџет, јавне набавке, природни ресурси и инострана помоћ; 4) успостављање одговорнијих и ефикаснијих јавних служби – посебно служби јавног реда и мира и ефикасан одговор надлежних органа на кризе, природне и еколошке катастрофе и непогоде и 5) повећање одговорности предузећа и других привредних субјеката – за питања очувања, унапређења и одрживог развоја животне средине, сузбијања корупције, заштите потрошача и укључивања грађана и цивилног сектора у решавање проблема локалне самоуправе.

Потенцијалне државе чланице иницијативе ПОУ морају да икажу посвећеност начелима отворене управе, кроз прихватање минималних стандарда у четири основне области, који се мере објективним показатељима вреднованих од стране независних експерата: 1) фискална транспарентност – благовремено објављивање основних буџетских докумената, ради успостављања фискалне одговорности и јавности буџетског система; 2) приступ информацијама од јавног значаја – усвојени прописи у тој области, који гарантују право јавности на доступност и приступ подацима и информација институција јавне власти, што је предуслов напретку према отворености рада јавне власти; 3) јавност имовинских карата функционера и руководећих државних службеника – доношење прописа, који омогућавају јавно објављивање и увид у приходе и имовину ових лица, посебно оних који врше послове на сузбијању корупције и криминалитета и 4) укључивање грађана и цивилног друштва – подразумева да је отворена управа спремна за њихово учествовање у процесе доношења и спровођења одлука и јавних политика и заштите грађанских права и слобода.

Поступак укључивања нових држава чланица у ПОУ спроводи се у седам етапа: 1) испуњавање минималних услова – у наведене четири области и исказивање спремности на прихватање пет заједничких основних изазова Партнерства; 2) обавештавање Управног одбора о намери укључивања у Партнерство – упућивање писма о намери, које се

објављује на порталу ПОУ; 3) организовање широке расправе – да би држава обавестила о својим обавезама у ПОУ и оснивање форума са више учесника, који ће обављати редовна саветовања и консултације о спровођењу обавеза; 4) израда годишњег националног акционог плана – са конкретним мерама и активностима, који ће се односити на најмање један од пет основних изазова, с тим да се може користити експертиза у склопу механизма умрежавања у оквиру ПОУ иницијативе, јер мрежни систем помаже државама да се повежу са информационим системима, ресурсима и технологијама, који су неопходни за испуњавање обавеза и даљи развој; 5) учествовање у саветовању са Управним одбором и другим државама чланицама о нацрту националног акционог плана, ради подстицања размене добре праксе, иновација и постизања високих стандарда; 6) јавно потврђивање прихватања Декларације о отвореној управи и објављивање усвојеног националног акционог плана на порталу ПОУ и 7) објављивање извештаја о самопроцени напредовања у спровођењу ПОУ, уз сарадњу са независним експертом – у року од три месеца после истека године дана од спровођења националног акционог плана.

На основу изложеног, може се закључити да државе чланице, приступањем мултилатералној иницијативи ПОУ, прихватају основне вредности Партнерства, које изражавају: 1) свест о потреби за отвореном управом – да грађани желе отворену јавну власт, учешће у јавном животу и институције власти које ће бити транспарентне, одговорне, ефикасне и заинтересоване за потребе грађана; 2) индивидуални приступ у Партнерству – да свака држава чланица изабере сопствени приступ учествовања, у складу са државним интересима, приоритетима, друштвеним и другим околностима и потребама грађана и цивилног друштва; 3) одговорно испуњавање обавеза – прихватање одговорности и обавеза у утврђеним областима деловања ПОУ и 4) одговорност у сарадњи са грађанима и цивилним сектором и промоција транспарентности – заступање начела отворености јавне власти, ради постизања друштвеног прогреса, односно вишег нивоа благостања, добробити и људског достојанства.

У том смислу, посебно је значајно истаћи и предности држава чланица, као и грађана и цивилног друштва учешћем у ПОУ. Наиме, то се првенствено односи на следеће: 1) заједнички рад институција јавне власти и цивилног друштва, на основу начела кооперативности и сарадње; 2) позитиван ефекат у афирмацији и подизању угледа државе у међународној заједници; 3) унапређење и развој пословања и функционисања владе и

органа државне управе у појединим виталним друштвеним областима и секторима; 4) приступ међународним стандардима и начелима модерне државне управе и доброј пракси, знању и вештинама, информацијама, искуству, теоријским и технолошким достигнућима, ресурсима и другим релевантним елементима у успешном вршењу јавне власти; 5) имплементација основних алата доброг управљања државном управом, путем информисања, консултовања, ангажовања независних експерата и мрежног система Партнерства,⁸ са циљем обезбеђења веће отворености и ефикасности јавне власти и највећих стандарда професионалног интегритета; 6) могућност успостављања боље сарадње и поверења између институција власти и грађана и цивилног друштва; 7) остваривање права грађана на информисање и приступ подацима и информацијама од јавног значаја о раду органа државне управе и других институција власти, односно проактивно пружање информација заинтересованим грађанима у облицима који су лако разумљиви и прилагођени за коришћење јавног мњења; 8) примена и унапређење информacionих и телекомуникационих технологија у процесу доброг управљања управним системом; 9) аутономни капацитет грађана, односно регресирање грађана и цивилног сектора као друштвене праксе, у процесу одлучивања и спровођења јавних политика, доприноси побољшању квалитета и компетентности вршења власти и повећању поверења грађана у државне институције; 10) партнерство државних институција, грађана, цивилног друштва и других интересних група омогућава изградњу отворене и одговорне власти и успостављање основа за бољу демократску атмосферу и консолидацију друштвених односа и 11) ПОУ треба да прерасте у глобалну културу отворене управе, која унапређује идеале отвореног и партиципативног друштвеног развоја XXI века.

Партнерство за отворену управу је, 2016. године, на глобалном самиту у Паризу одлучило да прошири своје активности и на локалном нивоу власти, па је тако примењен пилот програм, у којем је учествовало 15 регионалних и локалних власти, које су донеле акционе планове, са реализацијом у 2017. години. Један од главних разлога ширења Партнерства на локални ниво јесте чињеница да се највећи део одлука доноси у локалној самоуправи, јер је пружање јавних услуга ове администрације

⁸ Мрежни систем повезује владе држава чланица Партнерства, пружајући им експертску сарадњу и помоћ за одређене области, ради постизања иновативности, дефинисања или селекције конкретних обавеза или опција отворене управе. Управни одбор ПОУ управља мрежним механизмом. Наиме, када влада државе чланице затражи помоћ и инструкције, додељује се менаџер за појединачни пројекат, који сарађује са владом кроз процес умрежавања, са циљем успешног ангажовања и имплементације националног акционог плана.

најближи грађанима. Осим тога, локални ниво власти има потенцијала да буде респонзивнији на потребе грађана, флексибилнији и мање бирократски оптерећен, него власт на државном нивоу. Иницијативе које имају за циљ повећање отворености и транспарентности свих нивоа власти у локалној самоуправи потенцијално генеришу већи утицај, поседују бољу видљивост и једноставнији су за мониторинг.

2. Република Србија у партнерству за отворену управу

Државе региона, односно Република Хрватска, Црна Гора, БЈР Македонија и Република Албанија су се 2012, а Република Србија⁹ и Босна и Херцеговина 2014. године, придружиле мултилатералној иницијативи Партнерство за отворену управу, као новом глобалном изазову, са обавезама на имплементацију конкретних мера, активности и деловања у прокламованим областима јавне власти, који су утврђени у националним акционим плановима.¹⁰

⁹ Видети више: Отворена управа у Србији, Центар за европске политике, Београд, 2015, Отворена управа – достигнућа и изазови, Центар за европске политике, Београд, 2017; Владимир Каћански, *Електронска управа – технологије, сервиси и безбедност* (мастер рад), Универзитет Сингидунум, Београд, 2015; Бојан Влашки, „О присуству и примјени европских начела добре управе у позитивном праву Републике Српске“, *Модерна управа*, бр. 9/10, Агенција за државну управу, Бања Лука, 2013; Предраг Димитријевић, „Електронска управа и информационо друштво“, *Модерна управа*, бр. 2/09, Агенција за државну управу, Бања Лука, 2009; Младен Радивојевић, „Е-Управа пут до задовољног корисника“, *Модерна управа*, бр. 2/09, Агенција за државну управу, Бања Лука, 2009; Леонид Стоименов, Наташа Вељковић и Сања Богдановић Димић, *Развој е-Управе у Србији – трендови и изазови, као последица примене нових технологија*, Зборник радова ISDOS, Београд, 2010 и портал Отворена управа Министарства државне управе и локалне самоуправе, <http://www.mduls.gov.rs>

¹⁰ Акциони план је документ којим држава чланица, у консултацији са цивилним друштвом, утврђује и реализује конкретне обавезе које сама дефинише, ради остваривања унапређења и реформе система власти, у оквиру отворене владе и државне управе. Оптимална израда овог националног плана подразумева примену SMART (Specific, Measurable, Actionable, Relevant, Timebound) критеријума, чиме свака мера и активност треба да се заснива на специфичности, мерљивости, спроводљивости, релевантности и временској одређености. Национални акциони план, који се може изменити/унапредити, у складу са потребама и друштвеним околностима, садржи обавезе које се нарочито односе на: 1) јавне политике, 2) актуелне и планиране реформе, 3) постојеће и нове пројекте, 4) програме, мере и активности и 5) нове изазове у изабраним основним подручјима ПОУ, са утврђеним ресурсима, циљевима, начином реализације, носиоцима активности и роковима.

После одређеног циклуса имплементације акционог плана, влада објављује извештај о напретку (самопроцена), којим се процењује ефикасност у спровођењу обавеза, сходно садржају и роковима, који је доступан на порталу Партнерства. Као допуна извештаја о самопроцени, саставља се и независан нацрт извештаја о процени, који припремају експерти и достављају га владама ПОУ на коментаре, после чега га локални експерти финализују и, такође, објављују на овом порталу.

ПОУ иницијатива се, у оквиру сарадње јавне власти и цивилног друштва, заснива и на принципима доброг управљања и отворене управе, а у циљу обезбеђења пуне примене начела владавине права и правне сигурности и јавности, одговорности, економичности и ефикасности функционисања државне управе. Влада Републике Србије (у даљем тексту: Влада) препознала је ову мултилатералну иницијативу, која је у потпуности у складу са одређењима Владе, као добру основу за спровођење општег циља даље реформе државне управе. Наиме, Партнерство подразумева и обезбеђење високог квалитета пружања услуга грађанима, привредним субјектима и другим корисницима, као и унапређење и развој управног система који ће, поред осталог, значајно допринети и економској стабилности државе и повећању животног стандарда грађана.

У складу са утврђеним реформским одређењима, у Републици Србији су предузете мере за превазилажење институционалних, организационих, функционалних, кадровских и процедуралних недостатака на свим нивоима државне управе. С тим у вези, донета су одређена реформска стратешка документа, са акционим плановима за њихово спровођење (нпр. државне управе, стручног усавршавања државних службеника, е-управе, информационог друштва, система јавног информисања, борбе против корупције и др.), чије су области, мере и активности у вези са остваривањем основних принципа Партнерства, а њихова реализација је значајно допринела унапређењу остваривања права и интереса грађана. Донети су, такође, и одређени закони и подзаконски прописи, којима је успостављен нормативни оквир за унапређење транспарентности рада и одговорности при обављању послова државне/јавне управе, као и етички стандарди рада запослених у органима државне управе и другим институцијама јавне власти. Тако су обезбеђени услови да управни систем може ефикасно, делотворно, професионално и стручно да буде у функцији остваривања потреба грађана и пружања квалитетнијих јавних услуга, у складу са принципима и стандардима доброг управљања и електронске и отворене управе.

Осим тога, у циљу подстицања сарадње органа државне управе са цивилним сектором, Влада је, као своју службу, основала Канцеларију за сарадњу са цивилним друштвом (у даљем тексту: Канцеларија).¹¹ Године 2017. основана је Канцеларија за информационе технологије и е-Управу,¹² која је преузела права, обавезе, предмете, опрему, и средства

¹¹ Уредба о Канцеларији за сарадњу са цивилним друштвом ("Сл. гласник РС", бр. 26/10)

¹² Уредба о оснивању Канцеларије за информационе технологије и е-Управу ("Сл. гласник РС",

рада и архиву насталу у раду Дирекције за електронску управу, која је тада престала да ради.

Влада је 16. марта 2012. године усвојила Закључак о приступању Републике Србије Партнерству за отворену управу и послала о томе писмо намере Управном одбору ПОУ. Дакле, тада је Република Србија испунила критеријуме и минималне услове у четирима основним областима од интереса за чланство у Партнерству, и то на темељу: 1) реализације основних реформи државне управе; 2) транспарентних јавних финансија; 3) спровођења Закона о приступу информацијама од јавног значаја,¹³ Закона о Агенцији за борбу против корупције¹⁴ и Закона о Државној ревизорској институцији¹⁵ и 4) оснивања независних регулаторних тела.

На предлог тадашњег Министарства спољне и унутрашње трговине и телекомуникација,¹⁶ Влада је, 25. априла 2013. године, усвојила Акциони план у склопу приступања Републике Србије Партнерству за отворену управу за 2013. годину,¹⁷ који је представљао обједињене активности утврђене стратешким и програмским документима Владе. Акционим планом били су постављени главни циљеви и смернице за унапређење деловања државне управе и повећање њене транспарентности, којим су предвиђене и активности у вези са већим укључивањем грађана, цивилног друштва и привредних субјеката у оквиру процеса јавних политика. Један од битних сегмената је и успостављање механизма за сарадњу цивилног друштва и невладиног сектора са институцијама власти у поступку креирања и унапређења отворене управе.

Сагласно утврђеним обавезама, Република Србија постала је држава чланица Партнерства 2014, а Влада је 25. децембра исте године, на предлог Министарства државне управе и локалне самоуправе, усвојила Акциони план за спровођење иницијативе Партнерства за отворену управу Републике Србије за 2014. и 2015. годину (у даљем тексту: Акциони план).¹⁸ Ово министарство надлежно за послове државне управе је,

бр. 73/17). Ова канцеларија је већ у првој години рада освојила Награду за развој информационог друштва, коју додељује Светски самит о информационом друштву, у конкуренцији од 685 пријављених пројеката.

www.ite.gov.rs

¹³ “Сл. гласник РС”, бр. 12/04, 54/07, 104/09 и 36/10

¹⁴ “Сл. гласник РС”, бр. 97/08 и 53/10

¹⁵ “Сл. гласник РС”, бр. 101/05, 57/07 и 36/10

¹⁶ www.msutt.gov.rs

¹⁷ Видети: Закључак о усвајању Акционог плана у склопу приступања Републике Србије Партнерству за отворену управу за 2013. годину (“Сл. гласник РС”, бр. 38/13) и овај акциони план. www.msutt.gov.rs

¹⁸ www.mduls.gov.rs

према плану, крајем 2015. године известила Управни одбор Партнерства о спровођењу Акционог плана.

Од пет великих изазова, Влада се определила да у Акционом плану посебну пажњу посвети јачању јавног интегритета и ефикасном управљању јавним ресурсима. У овом плану су нарочито садржане теме и активности у вези са континуираним остварењем једног од главних циљева – отвореност у управљању јавним пословима, па се тако потенцира унапређење: 1) фискалне транспарентности; 2) превенције и борбе против корупције; 3) система ефикасне заштите узбуњивача; 4) системске функције контроле државне управе; 5) приступа информацијама – унапређење портала е-Управе; 6) транспарентности у раду органа државне управе; 7) увођења нових технологија, ради побољшања пружања услуга грађанима, привредним и другим субјектима; 8) учешћа јавности и сарадње са организацијама цивилног друштва и 9) партиципације грађана у пословима локалне самоуправе и организација цивилног друштва у праћењу државне управе,

У вези са применом принципа отворене управе и израдом акционог плана, значајно је истаћи да је већ у Стратегији реформе државне управе у Републици Србији из 2004. године,¹⁹ као првом реформском документу Владе у транзиционом периоду, указано на потребу потпуне примене начела отворене управе, као неопходном стандарду у функционисању и раду државне управе. Примена овог принципа омогућава да се у креирању и спровођењу јавних политика Владе, поред органа државне управе и других институција власти, укључе и све заинтересоване стране, нарочито грађани и организације цивилног друштва. Континуитет у реформи државне управе настављен је и у наредном периоду. Влада је, 2014. године, донела и Стратегију реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2015. до 2017. године,²⁰ у којој се, такође, регулише активно учешће грађана у формулисању и спровођењу јавних политика, што је један од основних услова транспарентности рада државне управе, а донет је и одређени нормативни оквир за увођење е-Управе.²¹

¹⁹ www.vlada.gov.rs/strategije

²⁰ “Сл. гласник РС”, бр. 9/14 и 42/14 – исправка

Видети: Стратегију реформе јавне управе за период од 2015. до 2017. године, Стратегију развоја електронске управе у Републици Србији (2015–2018), Стратегију развоја информационог друштва у Републици Србији до 2020. године, као и Стратегију регулаторне реформе и унапређења система управљања јавним политикама, са одређеним акционим плановима. www.vlada.gov.rs/strategije

²¹ Закон о електронским комуникацијама (“Сл. гласник РС”, бр. 63/14), Закон о електронском документу, идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (“Сл. гласник РС”, бр. 94/17), Закон о електронској управи (“Сл. гласник РС”, бр. 27/18) и Уредбу о канцеларијском пословању у органима државне управе (“Сл. гласник РС”, бр. 40/110 и 42/17).

У циљу јачања сарадње органа државне управе и цивилног сектора, на предлог Канцеларије, Влада је донела Закључак о усвајању Смерница за укључивање организација цивилног друштва у процес доношења прописа.²² Овакав поступак доношења и праћења примене прописа, ради остваривања њиховог делотворнијег и ефикаснијег спровођења, такође значајно доприноси унапређењу и развоју отворене управе.

У смислу учешћа организација цивилног друштва у изради Акционог плана, постигнут је договор о начину рада на његовој припреми. Наиме, радне верзије Акционог плана, које је припремала Пројектна група (представници релевантних органа државне управе) објављиване су на веб-сајтовима ресорног министарства (претходног Министарства правде) и садашњег Министарства државне управе и локалне самоуправе,²³ као и Канцеларије, заједно са позивима свим организацијама цивилног друштва да доставе своје предлоге и сугестије за унапређење садржине овог плана, а они који су били релевантни и аргументовани постали су саставни део текста.

Ради што ефикасније припреме за састанке и прецизнијег дефинисања обавеза и приоритета које обухвата акциони план, надлежно министарство је припремило одређена документа: 1) Упутство за израду акционог плана; 2) Водич за вредности иницијативе Партнерства за отворену управу; 3) Препоруке Независног механизма за извештавање, које су израђене на основу извештаја о процени спровођења првог Акционог плана; 4) Програме рада консултативних састанака и 5) Образац за дефинисање обавеза који ће се користити на састанцима.

С тим у вези, Министарство реализује активности на изради Акционог плана за спровођење иницијативе Партнерство за отворену управу у Републици Србији за период од 2016. до 2017. године,²⁴ који је Влада усвојила закључком у новембру 2016. године. У том циљу основана је Посебна међуминистарска радна група, коју чине представници органа државне управе, служби Владе Републике Србије, посебних организација, независних државних органа, Народне скупштине Републике Србије, Привредне коморе Србије, као и представници шест организација цивилног друштва. Због што ширег консултативног процеса и укључивања свих заинтересованих организација цивилног друштва

²² “Сл. гласник РС”, бр. 90/14

²³ *Supra* note 18

Видети члан 10 Закона о министарствима (“Сл. гласник РС”, бр. 44/14, 14/05, 54/05, 96/15 – др. закон и 62/17).

²⁴ *Ibid.*

на изради Акционог плана, ради утврђивања приоритета и обавеза које се укључују у тај документ, ово министарство, у сарадњи са Канцеларијом, организовало је консултативне састанке.

Посебно питање ПОУ односи се на израду извештаја о спровођењу акционих планова. Наиме, извештаје о напретку Републике Србије у иницијативи ПОУ за досадашњи период утврђене акционим плановима сачињава Независни механизам за извештавање, који је успостављен на нивоу ове међународне иницијативе²⁵. У претходним извештајима се констатује да су постигнути резултати, који су углавном оцењени на релативно високом нивоу, јер су спроведене значајне реформе у области државне/јавне управе и другим виталним сегментима власти и друштва, у складу са битним стандардима, областима и елементима Партнерства. У извештајима се, такође, дају и кључне препоруке за даље унапређење активности и мера у оквиру следећег циклуса израде акционог плана.

Значајно је навести и да је министар државне управе и локалне самоуправе, у марту 2018. године, донео Решење о оснивању посебне међуминистарске радне групе за израду трећег Акционог плана за период од 2018. до 2020. године и реализацију учешћа Републике Србије у иницијативи Партнерство за отворену управу. Република Србија ће овим акционим планом утврдити мере и активности, у циљу даљег унапређења транспарентности, одговорности власти и учешћа јавности. Задаци ове радне групе су: 1) спровођење поступка консултација са цивилним друштвом у вези са Нацртом акционог плана; 2) праћење спровођења активности дефинисаних Акционим планом; 3) поштовање предвиђених рокова; 4) предлагање измена и допуна и 5) израда привремених и коначних извештаја о спровођењу активности из Акционог плана.

Осим наведеног, нарочито је значајно и актуелно истаћи да је у Грузији – Тбилисију, од 17. до 19. јула 2018. године, одржан пети глобални самит Партнерства за отворену управу, на којем је учествовало више од 90 држава, међу којима и високи представник Владе Републике Србије. Представљени су резултати постигнути увођењем концепта отворене управе, у побољшању електронских услуга за грађане, привреду и друге субјекте, дигитализацији и смањењу корупције. Потребно је, такође, навести да је на самиту званично истакнуто да је Репу-

²⁵ Наведене извештаје Механизма за независно извештавање објавио је Центар за савремене политике из Београда.

www.cep-org-rs

www.mduls.gov.rs

блика Србија значајан пример рада на транспарентности података, јер у великој мери примењује концепт отворених података, у доба када већина држава своје податке тежи да учини мање доступним.

У том смислу високи представник Владе Републике Србије је посебно истакао следеће: 1) информатизација у дигитализација, односно електронска управа су један од кључних приоритета Владе, пре свега у области државне/јавне управе, економије, корупције и образовања; 2) претходних годину дана знатно је повећање услуга које грађани, привреда и други субјекти могу да добију електронским путем од државних органа, институција и администрације; 3) грађани су у фокусу државне/јавне управе, тако да имају ефикасније пружање услуга; 4) Влада је посвећена изградњи система отворених података, јер се на тај начин смањује корупција, повећавају конкурентност и транспарентност и јача поверење између државе, грађана, привреде и других субјеката; 5) добра правна регулатива у тим областима је изузетно значајна и неопходна; 6) Република Србија се убрзано трансформише у модерну државу, која жели да грађанима, привреди и другим корисницима омогући транспарентне, лако доступне и ефикасне јавне услуге; 7) наставља се рад на унапређењу и развоју е-Управе/е-Услуга и повећању свести грађана о олакшицама које такав облик сервиса омогућава и 8) Република Србија је у имплементацији појединих стандарда отворених података испред прописаних стандарда Европске уније.

У оквиру реализације конкретних пројеката наведено је коришћење више електронских/информационих система и апликација: 1) међу највећим олакшицама за грађане, привреду и друге субјекте јесте увођење система електронске размене докумената између државних органа и институција (е-ЗУП), тако да су, у првој години коришћења, грађанима уштеђени новац и време (више од 500.000 сати чекања у редовима); 2) информациони систем е-Беба²⁶ омогућава електронску пријаву за упис у матичне књиге, пребивалиште, здравствено осигурање, као и подношење захтева за родитељски додатак већ у породилишту, за свега 15 минута; 3) аутоматска овера здравствених картица, тако да послодавци више не морају да их оверавају на шалтеру; 4) сервис е-Рецепт омогућава аутоматско издавање рецепата за хроничне болеснике за период од шест месеци и 5) покренута је платформа е-Суд, која омогућава адвокатима и грађанима да судски поступак воде у потпуности електронски.

²⁶ “Бебо, добро дошла“ је електронски сервис који немају ни много развијеније државе Европе.

Закључак

На основу изложеног, а имајући у виду значај и актуелност отворене управе, могу се дати основне констатације о мултилатералној иницијативи ПОУ, као и учешћу Републике Србије у Партнерству.

Партнерство за отворену управу, основано 2011. године, представља међународну иницијативу, чија је сврха обезбеђивање подршке и већег ангажовања влада у свету, у циљу побољшања интегритета, транспарентности, ефикасности и одговорности јавне власти, кроз изградњу поверења јавности, сарадњу са организацијама цивилног друштва, оснаживање учешћа грађана у управљању, борбу против корупције, приступ подацима и информацијама, употребу нових технологија, а у циљу остваривања делотворнијег и одговорнијег рада јавне власти. У том смислу реформа државне/јавне управе је трајан и динамичан процес, који, нарочито у савременим условима, представља битан сегмент за успешно спровођење ових принципа и циљева у свим областима јавне власти и друштвеног деловања.

Република Србија је, као члан од 2014. године, у овој глобалној иницијативи, прихватила основне вредности садржане у Декларацији ПОУ, које су у складу и са спровођењем општег циља реформе државне/јавне управе – обезбеђење високог квалитета услуга грађанима, привредним и другим субјектима и стварање државне управе која ће значајно допринети друштвеном развоју, економској стабилности и повећању животног стандарда грађана. Зато се посебно напомиње да су, поред осталог, у оквиру даљих реформских процеса и остваривања отворене управе, у Републици Србији усвојени релевантни нормативни и институционални оквири, донета стратешка документа и примењена информатизација/дигитализација, коришћењем електронских/информационих система, апликација и платформи, односно увођењем, применом, унапређењем и развојем е-Управе и е-Услуга. С тим у вези, донети су одређени акциони планови за спровођење иницијативе Партнерство за отворену управу Републике Србије и извештаји о њиховом спровођењу

Имајући у виду тежњу да Република Србија постане модерна држава, која представља ефикасан сервис грађанима, привреди и другим субјектима јавних услуга, са успостављеним партнерским односом и бољом подршком корисника, учешћем у Партнерству, односно углавном успешном реализацијом активности и мера, у складу је са вредностима које ПОУ

промовише и националним акционим плановима, што значајно допринеси постизању ових циљева. Дакле, општи циљ реформе државне управе и мултилатералне иницијативе ПОУ јесте даље системско и континуирано унапређење и развој рада државне/јавне управе, у складу са принципима отворене управе и Европског административног простора.

У том смислу, првенствено је потребно да се у области отворене управе обезбеди даље институционално, функционално, организационо, компетентно и одговорно вршење надлежности, делокруга и послова органа државне управе. Тако ће се, на основу примене савремених техничко-технолошких и информационих достигнућа, остварити већа транспарентност и виши квалитет пружања јавних услуга корисницима, односно стварање такве отворене управе која ће значајно, у сарадњи са цивилним сектором, допринети свеобухватном унапређењу и развоју јавне власти у свим сферама друштвеног деловања.

Литература

- Б. Влашки, „О присуству и примјени европских начела добре управе у позитивном праву Републике Српске“, *Модерна управа*, бр. 9/10, Агенција за државну управу, Бања Лука, 2013.
- П. Димитријевић, „Електронска управа и информационо друштво“, *Модерна управа*, бр. 2/09, Агенција за државну управу, Бања Лука, 2009.
- В. Каћански, *Електронска управа – технологије, сервиси и безбедност* (мастер рад), Универзитет Сингидунум, Београд, 2015.
- М. Радивојевић, „Е-Управа пут до задовољног корисника“, *Модерна управа*, бр. 2/09, Агенција за државну управу, Бања Лука, 2009.
- Л. Стаменов, Н. Вељковић и С. Богдановић Димић, *Развој е-Управе у Србији – трендови и изазови, као последица примене нових технологија*, Зборник радова Е-Government ISDOS (уредник: М. Ивановић), Друштво за информатику Србије, Београд, 2010.
- Отворена управа у Србији*, Центар за европске политике, Београд, 2015.
<https://www.cep.org.rs>

Отворена управа – достигнућа и изазови, Центар за европске политике, Београд, 2017.

<https://www.cer.org.rs>

Приручник за добро управљање (уредник: Перко Шепаровић, И.), Хрватски правни центар, Загреб, 2006.

Public Administration and Good Governance. <http://www.atc-consultants.com/publicadministration-goodgovernance.html>

Правни извори

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције (“Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 12/05).

Универзална декларација Уједињених нација о људским правима,

<http://www.atc-consultants.com/publicadministration-goodgovernance.html>

Декларација о Партнерству за отворену управу, <http://www.openpartnership.org>

Директива САД о отвореној власти, <http://www.whitehouse.gov/sites>

Закон о Државној ревизорској институцији (“Сл. гласник РС”, бр. 101/05, 57/07, 54/05 и 36/10).

Закон о електронском документу, идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (“Сл. гласник РС”, бр. 94/17).

Закон о електронским комуникацијама (“Сл. гласник РС”, бр. 63/14).

Закон о електронској управи (“Сл. гласник РС”, бр. 27/18), 2/17).

Закон о министарствима (“Сл. гласник РС”, бр. 44/14, 14/05, 54/05, 96/15 – др. закон и 6217)

Закон о приступању информацијама од јавног значаја (“Сл. гласник РС”, бр. 12/04, 54/07, 104/09 и 36/10).

Уредба о канцеларијском пословању у органима државне управе (“Сл. гласник РС”, бр. 40/10 и 42/17).

Уредба о оснивању Канцеларије за информационе технологије и е-Управу (“Сл. гласник РС”, бр. 73/17).

Уредба о Канцеларији за сарадњу са цивилним друштвом (“Сл. гласник РС”, бр. 26/10).

Закључак о усвајању Акционог плана у склопу приступања Републике Србије Партнерству за отворену управу за 2013. годину (“Сл. гласник РС”, бр. 38/13).

Закључак о усвајању Смерница за укључивање организација цивилног друштва у процес доношења прописа (“Сл. гласник РС”, бр. 90/14).

Акциони план у склопу приступања Републике Србије Партнерству за отворену управу за 2013. годину, www.mduls.gov.rs

Акциони план за спровођење иницијативе Партнерства за отворену управу Републике Србије за 2014. и 2015. годину, www.mduls.gov.rs

Акциони план за спровођење иницијативе Партнерства за отворену управу Републике Србије за 2016. и 2017. Годину, www.mduls.gov.rs

Стратегија развоја електронске управе у Републици Србији за период од 2015. до 2018. (“Сл. гласник РС”, бр. 107/15).

Стратегија развоја информационог друштва у Републици Србији до 2020. године (“Сл. гласник РС”, бр. 51/10).

Стратегија регулаторе реформе и унапређења система управљања јавним политикама у Републици Србији (“Сл. гласник РС”, бр. 8/16).

Стратегија реформе државне управе у Републици Србији за период од 2004. до 2008.

www.vlada.gov.rs

Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2015. до 2017.

(“Сл. гласник РС”, бр. 9/14 и 42/14 – исправка).

Интернет извори

<https://opengovpartnership.org>

<http://www.poverenik.rs>

www.ite.gov.rs

www.msutt.gov.rs

www.mduls.gov.rs/euprava/otvorenauprava

MULTILATERAL INITIATIVE THE OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP WITH REFERENCE TO THE REPUBLIC OF SERBIA

Andelka Plavšić Nešić, LLB*

Summary

The Open Government Partnership (OGP) is a multilateral initiative that aims to secure concrete commitments from governments to promote transparency, empower citizens, fight corruption and harness new technologies to strengthen governance. In the spirit of multi-stakeholder collaboration, OGP is overseen by a Steering Committee including representatives of governments and civil society organizations.

To become a member of OGP, participating countries must endorse a high-level Open Government Declaration, deliver a country action plan developed with public consultation and commit to independent reporting on their progress going forward.

The Open Government Partnership formally launched on September 20, 2011, when the 8 founding governments (Brazil, Indonesia, Mexico, Norway, the Philippines, South Africa, the United Kingdom and the United States) endorsed the Open Government Declaration and announced their country action plans.

Republic of Serbia became a member of the multilateral initiative OGP in 2014. On the proposal of relevant ministry, Government has adopted the Action Plan for implementation of the initiative Partnership for Open Administration of the Republic of Serbia for 2014. and 2015. This Plan refers

* Senior Adviser in the State Administration in retreat, Belgrade

especially to the strenghten public integrity and efficient management of public resources. Relevant ministry shall informed the Governing Board OGP about the realisation of the Action Plan at the end of 2015 and of the Action Plan of 2016/2017.

РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 331.105.44(497.11)

doi 10.7251/PR5418429J

Оригинални научни чланак

ЗАШТИТА ОД ОТКАЗА У СРБИЈИ

Проф. др Сенад Јашаревић*

Сажетак: У тексту се говори о заштити од отказа радног односа у Србији. Отказ је један од најсложенијих института радног права, од виталног значаја за квалитет услова рада и сигурност запослења. У раду се врши анализа регулативе о отказима у Србији, имајући у виду упоредну праксу и међународне правне стандарде у овој области.

Кључне речи: радно право, радни однос, престанак радног односа, отказ.

1) Увод

Према Међународној организацији рада (МОП): „Радни однос је био, и наставља да буде, главна полуга уз помоћ које радници стичу приступ правима и бенефицијама из радног односа у области радног права и социјалне сигурности“.¹ Престанком радног односа запослени губи та права и средства за егзистенцију.

Радни однос може престати на различите начине – вољом странака (раскидом уговора о раду), вољом запосленог, смрћу запосленог, истеком посла, престанком послодавца и раскидом радног односа – уговора о раду од стране послодавца (тзв. отказ).

Отказ је један од најсложенијих института радног права, од виталног значаја за квалитет услова рада и „сигурност запослења“.² „Иденти-

* Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића 1, 21101 Нови Сад, e-mail: S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

¹ *The employment relationship, International Labour Conference, 95th Session, International Labour Office, 2006*, <<http://www.ilo.org/public/english/standards/reim/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>>, стр. 3.

² Квалитетни услови рада су незаобилазан чинилац здраве радне средине. Видети више: С.

тет радног права као гране права умногоне се огледа у правном режиму престанка радног односа, пошто је један од циљева радног права стабилност запослења...“³

Друштвени значај регулативе о отказима много је већи него што то изгледа на први поглед. Отказ радног односа води губитку стабилних прихода за живот, али и многим другим проблемима запослених и њихових породица (здравствени и психолошки проблеми, социјална изолација, сиромаштво, конфликти, насиље).⁴ Отказ спада у најстресније догађаје у животу појединца – по једном истраживању сврстава се међу три најстреснија догађаја у животу.⁵ Поред последица по лични живот, установљено је да функционисање заштите од отказа има изузетно велики утицај на незапосленост, раст сиромаштва, раслојавање становништва, друштвену покретљивост, потрошњу, продуктивност, инвестиције, динамичност економије. Откази подстичу и друге проблеме у друштву, као што су штрајкови, појединачно и групно насиље,⁶ протести, миграције становништва у земљи и иностранству. Сматра се да постоји и корелација заштите од отказа са остваривањем људских права у друштву,⁷ дискриминацијом, корупцијом (зато је установљена заштита „узбуњивача“ од отказа), слободом изражавања, слободом синдикалног организовања, развојем индустријске демократије, осигурањем за случај

Јашаревић, *Актуелни концепт здраве радне средине у међународним правним стандардима*, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2011, стр. 31.

³ Б. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет, Београд, 2012, стр. 718.

⁴ У последње време све су чешћи код нас и у свету физички сукоби због отказа, па и убиства. Видети нпр. новински текст: *Крвава освета због отказа! Програмер психопата убио шефа и ранио колегу: Хтео да побије све у фирми!* Дневни лист „Курир“, 12.03.2018, <https://www.kurir.rs/crna-hronika/3011271/krvava-osveta-zbog-otkaza-programer-psihopata-ubio-sefa-i-ranio-kolegu-hteo-da-pobije-sve-u-firmi>.

⁵ Према Холмс–Рахеовој скали стресова, отказ се налази у групи десет најстреснијих догађаја у животу (на осмом месту), одмах после развода, одласка у затвор, смрти блиских чланова породице, повреде. Видети: Ана Гвоздић, *Психолошке последице губитка посла*, дневни лист „Данас“, 29. децембар 2010. <https://www.danas.rs/zivot/psiholoske-posledice-gubitka-posla/> и *The Holmes-Rahe Stress Inventory*, The American Institute of Stresses, <https://www.stress.org/holmes-rahe-stress-inventory/>, (6. 6. 2018)

⁶ Познат је случај професора радног права Марка Бјађија (Marco Biagi) који је убијен 2002. године зато што је био саветник тадашње владе Италије, која је покушала да укине обавезу враћања радника на рад због незаконитог отказа. P. Skedinger, (ed.), *Employment Protection Legislation: Evolution, Effects, Winners and Losers*, Edward Elgar Publishing, Northampton, MA, 2010, <https://www.e-elgar.com/shop/eep/pReview/book/isbn/9781849805599/>, стр. 3.

⁷ Видети више: P. Collins, *The Inadequate Protection of Human Rights in Unfair Dismissal Law*, *Industrial Law Journal*, 2017, <https://academic.oup.com/ilj/advance-article/doi/10.1093/indlaw/dwx026/4716921>

незапослености, зарадама, стручним усавршавањем,⁸ продуктивношћу,⁹ осећајем социјалне сигурности.

Због тога се у свету у последње време посвећује велика пажњу уређењу отказа. Већина земаља предвиђа одређени вид заштите од отказа – индивидуалних, групних и колективних.¹⁰ Док је раније акценат био на развоју индивидуалне заштите, седамдесетих година прошлог века почиње да се изграђује и заштита од колективних отказа (услед кризе, реструктурирања предузећа и економије, промене послодавца, приватизације, транзиције). О заштити од отказа установљени су и међународни стандарди (МОП, ЕУ, СЕ). Најзначајнија је регулатива МОП – Конвенција бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца и Препорука бр. 166, истог назива.¹¹

Уређење отказа у многим земљама је у последњих тридесетак година претрпело промене. Оне се у основи крећу у два правца. Са једне стране, генерално слаби заштита радника од отказа. Долази до „либерализације“ и „флексибилизације“ отказивања (лакше отказивање). Са друге стране, процедура заштите од отказа се унапређује и уводи се посебна заштита од отказа категорија код којих се отказ често злоупотребљава (труднице, за случај дискриминације, сексуалног узнемиравања, мобинга, код узбуњивача).¹²

⁸ Постоје индиције да тамо где је већа стабилност запослења расте обученост радника, пошто се више и дугорочно улаже у радну снагу. P. Skedinger, *op. cit.*, стр. 8.

⁹ Нека истраживања показују да продуктивност опада са сувише јаком заштитом од отказа, док синдикати тврде обрнуто. Видети више: *Ibidem*.

¹⁰ О отказима у упоредној пракси видети више: *Termination of employment relationships, Legal situation in the Member States of the European Union*, European Commission Directorate General Employment, 2006; *Protection against unjustified dismissal, General Survey on the Termination of Employment Convention (No. 158) and Recommendation (No. 166)*, 1982, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Organization, Geneva, 1995, [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1995-82-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1995-82-4B).pdf); G. H. van Voss, *Common Ground in European Dismissal Law*, Powerpoint презентација, 2014/2015, http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jja_MA_24552.pdf

¹¹ Први документ који је Међународна организација рада донела у овој области била је Препорука бр. 119 о отказу радног односа, из 1963. године. О регулативи МОП о отказима видети више: *Employment protection legislation...*, *op. cit*; *Protection against unjustified dismissal, op. cit*; *International Labour Standards on Employment security*, International Labour Organization, Geneva, <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/employment-security/lang--en/index.htm>, (29. 5. 2018); *Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166)*, Geneva, 18–21 April 2011, Final report, International Labour Organization, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_165186.pdf; *EPLex Summary indicators in the area of terminating regular contracts – Data*, 2018, http://www.ilo.org/travail/areasofwork/WCMS_435450/lang--en/index.htm

¹² О свему овоме видети више у раду чије је објављивање у току: С. Јашаревић, *Заштита*

2) Уређење отказа у Србији

У српском језику и законодавству термин „отказ“ користи се за отказивање радног односа од стране запосленог и од стране послодавца.¹³ То у основи и јесте правилно јер се тим путем отказује/раскида уговор о раду.¹⁴ Ипак, према документима МОП и устаљеној терминологији у упоредном праву, термин „отказ“ (енглески „dismissal“ или „termination“), користи се искључиво за раскид радног односа од стране послодавца.¹⁵ То је и у духу Конвенције о престанку радног односа на иницијативу послодавца МОП бр. 158, из 1982. године, коју је ратификовала и Србија.¹⁶ У том документу се искључиво регулише престанак радног односа на иницијативу послодавца, а не уређује се престанак радног односа на иницијативу запосленог, као ни споразумни раскид радног односа.

Као и већина земаља које теже да буду правне државе, на основама социјалне правде, Србија је одавно уредила област отказа, ослањајући се претежно на међународне стандарде.¹⁷ Решења у тој области су више пута мењана, а последњи пут приликом измена Закона о раду 2014. године.¹⁸

Ипак, не може се рећи да је стање у Србији у области отказивања радног односа задовољавајуће. Разлог су бројне злоупотребе института отказа од стране послодавца, које се традиционално недовољно санк-

од отказа у Србији у светлу међународних стандарда и упоредне праксе, рад прихваћен за објављивање у часопису: Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2018, бр. 1.

¹³ Према ст. 1, ал. 4, чл. 175 Закона о раду, један од начина престанка радног односа је: „4. отказом уговора о раду од стране послодавца или запосленог;“. Видети и чл. 178, 179 Закона. Закон о раду (даље: ЗОР), који је објављен у: „Сл. гласнику РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017.

¹⁴ Кажемо „у основи“ јер се радни однос у нашем законодавству може засновати и „решењем“ (код државних и локалних службеника), те се онда радни однос не раскида отказивањем уговора о раду, већ „отказом радног односа“.

¹⁵ МОП у том контексту помиње и термин „termination“, што је изведено од „termination of employment relationship“ (раскид радног односа). Видети нпр. на страни 5 документа МОП: *Employment protection legislation...*, *op. cit.*

¹⁶ „Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“ бр. 4/1984, 7/1991.

¹⁷ О уређењу отказа у Србији видети више: П. П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, 2018, стр. 351 (Престанак радног односа у нашем праву), Б. Лубарда, *op. cit.*, стр. 733; Д. Спасојевић Иванчић, *Отказ запосленом услед неостваривања резултата рада или недостатка потребних знања и способности за обављање послова на којима ради*, Радно и социјално право, 2017, бр. 1, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 307.

¹⁸ И једна од последњих измена Закона, из 2017. године односи се на отказ (достављање упозорења о отказу – чл. 180, ст. 3 ЗОР, а чл. 3 измена Закона). Видети „Сл. гласник РС“, бр. 75/2014 и 113/2017.

ционишу. Проблем је нарочито у неефикасној судској заштити. Судовима је понекад потребно много година да уоче очигледно изигравање закона, а једнако велики проблем је и изузетно споро суђење. Није реткост да судски спорови поводом отказа трају преко десет година.¹⁹

Након напуштања социјализма развој радног законодавства Србије у домену отказа ишао је у правцу лакшег отказивања радног односа, како у индивидуалном домену, тако и по питању колективних отказа (вишак запослених). Отпуштање запослених је нарочито флексибилизовано након доношења Закону о раду од 2001. године,²⁰ да би исти тренд био настављен у Закону о раду из 2005.²¹ Године 2014. Закон о раду је значајније реформисан, а неке од најзначајнијих новина управо су се односиле на отказивање радног односа. Између осталог, прецизира се процедура отказа, јасније се дефинишу разлози за отказ, уводи могућност изрицања других дисциплинских санкција осим отказа, предвиђа се могућност да отказ не буде поништен ако је само повређена процедура.²²

Уређење института отказа у Закону о раду заснива се на Конвенцији бр. 158 МОР. Поред тога, код отказа код вишкова запослених уочљив је утицај радног права ЕУ, односно решења из Директиве ЕУ бр. 98/59 о приближавању права земаља чланица у области колективних отказа, из 1998. године.²³

Престанку радног односа посвећен је посебан, XVI део Закона о раду („Престанак радног односа“, чл. 175–191). У том делу Закона уређују се основи престанка радног односа, начини престанка (споразумно, отказом од стране запосленог и отказом од стране послодавца), процедура давања отказа, правне последице законитог и незаконитог престанка радног односа, посебна заштита одређених категорија. Поред ЗОР, поједина специфична питања и изузеци у вези са отказом за неке категорије запослених, као што су јавни службеници, полиција, војска, уређују се по-

¹⁹ У једном новинском тексту из 2018. године се наводи да, мада су радни спорови по закону хитни: „...статистика коју нам је доставио Врховни касациони суд показује да велики број њих траје између две и пет година, а 234 спора чак су старија од деценије. Још шокантнији је податак да се они и даље налазе пред првостепеним судом и километрима су далеко од правоснажне пресуде.“ Видети: В. Ц. Спасојевић, Ј. Ж. Скендерија, *Судије о радним споровима већају и по пет година*, дневни лист: „Вечерње новости“, 21. мај 2018, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:728442-Sudije-o-radnim-sporovima-vecaju-i-po-pet-godina>

²⁰ „Службени гласник РС“, бр. 70/2001, 73/2001.

²¹ Нпр. од доношења овог закона реинтеграција радника више није обавезна код незаконитог отказа.

²² Видети чл. 179, 179а, 191. ст. 7 ЗОР.

²³ OJ (Official Journal) L 225, 12.8.1998, p. 16–21.

себним законима (нпр. Законом о државним службеницима,²⁴ Законом о полицији,²⁵ Законом о војсци Србије).²⁶

У овој области треба истаћи изузетно значајну улогу судова, чија мишљења представљају допуну Закона, те се може рећи да су индиректни извор права у овој области. Наиме, и поред свих покушаја да закон буде што прецизнији и одређенији када се ради о материји отказа, законодавац никада није успео да разреши све недоумице које су се јављале у пракси. Због тога се од судова очекивало тумачење околности у вези са отказом или појмова као што су: кривица запосленог, воља запосленог за давање отказа, свест о постојању повреде радне дисциплине, елементи појединих отказних разлога, начин утврђивања чињеница везаних за отказ, „објективност потребе“ за престанком рада, правилно упозорење да постоје разлози за отказ, начин достављања документације у вези са отказом, право на одбрану. Најважнију улогу у томе имао је Врховни касациони суд Србије (раније Врховни суд), чије ставове у овој области следе и нижи судови.²⁷

Према Закону о раду, чл. 175, радни однос престаје: 1) истеком рока за који је заснован; 2) кад запослени наврши 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, ако се послодавац и запослени друкчије не споразумеју; 3) споразумом између запосленог и послодавца; 4) отказом уговора о раду од стране послодавца или запосленог; 5) на захтев родитеља или старатеља запосленог млађег од 18 година живота; 6) смрћу запосленог; 7) у другим случајевима утврђеним законом. Као што смо већ рекли, овде ћемо се у излагању ограничити на отказ од стране послодавца.

Разлози за отказ у ЗОР уређени су у складу са међународним стандардима.²⁸ Закон (у чл. 179), предвиђа *три групе разлога* за отказ: 1) разлози који се односе на радну способност запосленог и његово понашање, 2) разлози у вези са повредом радне обавезе и непоштовањем радне дисциплине, и 3) разлози који се односе на потребе послодавца.

Према чл. 179, ст. 1 ЗОР: „Послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се односи на рад-

²⁴ „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009; 99/2014). Видети чланове 76-80 и 109-120 Закона.

²⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 6/2016, чл. 172-175.

²⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010, 10/2015, 88/2015. Чл. 110-119 и 128-133.

²⁷ Код парница у вези са отказом увек је дозвољена ревизија пред Врховним касационим судом, без обзира на вредност спора, према чл. 441 Закона о парничном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014).

²⁸ Тачније Конвенцијом МОП бр. 158 (видети чл. 4).

ну способност запосленог и његово понашање, и то: 1) ако не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради; 2) ако је правноснажно осуђен за кривично дело на раду или у вези са радом; 3) ако се не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока мировања радног односа...“.

У другу групу основа за отказ спадају тзв. дисциплински откази (повреда радне обавезе или непоштовање радне дисциплине). Разлози за отказ, уколико запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе (према чл. 179, ст. 2) могу бити: 1) ако несавесно или немарно извршава радне обавезе; 2) ако злоупотреби положај или прекорачи овлашћења; 3) ако нецелисходно и неодговорно користи средства рада; 4) ако не користи или ненаменски користи обезбеђена средства или опрему за личну заштиту на раду; 5) ако учини другу повреду радне обавезе утврђену општим актом, односно уговором о раду.

Повреде радне дисциплине су од 2014. године прецизније регулисане. У том случају, према ст. 3 чл. 179 Закона, запослени може да добије отказ: 1) ако неоправдано одбије да обавља послове и извршава налоге послодавца у складу са законом; 2) ако не достави потврду о привременој спречености за рад (услед болести); 3) ако злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад; 4) због доласка на рад под дејством алкохола или других опојних средстава, односно употребе алкохола или других опојних средстава у току радног времена, које има или може да има утицај на обављање посла; 5) ако је дао нетачне податке који су били одлучујући за заснивање радног односа; 6) ако запослени који ради на пословима са повећаним ризиком, на којима је као посебан услов за рад утврђена посебна здравствена способност, одбије да буде подвргнут оцени здравствене способности; 7) ако не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца. Послодавац може запосленог да упути на одговарајућу анализу у овлашћену здравствену установу коју одреди послодавац, о свом трошку, ради утврђивања околности које смо навели под тач. 3 и 4 (болест) или да утврди постојање наведених околности на други начин у складу са општим актом. Одбијање запосленог да се одазове на позив послодавца да изврши ову анализу сматра се непоштовањем радне дисциплине, и такође представља разлог за отказ.

У посебну групу отказних разлога спадају „потребе послодавца“. У том случају запослени може да добије отказ ако: 1) услед тех-

нолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла; 2) одбије закључење анекса уговора о раду.

По узору на Конвенцију бр. 158 МОП,²⁹ Законом о раду утврђује се које се околности *не сматрају оправданим разлогом за отказ*. То је: 1) привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења; 2) коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета; 3) одслужење или дослужење војног рока; 4) чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална припадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго лично својство запосленог; 5) деловање у својству представника запослених, у складу са овим законом; 6) обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду.

Поводом активности у својству представника запослених, као и учешћа у синдикату и синдикалним активностима, од 2014. године заштита о отказа је додатно појачана. Чланом 188 предвиђа се изричита забрана отказа наведеним лицима, као и да је „терет доказивања“ да отказ уговора о раду или стављање у неповољнији положај запосленог није последица наведених активности – на послодавцу.³⁰

Када се ради о отказу осталим запосленима, питање терета доказивања се уопште не помиње и то сматрамо слабошћу Закона (пошто је питање доказивања код ових спорова изузетно деликатно). Занимљиво је да је Врховни касациони суд одавно заузео становиште да је терет доказивања код отказа уопште – на послодавцу.³¹ Овакав став Суда погодује заштити радника и у складу је са стандардима МОП, те није јасно зашто је законодавац тим поводом остао неодређен.³²

Имајући у виду неповољне демографске трендове и честе злоупотребе, законодавац 2013. године уводи један *посебан вид заштите* од

²⁹ Видети чл. 5 и 6 Конвенције.

³⁰ Ст. 2 чл. 188 ЗОР.

³¹ „Терет доказивања да је учињена повреда радне обавезе кривицом запосленог лежи на послодавцу...“. Пресуда ВКС, Рев 2 700/2013, од 11. 12. 2013. године.

³² Наиме према чл. 9 Конвенције, ст. 2: „Да би се обезбедило да радник не сноси сам терет доказивања да је престанак радног односа био неоправдан, методима примене из члана 1. ове конвенције треба предвидети једну или другу или обе од следећих могућности: (а) терет доказивања да постоји ваљан разлог за престанак радног односа, према дефиницији из члана 4. ове конвенције, сноси послодавац; (б) тела из члана 8. ове конвенције овлашћена су да донесу закључак о разлогу за престанак радног односа на основу доказа које су поднеле странке и у поступку предвиђеном националним законодавством и праксом.“

отказа (заштита трудница). Према чл. 187, ст. 1 ЗОР за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета, послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду. Од 2013. године³³ ова заштита се проширује и на лица која су запослена на одређено време и још се ојачава.³⁴ Наиме, решење о отказу уговора о раду ништаво је ако је на дан доношења решења о отказу уговора о раду послодавцу било познато постојање трудноће или ако запослени у року од 30 дана од дана престанка радног односа обавести послодавца о постојању тих околности и о томе достави одговарајућу потврду овлашћеног лекара или другог надлежног органа (ст. 3 чл. 187 ЗОР).

Заштита од отказа одређених категорија предвиђа се и у неким посебним законима. Запослени уживају заштиту од отказа по *Закону о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом* из 2006. године, *Закону о забрани дискриминације* из 2009, *Закону о равноправности полова* из 2009, *Закону о спречавању злостављања на раду* из 2010, *Закон о заштити узбуњивача* из 2014. године.³⁵ Углавном се овим законима индиректно забрањује отказ из дискриминаторних разлога, тако што је предвиђена забрана дискриминација запослених у свим фазама радног односа.³⁶ Неки од наведених закона говоре и директно о отказу, односно забрани „виктимизације“ (одмазде) у случају покретања процедуре поводом дискриминације, злостављања или узбуњивања.³⁷

Заштиту од отказа уживају и учесници у *легалном штрајку*. Према важећем Закону о штрајку, из 1996. године, организовање штрајка, односно учешће у штрајку под условима утврђеним тим законом не представља повреду радне обавезе, не може бити основ за покретање поступка за утврђивање дисциплинске и материјалне одговорности запосленог и не може за последицу имати престанак радног односа запосленог.³⁸

И поред навођења овако прецизних разлога за постојање или непостојање легалног отказа, злоупотребе отказних разлога у пракси су

³³ Измене Закона о раду су објављене у „Сл. гласнику“ бр. 32 из 2013.

³⁴ Ставом 2 истог члана, поменутој запосленој рок за који је уговором засновао радни однос на одређено време продужава се до истека коришћења права на одсуство.

³⁵ Закони су објављени у: 1) „Сл. гласник РС“, бр. 33/2006; 2) „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009; 3) „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009; 4) „Сл. гласник РС“, бр. 36/2010, 5) „Сл. гласник РС“, бр. 128/2014.

³⁶ Видети нпр. чл. 21 Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом и чл. Закона о забрани дискриминације.

³⁷ Чл. 20 Закона о равноправности полова, чл. 27 Закона о спречавању злостављања на раду, чл. 21 Закона о заштити узбуњивача.

³⁸ Чл. 14 Закона о штрајку.

бројне. У пракси је доказивање неспособности или неостваривање резултата рада од стране послодаваца често површно, недовољно објективно и прецизно. Врховни касациони суд је у већем броју одлука навео да се неспособност и неостваривање резултата код запосленог мора јасно и објективно утврдити: тако што ће се формирати компетентна комисија која ће испитати случај; доказати веза између лоших резултата рада и способности или некавалитетног рада; запосленом претходно указати на некавалитетан рад и дати инструкције како да се поправи; одредити му рок да побољша резултате рада.³⁹ Поред тога, Суд тражи да послодавац у обавештењу о отказу наведе у чему се састоје разлози за отказ, а не да отказ буде само „паушално образложен“ (без навођења конкретних разлога и чињеница за отказ).⁴⁰

Руководећи се наведеном судском праксом, законодавац је 2014. године увео нови члан ЗОР – 180а, према којем послодавац може запосленим који показује недостатке у раду да откаже уговор о раду (или изрекне неку од блажих мера), ако му је претходно дао писано обавештење у вези са недостацима у његовом раду, упутствима и примереним роком за побољшање рада, а запослени не побољша рад у остављеном року.

Велике проблеме у пракси изазивају „дисциплински откази“. Послодавци ретко крше формалну процедуру, имајући у виду да ће отказ због тога бити поништен, али се недовољно квалитетно упуштају у доказивање повреда радне обавезе/дисциплине. Поступак се неретко спроводи убрзано, без извођења доказа, адекватног права на одбрану запосленог, на бази паушалног или непотпуног утврђивања чињеница.⁴¹ Такође, често се јавља „лажно приказивање разлога за отказ“ (фиктивни или лажни основ за отказ). Да би сузбио ову врсту злоупотреба ВКС је заузео став да суд није везан правном квалификацијом разлога за отказ, већ чињеничним описом радње који се подводи под одговарајући материјални пропис („принцип доминације чињеница“ у упоредној пракси).⁴²

Пошто су код „дисциплинских отказа“ проблем представљале и одредбе у вези са *упозорењем о отказу*, 2014. године мења се и члан 180

³⁹ Видети Пресуда ВКС, Рев2 533/2011, од 16. 10. 2011; Пресуда ВКС, Рев2 148/2013, од 16. 5. 2013; Пресуда ВКС, Рев2 1122/2014, од 20. 11. 2014; Пресуда ВКС, Рев2 1342/2013, од 19. 2. 2014.

⁴⁰ Пресуда ВКС, Рев 2 533/2011, од 6. 10. 2011.

⁴¹ Видети нпр. Пресуду ВКС, Рев2 2 346/2015, од 10. 6. 2015; Пресуду ВКС, Рев2 2 850/2014, од 17. 6. 2015; Пресуду ВКС, Рев2 2 482/2014, од 16.7. 2015; Пресуду ВКС, Рев2 2 54/2011, од 16. 3. 2011.

⁴² Пресуда ВКС, Рев2 895/2015, од 22. 4. 2015.

Закона. Овим чланом се предвиђа да је послодавац дужан да пре отка- за уговора о раду из дисциплинских разлога запосленог писаним путем упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду и да му остави рок од најмање осам дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења. Послодавац је дужан да у упозорењу наведе ос- нов за давање отказа, чињенице и доказе који указују на то да су се стек- ли услови за отказ и рок за давање одговора на упозорење. Такође, пре- ма чл. 181 Закона, запослени уз изјашњење може да приложи мишљење синдиката чији је члан, које је послодавац дужан да размотри.

Новим одредбама о упозорењу/обавештењу о отказу разрађује се *право на одбрану*, које је предвиђено међународним стандардима.⁴³ Иако се „право на одбрану“ не помиње директно у Закону о раду, у рад- ном законодавству Србије се поштује већ више деценија.⁴⁴ Према једном мишљењу Врховног суда Србије из 2004. године: „Форма упозорења о дисциплинским разлозима за отказ није прописана као предуслов пуно- важности ове радње послодавца. Одлучујуће је да ли је запослени упо- зорен о овим разлозима и да ли му је омогућено право на одбрану и изјашњење о њима...“.

Један сегмент права на одбрану чини могућност да запослени буде *обавештен о отказној процедури*, односно, да прими документацију о отказу и писмени акт о отказу. У тој области је раније било много пробле- ма, због чега су откази судски поништавани. Зато је приликом доношења Закона о раду посебна пажња посвећена достављању отказа и свих до- кумената у вези са отказом, уз уважавање ставова судске праксе. Пре- ма чл. 185 ЗОР, уговор о раду *отказује се решењем*, у писаном облику, и обавезно садржи образложење и поуку о правном леку. Решење мора да се достави запосленом лично, у просторијама послодавца, односно на адресу пребивалишта или боравишта запосленог. Ако послодавац запо- сленом није могао да на тај начин достави решење, дужан је да сачини писмену белешку, а решење се објављује на огласној табли послодавца и по истеку осам дана од дана објављивања сматра се достављеним. За- посленом престаје радни однос даном достављања решења осим ако за-

⁴³ Према чл. 7 Конвенције МОП бр. 158: „Радни однос радника неће престати због разлога везаних за понашање радника или његов рад пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода, осим ако се с разлогом не може очекивати од послодавца да му пружи ту могућност.“

⁴⁴ Правни закључак Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђен на седници од 26. маја 2004. године и верификован 15. септембра 2004. године, стр. 62. Врховни суд Србије, *Билтен судске праксе*, бр. 1/2005, Intermex, Београд, <http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/files/Bilteni/VrhovniSud/Bilten%202005-1.pdf>. Видети и: Пресуда ВКС, Рев2 537/10, од 14.07.2010, Пресуда ВКС, Рев 2 50/10, од 17. 3. 2010.

коном или решењем није одређен други рок. Изменама Закона из 2017. године (чл. 3), предвиђено је да се на овај начин доставља и упозорење о постојању разлога за отказ.

Једну од слабости отказне регулативе у Србији у односу на упоредну праксу представљало је одсуство постепености санкција код повреда радне обавезе и радне дисциплине. Наиме, у многим земљама захтева се пропорционалност у дисциплинском кажњавању, односно, да је отказ био крајње средство. Према Закону о раду из 2001. (чл 101), једина санкција је био отказ, а према првој верзији Закона о раду из 2005. године, запослени је могао да добије отказ или да евентуално буде упозорен да ће добити отказ ако понови радњу.⁴⁵ Новим чланом ЗОР, 179а, из 2014. године, у случају повреде радне обавезе/непоштовања радне дисциплине, уводи се скала мера које се могу изрећи, осим отказа. То су: (1) привремено удаљење са рада без накнаде зараде (у трајању до 15 радних дана); 2) новчана казна (у висини до 20% основне зараде запосленог за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до три месеца), 3) опомена са најавом отказа (ако запослени у року од шест месеци учини исту повреду или непоштовање дисциплине).

Као што је уобичајено у свету, Закон о раду уређује и област „колективних отказа“. Тој проблематици је посвећен посебан део у Закону (XI део – „Вишак запослених“, чл. 153–160). Укратко, код овог типа отказа отказна процедура се базира на сачињавању посебног „програма решавања вишка запослених“,⁴⁶ информисању и консултовању репрезентативног синдиката и државне службе за запошљавање, прописивању недозвољених критеријума за утврђивање запосленог као вишак,⁴⁷ исплати одговарајућих отпремнина. Чланом 182 ЗОР предвиђа се да није дозвољено да се на истим пословима у року од три месеца запосли друго лице, односно, даје се предност у запошљавању запосленом који је проглашен вишком.

Наведене одредбе Закона о раду о колективним отказима су у складу са упоредним стандардима. Ипак, постоји доста проблема у примени, због честог изигравања закона (нпр. лажно укидање радних места;⁴⁸

⁴⁵ Ранији чл. 180, ст. 3 ЗОР.

⁴⁶ Обавеза доношења овог програма, односно изузимање одређених запослених, уређена је скоро идентично као у поменутој Директиви ЕУ из 1998. године.

⁴⁷ Привремена спреченост за рад, трудноћа, породилско одсуство, нега детета и посебна нега детета. Чл. 157 ЗОР.

⁴⁸ Према Пресуди ВКС, Рев 574/2010, од 18. 2. 2010: „Формално укидање одредаба општег акта послодавца, којима су били утврђени послови које је запослени обављао, и другачије именоване и систематизоване тих послова на које је распоређен други запослени, чији су послови остали

непоштовање и изигравање критеријума за избор запослених који су вишак;⁴⁹ недоношење програма решавања вишка запослених; избегавања консултација са синдикатом и службом за запошљавање; пропуштање да се размотре мере да се смање откази; неисплаћивање или неадекватно обрачунавање отпремнина).⁵⁰

Било је извесних проблема у пракси и са „анексом уговора о раду“,⁵¹ те је 2014. године прецизније уређена процедура давања отказа у том случају.⁵² Према чл. 172 ЗОР, уз анекс уговора о раду послодавац је дужан да запосленом достави писмено обавештење које садржи: разлоге за понуђени анекс уговора, рок у коме запослени треба да се изјасни а који не може бити краћи од осам радних дана и правне последице које могу да настану непотписивањем анекса уговора. Ако запослени потпише анекс уговора у остављеном року, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог анекса. Исто право задржава и ако одбије да потпише анекс.

Када се ради о отказима у Србији, треба поменути и проблем „бланко отказа“. Иако је према ЗОР таква пракса забрањена још од 2005. године,⁵³ у пракси су бројни „бланко откази“ сачињавани протеклих година. На основу „бланко отказа“ запослени су масовно отпуштани, без било каквих права која би требало да добију по основу отказа. У једном новинском тексту из 2012. године наводи се да се у Србији сваког дана „подели“ око 300 отказа, од којих су многи бланко потписани (приликом заснивања радног односа).⁵⁴ Коначно, Врховни касациони суд је овакве споразуме и клаузуле почео да проглашава незаконитим, те се и сам отказ поништава.⁵⁵

без извршиоца, не представља оправдан разлог за престанак радног односа због технолошких промена.“

⁴⁹ „Мишљење послодавца о раду тужиље као једини разлог за проглашење технолошким вишком не представља оправдан разлог за отказ у смислу члана 179. Став 9 Закона о раду.“ Пресуда ВКС, Рев2 168/2014, од 17. 6. 2015.

⁵⁰ У вези са наведеним повредама закона видети и пресуде ВКС: Рев2 42/2015. Од 13. 5. 2015, Рев 2 231/2015, од 1. 7. 2015, Рев2 1412/2014, од 28. 1. 2015,

⁵¹ Нпр. према пресуди ВКС. Рев2 259/2015, од 3. 6. 2015: „Чињеница да послодавац уз понуду за закључење анекса уговора о раду није указао запосленом на правне последице које могу да настану одбијањем понуде чини поступак измене уговорених услова рада мањкавим и самим тим решење о отказу уговора о раду незаконитим“.

⁵² Видети чл. 171 и 172 ЗОР.

⁵³ Према чл. 26 ст. 4 ЗОР: „Послодавац не може да условљава заснивање радног односа претходним давањем изјаве о отказу уговора о раду од стране кандидата.“

⁵⁴ Видети: Б. Стеља, *Уз уговор за посао и потпис за отказ*, Дневни лист „Вечерње новости“, 25. децембар 2012, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/aktuelno.290.html:412183-Uz-ugovor-za-posao-i-potpis-za-otkaz>

⁵⁵ Према Пресуди ВКС из 2016. године: „Отказ уговора о раду тужиоца уследио је на основу

Запослени који добије отказ зато што не остварује резултате рада има право на *отказни рок*. Отказни рок у Закону о раду је неуобичајено кратак (осам до 30 дана), и не може се продужити договором страна.⁵⁶ Овакво решење одудара од уобичајене упоредне праксе, па и стандарда МОР. Наиме, у стандардима МОР се говори о „разумном“ отказном року,⁵⁷ а у упоредној пракси тај рок може да износи и више месеци. Дужим отказним роком обезбеђује се “продужена социјална сигурност” запосленог којем је требало да престане радни однос. Такође, уважава се и лојалност послодавцу, пошто радници са дужим радом по правилу имају дужи отказни рок.

Према новом чл. 189а ЗОР: (1) „Запослени коме је радни однос престао има право да од послодавца захтева *потврду* која садржи датум заснивања и престанка радног односа и врсту, односно опис послова на којима је радио. (2) На захтев запосленог послодавац може дати и оцену његовог понашања и резултата рада у потврди из става 1 овог члана или у посебној потврди. Ово законско решење је инспирисано тачком 17 Препоруке МОР бр. 166, према којој: „Радник чији је радни однос прекинут треба да има право да на свој захтев добије потврду од послодавца у којој се наводе само датуми његовог ангажовања и престанка радног односа и врсту и врста посла на којима је био запослен; ипак, и на захтев радника, у овом сертификату или у посебном сертификату може се дати процена његовог понашања или учинка.“

Закон уређује и *правне последице легалног отказа*. У случају отказа, према чл. 186 ЗОР, послодавац је дужан да запосленом исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа у складу са општим актом и уговором о раду. Исплату је дужан да изврши најкасније у року од 30 дана од дана престанка радног односа.

Уређују се и *правне последице незаконитог отказа*, пошто је то једно од најделикатнијих питања код отказне регулативе. Ако се посматра

радњи туженог који је искористио бланко потпис тужиоца, те овако дат споразумни престанак радног односа не може производити правно дејство, јер садржи ману воље, које овај споразум чини ништавим, ...“. Из одлуке ВКС: Рев2 2175/2015 од 02.06.2016. Видети и: Пресуда ВКС, Рев2 1664/2015 од 11. 2.2016. и Пресуда ВКС, Рев2 2219/2015, од 25. 2.2016.

⁵⁶ Отказни рок је уређен у чл 189 ЗОР. Према ст. 3 тог члана, запослени може у споразуму са послодавцем да престане да ради и пре истека отказног рока, с тим што му се за то време обезбеђује накнада зараде у висини утврђеној општим актом и уговором о раду.

⁵⁷ Према чл. 11 Конвенције МОР бр. 158 и тач. 16 Препоруке бр. 166, радник треба да има право на „разуман отказни рок“ или накнаду уместо тога. Видети чл. 189 ЗОР.

у контексту упоредне праксе, те последице су према решењима од 2014. године у Србији веома изнијансирано и квалитетно уређене (у Закону: „Правне последице незаконитог престанка радног односа“).⁵⁸ Код незаконитог отказа постоји неколико могућности: 1) обавезна реинтеграција – враћање на рад (уз исплату накнаде штете),⁵⁹ 2) накнада штете уместо реинтеграције (ако запослени не захтева да се врати на рад),⁶⁰ 3) двоструки износ накнаде штете (ако послодавац докаже да наставак радног односа не би био могућ),⁶¹ 4) умањена накнада штете – у износу до шест зарада запосленог (ако је повређена отказна процедура, али је основ за отказ ипак постојао).⁶²

4. Закључак

Законска решење у Србији о заштити од отказа у основи усклађена су са актуелним међународним и упоредним стандардима. Међутим, пракса заостаје за законодавством, пошто су бројне злоупотребе инсти-

⁵⁸ О овоме видети више нпр: И. Рађеновић, *Последице незаконитог престанка радног односа*, Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2017, бр. 1, стр. 280; Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, *Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 2014, бр. 67, стр. 206, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z67/12z67.pdf>

⁵⁹ Према ЗОР, чл. 191, ст. 1-3: „(1) Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, на захтев запосленог, одлучиће да се запослени врати на рад, да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио. (2) Накнада штете из става 1. овог члана утврђује се у висини изгубљене зараде која у себи садржи припадајући порез и доприносе у складу са законом, у коју не улази накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца. (3) Накнада штете из става 1. овог члана исплаћује се запосленом у висини изгубљене зараде, која је умањена за износ пореза и доприноса који се обрачунавају по основу зараде у складу са законом.“

⁶⁰ Према ст. 5 чл. 191, ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће, на захтев запосленог, обавезати послодавца да запосленом исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада запосленог, у зависности од времена проведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице.

⁶¹ Према ст. 6, чл. 191 ЗОР, ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, али у току поступка послодавац докаже да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, суд ће одбити захтев запосленог да се врати на рад и досудиће му накнаду штете у двоструком износу од износа утврђеног у складу са ставом 5 овог члана.

⁶² Према ст. 7 и 8 чл. 191, ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог. Под зарадом накнаде штете (као и у случају да запослени одбије враћање на рад) сматра се зарада коју је запослени остварио у месецу који претходи месецу у коме му је престао радни однос.

тута отказа и изигравање закона. Да би се ојачала „сигурност запослених“ и „стабилност радног односа“, држава би морала посебну пажњу да обрати на доследну примену законске регулативе о отказима и ефикасну судску заштиту. У тренутном окружењу, у којем запослени немају адекватну заштиту од отказа, стимулише се самовоља послодаваца у процесу отказивања радног односа, а са друге стране генерише незадовољство запослених, које доводи до неповерења у владавину права и државу. То је потенцијални генератор социјалних сукоба.

Литература

Лубарда, Б., *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет, Београд, 2012.

Гвоздић, А., *Психолошке последице губитка посла*, дневни лист „Данас“, 29. децембар 2010. <https://www.danas.rs/zivot/psiholoske-posledice-gubitka-posla/>

Skedinger, P., (ed.), *Employment Protection Legislation: Evolution, Effects, Winners and Losers*, Edward Elgar Publishing, Northampton, MA, 2010, <https://www.e-elgar.com/shop/eep/preview/book/isbn/9781849805599/>

Philippa, Collins, *The Inadequate Protection of Human Rights in Unfair Dismissal Law*, *Industrial Law Journal*, 2017, <https://academic.oup.com/ilj/advance-article/doi/10.1093/indlaw/dwx026/4716921>

Voss G. H. van, *Common Ground in European Dismissal Law*, Powerpoint презентација, 2014/2015, http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jja_MA_24552.pdf

Дејана Спасојевић Иванчић, *Отказ запосленом услед неостваривања резултата рада или недостатка потребних знања и способности за обављање послова на којима ради*, Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2017, бр. 1, 307.

Спасојевић, В. Ц., Скендерија Ј. Ж., *Судије о радним споровима већају и по пет година*, Дневни лист „Вечерње новости“, 21. мај 2018, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:728442-Sudije-o-radnim-sporovima-vecaju-i-po-pet-godina>

Стеља, Б., *Уз уговор за посао и потпис за отказ*, Дневни лист „Вечерње новости“, 25. децембар 2012, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/aktuelno.290.html:412183-Uz-ugovor-za-posao-i-potpis-za-otkaz>

Рађеновић, И., *Последице незаконитог престанка радног односа*, Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2017, бр. 1.

Обрадовић, Г., Слободанка Ковачевић Перић, *Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 2014, 67, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z67/12z67.pdf>

Employment protection legislation: Summary indicators in the area of terminating regular contracts (individual dismissals), ILO, International Labour Office – Geneva, 2015.

International Labour Standards on Employment security, International Labour Organization, Geneva, <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/employment-security/lang--en/index.htm>, (29. 5. 2018).

Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166), Geneva, 18–21 April 2011, Final report, International Labour Organization, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_165186.pdf

EPLex Summary indicators in the area of terminating regular contracts – Data, 2018, http://www.ilo.org/travail/areasofwork/WCMS_435450/lang--en/index.htm

Termination of employment relationships, Legal situation in the Member States of the European Union, European Commission Directorate General Employment, 2006.

Protection against unjustified dismissal, General Survey on the Termination of Employment Convention (No. 158) and Recommendation (No. 166), 1982, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Organization, Geneva, 1995, [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1995-82-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1995-82-4B).pdf).

The Holmes-Rahe Stress Inventory, The American Institute of Stresses, <https://www.stress.org/holmes-rahe-stress-inventory/>, (6. 6. 2018)

The employment relationship, *International Labour Conference, 95th Session*, International Labour Office, 2006, <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

Крвава освета због отказа! Програмер психопата убио шефа и ранио колегу: Хтео да побие све у фирми!, Дневни лист „Курир“, 12.03.2018, <https://www.kurir.rs/crna-hronika/3011271/krvava-osveta-zbog-otkaza-programer-psihopata-ubio-sefa-i-ranio-kolegu-hteo-da-pobije-sve-u-firmi>.

PROTECTION AGAINST DISMISSAL IN SERBIA IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL STANDARDS AND COMPARATIVE PRACTICE

Senad Jašarević, PhD

Summary

The legal protection from dismissal in Serbia seems to be in line with the international and comparative standards. However, the practice is lagging behind the legislation. There are still many abuses of the institute of cancellation of employment. The State should strengthen the protection against dismissal and in particular increase the efficiency of judicial protection. In the current environment, where employees do not have adequate protection against dismissals, employers' arbitrariness in the process of termination of employment is stimulated, and on the other hand this situation generates employee dissatisfaction, which leads to mistrust in the rule of law and the state.

Key words: *labour law, labour relation, termination of employment relationship, dismissal*

* University in Novi Sad, Faculty of Law

УДК 347.426.6:342.721(497.11)

doi 10.7251/PR5418447B

Оригинални научни чланак

НАКНАДА МАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Проф. др Радоје Брковић*
Дејан Вучинић, мср прав.**

Сажетак: Накнада материјалне штете предмет је знатног броја радних спорова, што овој теми, можемо рећи, даје на актуелности и значају. Материјална штета сама по себи је широка област која обухвата разна питања попут дефинисања штете, проузроковање штете и узрочно-последичну везу, питања од значаја за одговорност како послодавца тако и радника, као и случајеве из којих материјална штета најчешће проистиче, те да би темељна анализа теме чинила врло обимну грађу. Зато су у раду изнете најважније карактеристике материјалне штете и накнаде, у оном обиму који је од значаја са радноправног аспекта, са стављањем тежишта на накнаду материјалне штете према раднику.

Кључне речи: радни однос, материјална штета, накнада, одговорност, незаконит отказ, смањена радна способност, годишњи одмор.

Уводна разматрања

У савременим условима рада, које карактеришу велика понуда радне снаге, мања понуда радних места, наглашена потреба за увећањем профита, ствара се врло динамично и захтевно радно окружење. Радом у

*Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац,
e-mail: rbrkovic@jura.kg.ac.rs

** Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

таквом окружењу штета као пратећа појава је релативно честа па и судски спорови због накнаде штете заузимају значајан део радних спорова.

Штета у радном односу настаје као последица повреде права или у процесу рада. Повреда имовинских права повлачи материјалну штету, док повреда неимовинских права – нематеријалну. Међутим, ово правило није строго па су честе и ситуације где се повредом неког права проузрокује како материјална тако и нематеријална штета.

Прописи радног законодавства питање штете регулишу као *lex specialis* али се супсидијарно примењују правила имовинског права односно Закона о облигационим односима. Зато је, ради бољег разумевања, питање накнаде штете изнето на један општи начин, а потом у контексту радноправног односа са свим специфичностима која из тог односа произлазе.

1. Штета

Штета је као институт првенствено грађанског права којим су регулисани имовински, неимовински односи, односи поводом ствари, чинидби итд.

У правној науци постоји велики број дефиниција штете, али ни једна не садржи такав појам који би обухватио све случајеве одговорности. Зато смо на овом месту издвојили једну која, по нашем мишљењу, најбоље износи суштину штете. Правни појам штете подразумева само онај губитак који неко услед неког догађаја трпи на својим правно заштићеним добрима и који је одређено треће лице дужно да надокнади.¹ Из наведеног можемо закључити да у неким случајевима попут поплаве, пожара или слично, иако штета објективно постоји, она није од значаја са правног аспекта јер не постоји обавеза накнаде (осим у случају када је имовина осигурана за те случајеве). Такође, реч је о правно заштићеним добрима тј. имовинским и неимовинским (личним) правима.

Позитивни прописи дају одређење штете али на такав начин да се више говори о врстама, не о самој штети. Тако Закон о облигационим односима² предвиђа штету као умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање повећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).³

¹ Ј. Радишић, *Облигационо право*, општи део, Номос, Београд, 2008, стр. 197.

² Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

³ Закон о облигационим односима – члан 155.

Штета како је даје закон подељена је на материјалну и нематеријалну, па би тако стварна штета и измакла корист ушле у материјалну а наношење другоме физичког или психичког бола или страха представљало би нематеријалну штету. То је уједно и најважнија подела штете коју прати-мо у раду по питању штете настале у радном односу. За нематеријалну карактеристично је да се накнада најчешће досуђује запосленом (због претрпљеног бола или страха услед дискриминације, злостављања на раду, наружености и др.) мада се и послодавац некада може наћи у улози оштећеног (пословни углед, поверење партнера и друго). Накнада неимовинске штете није новчани еквивалент за претрпљену физичку или психичку бол, већ сатисфакција као постулат правичности, јер је сатисфакција првенствено етичка категорија.⁴ Са друге стране, материјална може бити проузрокована према запосленом, послодавцу па и трећем лицу и накнадом се тежи ка успостављању стања које је било пре наступања штете на имовинским правима.

У том смислу, у даљем раду биће анализирани облици одговорности за материјалну штету на раду и у вези са радом.

2. Материјална одговорност

Проузроковање штете представља правни основ одговорности, а према критеријуму штетника и оштећеног можемо говорити о три основна облика одговорности: 1) одговорност за штету коју запослени проузрокује послодавцу, 2) одговорност за штету коју послодавац проузрокује запосленом и 3) одговорност за штету коју запослени проузрокује трећим лицима.⁵

Постоји и ситуација када послодавац проузрокује штету трећем лицу, међутим није од значаја са радноправног аспекта одговорности.

2.1. Одговорност за штету коју запослени проузрокује послодавцу

У процесу рада запослени користи средства за рад и имовину послодавца. То коришћење нужно треба да буде према сврси и намени. Сва-

⁴ Б. Лубарда, „Ars boni et aequi у радном праву“, *Правни живот*, бр. 11/00, Београд, 2000, стр. 554.

⁵ Р. Брковић, Б. Урдаревић, А. Антић, *Практикум за радно и социјално право*, Службени гласник, Београд, 2016, стр. 193.

ко нерационално или пак нестручно руковање може довести до смањења вредности имовине, па самим тим и обавезу да се причињена штета надокнади. Према Закону о раду, запослени је одговоран за штету коју је на раду или у вези са радом, намерно или крајњом непажњом, проузроковао послодавцу, у складу са законом.⁶

Проузроковање штете најпре треба да буде у узрочно-последичној вези, тачније да је она резултат неког његовог чињења или нечињења на раду или у вези са радом. То практично значи да ако је штета проузрокована неком радњом која није у функционалној вези са пословима које му је послодавац поверио да обавља, без обзира на време и место предузимања те радње, онда ће одговарати по општим начелима одговорности за штету.⁷

Даље, да би запослени био одговоран, потребно је да је штета настала кривицом. Као облик кривице неопходно је да то буде намерно или крајњом непажњом. Не и услед обичне непажње, што је уједно спецификум штете у радном праву. Штета проузрокована обичном непажњом постоји али она пада на ризик послодавца и он нема никакво право на накнаду у том случају. Кривица се мора доказати у сваком конкретном случају, што уједно представља још једно одступање од грађанскоправног регулисања штете, где је свако дужан да надокнади штету (без обзира на облик кривице) изузев ако не докаже да је штета настала без његове кривице.⁸

Утврђивање одговорности за штету, њену висину као и околности случаја спроводи послодавац у складу са општим актом и уговором о раду. Међутим, ваља истаћи да одлука послодавца о накнади штете, како нема карактер извршне исправе, не може натерати запосленог да штету и надокнади уколико он то неће својевољно, нити му може самоиницијативно умањити зараду. У том случају послодавац може судским путем захтевати утврђивање штете и накнаду исте.⁹

Разлози искључења одговорности за штету запосленог нису предвиђени Законом о раду па се зато примењују правила Закона о облигационим односима. Одговорност запосленог за штету искључена је у случају нужне одбране, стања нужде, дозвољене самопомоћи и у случају пристанка оштећеног.

⁶ Закон о раду, члан – 163.

⁷ П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2015, стр. 319.

⁸ Закон о облигационим односима, члан 154.

⁹ Р. Брковић, Б. Урдаревић, А. Антић, *op. cit.*, стр. 194.

2.2. Одговорност за штету коју послодавац проузрокује запосленом

Одговорност послодавца за штету може бити двојака – како за штету насталу због повреде права запосленог тако и за штету услед повреде или професионалне болести.

У првом случају ради се о незаконитим актима или радњама послодавца. На пример, незаконит престанак радног односа, суспензија или повреда права на годишњи одмор били би случајеви повреде права запосленог или незаконитог поступања услед којих он трпи материјалну штету али повреда ових права такође може проузроковати и нематеријалну.

У другом случају, услед повреде на раду или наступања професионалне болести, настаје штета услед процеса рада. Повредом на раду сматра се повреда која се догодила у просторној, временској и узрочној вези са обављањем посла, проузрокована непосредним и краткотрајним механичким, физичким или хемијским дејством, наглим променама положаја тела, изненадним оптерећењем тела, или другим променама физиолошког стања организма.¹⁰ Под повредом на раду сматра се и повреда коју запослени претрпи при обављању посла на који није распоређен, али који обавља у интересу послодавца као и повреда коју запослени претрпи на редовном путу од стана до места рада или обрнуто. Професионално обољење, са друге стране, настаје услед континуираног деловања специфичних услова рада којима је запослени био изложен у дужем временском периоду.

Услед повреде на раду или професионалне болести може настати како материјална тако и нематеријална штета. Материјална се огледа у изгубљеној заради и другим примањима због одсуства, трошковима лечења и др. Нематеријална штета је бол и страх који је претрпео услед повреде или професионалне болести, па чак и душевна бол као евентуална последица наружености настале услед повреде или професионалне болести.

У оба случаја, без обзира на то да ли се ради о једној или другој врсти штете, за одговорност послодавца битно је да је штета наступила, да ће запослени одређену штету трпети и убудуће и да је штета изражена у било ком виду, који је у складу са законом и колективним уговором, ствара обавезу накнаде.¹¹

¹⁰ Закон о пензијском и инвалидском осигурању, „Сл. гласник РС“, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014 – члан 22.

¹¹ В. Поповић, „Накнада штете у области радних односа“, *Радно и социјално право*, Београд, свеска за 1999. год., стр. 15.

Разлози искључења одговорности за штету причињену повредом права запосленог овде не постоје имајући у виду да се незаконите одлуке и радње послодавца не могу правдати.¹² Када се ради о одговорности за повреду на раду и у вези са радом, или професионалне болести, тада послодавац одговара по принципу субјективне одговорности уз претпоставку његове кривице, па се примењују исти разлози искључења као у претходном одељку. Међутим, када штета настане услед употребе опасне ствари или обављања опасне делатности¹³, тада се одговорност послодавца може искључити уколико је штета настала од неког узрока који се налази ван опасне ствари, чије се дејство није могло предвидети, избећи и отклонити, затим уколико је штета настала искључиво радњом оштећеног или трећег лица коју није могао да предвиди и чије последице није могао да избегне или отклони. Послодавац се делимично ослобађа одговорности уколико је оштећено лице делимично допринело настанку штете и, на крају, послодавац одговара солидарно са трећим лицем уколико је оно допринело настанку штете. Треће лице у овом случају одговара сразмерно својој кривици.¹⁴

2.3. Одговорност за штету коју запослени проузрокује трећим лицима

У ситуацији када на раду или у вези са радом запослени проузрокује штету трећем лицу, постоји одговорност послодавца према трећем лицу. Ова одговорност је одговорност за другога и она се претпоставља. За треће лице битно је да је то било које лице (правно или физичко) које није обухваћено правном везом запослени–послодавац.

Према Закону о раду, запослени који је на раду или у вези с радом намерно или крајњом непажњом проузроковао штету трећем лицу, а коју је накнадио послодавац, дужан је да послодавцу накнади износ исплаћене штете.¹⁵

Сам облик кривице запосленог – обична штета, намера или крајња непажња, није од значаја за одговорност послодавца према оштећеном, једино што у случају када је штета начињена услед намере и крајње

¹² П. Јовановић, *op. cit.*, стр. 324.

¹³ Б. Чолић, „Повреда права запослених и прано на накнаду штете“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2007, Београд, стр. 337.

¹⁴ Закон о облигационим односима, члан – 177.

¹⁵ Закон о раду, члан 163 став 7.

непажње послодавац има право регреса према запосленом. Случај обичне непажње пада на ризик послодавца као и код одговорности запосленог за штету према послодавцу.

Оштећени има право да тражи накнаду штете и директно од запосленог уколико је она настала намерно или услед крајње непажње, с тим да се у том случају ради о субјективној кривици која треба да се доказује. Правило о одговорности запосленог на основу субјективне кривице која се доказује је и у овом случају доследно спроведено.

Разлог за искључење одговорности послодавца може бити обарање претпоставке његове кривице, уколико послодавац докаже да је запослени у датом моменту поступао онако како је требало или уколико докаже неки од разлога искључења одговорности на страни запосленог за штету.¹⁶

3. Случајеви (видови) накнаде материјалне штете због повреде права запосленог

У овом делу изнети су чешћи случајеви повреде права запосленог који за собом повлаче накнаду материјалне штете. Права из радног односа може повредити једино послодавац, па се стога говори о обавези послодавца на накнаду.

Ваља истаћи да ове повреде могу довести и до питања накнаде нематеријалне штете, али у разматрање ћемо узети само материјалну штету. Тако на пример незаконит престанак радног односа има за последицу првенствено накнаду материјалне штете у виду изгубљених зарада и других примања, али оштећени истовремено може трпети бол због неправедног отказа, страха за личну егзистенцију и егзистенцију породице. Са друге стране, повреде права из радног односа које на први изглед проузрокују само нематеријалну штету, могу повући питање накнаде материјалне штете. Тако на пример дискриминација на послу може довести до неочекиваног ненапредовања које би се иначе по редовном току ствари десило, на хијерархијски више радно место, па самим тим до губитка више зараде коју би иначе запослени остваривао.

На овом месту предмет анализе су најчешћи случајеви повреде права запосленог који за собом повлаче накнаду материјалне штете.

¹⁶ П. Јовановић, *op. cit.*, стр. 321.

3.1. Накнада материјалне штете због незаконитог престанка радног односа

Незаконит отказ је релативно честа повреда права из радног односа, као и судски спорови поводом истог.

Наиме, у ситуацији када по одлуци послодавца запосленом престане радни однос, а запослени касније пред судом покрене питање законитости такве одлуке која у поступку буде поништена, запослени има право на накнаду материјалне штете. Како смо на почетку овог рада навели, накнада материјалне штета има за циљ успоставу ранијег стања, реституцију у погледу имовине оштећеног. То се постиже тако што се запослени враћа на рад и досуђује му се накнада у висини зараде за онај период који није радио. Запослени може потраживати и неисплаћене зараде до момента када му је престао радни однос, али у овом делу предмет разматрања биће само штета уско повезана са незаконитим престанком радног односа.¹⁷ Осим зараде, штету чине и друга примања по основу радног односа као и пратећи порези и доприноси надлежним фондовима.

Висина накнаде може се одредити као просек зарада које је оштећени остваривао док је био у радном односу код послодавца, а за време које би иначе остварио да није дошло до незаконитог отказа. Или, на пример, као просек зараде на истим или сличним пословима за период који оштећени није радио. Судски поступак обично у највећем делу протиче око питања законитости престанка радног односа, док се питање висине штете углавном решава налазом вештака или обрачуном послодавца о висини накнаде зараде.

Како смо горе навели, запослени има право на накнаду зарада за време које није радио, међутим уколико повратак на рад није могућ због околности на страни послодавца, запослени има право на накнаду уместо враћања на рад.

Према једној пресуди, право на интегралну штету, сагласно одредби чл. 191 ст. 2 Закона о раду, представља последицу реституције, док право на паушалну штету, сагласно одредби чл. 191 ст. 4 Закона о раду, представља супституцију реинтеграције запосленог из чега произилази да једно право не искључује друго (Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж 1.2862/12 од 3. априла 2013. године).

¹⁷ М. Николић, „Нека спорна питања код заштите права запослених“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 3/2013, Intermex, Београд, 2013, стр. 60–75.

Једно од специфичних питања у случају незаконитог престанка радног односа представља дужност оштећеног да предузме радње за смањење штете и у чему се те радње састоје. Наиме, у конкретном случају, нема обавезу да тражи други посао иако је то пожељно, а чињеница да се можда није пријавио на евиденцију Националне службе за запошљавање не може бити разлог за одбијање његовог захтева за накнаду штете, па према томе радња која се тражи од оштећеног у циљу уклањања штете у овом случају јесте побијање незаконитог решења о престанку радног односа, а коју радњу је радник предузео.¹⁸

3.2. Накнада штете због смањења радне способности

Смањена радна (професионална) способност обично настаје као последица повреде на раду или у вези са радом. О штети због смањења радне способности можемо говорити у ситуацији када радник због смањене радне способности остварује мању зараду у односу на примања која би остваривао да до смањења радне способности није дошло.

Законом је прописано правило према којем ако повређени због потпуне или делимичне неспособности за рад губи зараду, или су му потребе трајно повећане, или су могућности његовог даљег развијања и напредовања уништене или смањене, одговорно лице дужно је плаћати повређеном одређену новчану ренту, као накнаду за ту штету.¹⁹

Најчешћи је случај да оштећени радник због смањене радне способности не остварује зараду на свом радном месту у оноликој мери у којој је остваривао пре умањене радне способности или пак буде распоређен на друго радно место према својој смањеној радној способности на којем му је зарада умањена због нижег вредновања овог радног места.²⁰

У сваком случају, постоји разлика у заради у односу на период пре и након умањења радне способности, на коју запослени има право.

Висина накнаде може се утврдити као и код утврђивања зараде због престанка радног односа, било као просечна зарада пре смањења радне способности, просечна зарада након, па онда утврдити разлику, или као разлику између просечне зараде на истим или сличним пословима и просечне зараде које тренутно остварује, након смањења радне

¹⁸ С. Радунковић, *Одговорност послодавца за штету* – докторска дисертација, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2014, стр. 53–54.

¹⁹ Закон о облигационим односима, члан 195.

²⁰ Исто, стр. 50.

способности. У сваком случају, треба тежити потпуном обештећењу запосленог и методи утврђивања разлике која је најадекватнија у сваком конкретном случају.

У случају да радник због смањене радне способности мора отићи у инвалидску пензију, тада постоји разлика између примања која би имао да до смањења радне способности није дошло, као и примања која има као инвалидску пензију. Разлика се односи на период до доношења судске одлуке, па се тај део обично исплаћује у једнократном износу, док се разлика и примањима која запослени има након доношења судске одлуке најчешће исплаћује у виду ренте. Висина ренте зависи од околности конкретног случаја, међутим рента није непромењива па се рецимо у случају промењених околности, на захтев даваоца или примаоца, рента може повећати или на крају и укинути.

Приликом одређивања накнаде штете по основу смањене радне способности треба разматрати о свим околностима случаја, а свакако и о евентуалној одговорност на страни запосленог, што треба да доведе до правичне накнаде.

3.3. Накнада трошкова лечења и сахране

У случају настанка повреде на раду или у вези са радом, запослени има право на накнаду трошкова лечења, неге и других издатака које је имао због повреде. Трошкови које оштећени има надокнађују се у висини стварних трошкова лечења и рехабилитације, уколико ти трошкови нису покривени здравственим или неким другим осигурањем. Ради се о неопходним медицинским третманима који су у конкретном случају према мишљењу медицинске науке потребни и према медицинским стандардима уобичајени.

Када наступи смрт, штетник има обавезу да надокнади све трошкове сахране и који су уобичајени према локалним обичајима где се врши сахрана. У том смислу, Законом о облигационим односима прописано је да, ко проузрокује нечију смрт, дужан је накнадити уобичајене трошкове његове сахране.²¹

Могуће је, такође, општим актом или уговором о раду ближе утврдити поједина питања везана се износ накнаде која припада запосленом, односно члановима његове породице.²²

²¹ Закон о облигационим односима – члан 193.

²² Ф. Бојић, „Право на накнаду погребних трошкова“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2013, Београд, 2013, стр. 165 и даље.

Под овим трошковима сматрају се трошкови набавке хране и пића, превоза и опреме умрлог и други неопходни издаци, али не и издаци за одавање помена након сахране.

3.4. Накнада штете због повреде права на коришћење годишњег одмора

Право на годишњи одмор једно је од права из радног односа. За време годишњег одмора запослени не ради али прима накнаду зараде. Накнаду штете за неискоришћени годишњи одмор треба разликовати у две ситуације:

Прво, случај када послодавац онемогући коришћење годишњег одмора запосленом. Према једном примеру из судске праксе, пошто запослени није искористио годишњи одмор, а у време одмора запослени је радио када је требало да се одмара, за тај рад запослени је примио зараду – плату колико она износи, а треба да прими и накнаду штете за некоришћење годишњег одмора. Али пошто би запослени примио накнаду зараде а да није радио, то је запослени оштећен за износ висине накнаде те зараде што представља штету коју је запослени претрпео.²³ Послодавац је у том случају одговоран за штету.

Друго, у случају када због незаконитог отказа запослени није радио у време када је требало да одмара, запослени има право на накнаду неисплаћених зарада која у себи садржи накнаду штете за неисплаћени годишњи одмор, па у том случају запосленом не припада накнада због онемогућавања коришћења годишњег одмора.

Према Закону о раду, накнада штете за неискоришћени годишњи одмор се исплаћује запосленом коме је престао радни однос, независно од тога по којем је основу престао.²⁴ Дакле, уколико запослени не искористи одмор према правилима о коришћењу годишњег одмора, он не стиче аутоматски право на накнаду због неискоришћеног одмора, већ само ако му радни однос престане. Напоменимо да овде није реч о онемогућавању коришћења годишњег одмора као повреде права из радног односа, већ о томе да због престанка радног односа запослени није користио право на годишњи одмор који га иначе следује. Међутим, уколико радни однос траје, онда може, сходно члану 164 Закона о раду, да тражи накнаду штете. Наведеним чланом предвиђено је да, ако запосле-

²³ Решење Врховног суда Србије, Рев. 4127/93 од 22. 12. 1993. године.

²⁴ Закон о раду – члан 76.

ни претрпи повреду или штету на раду или у вези са радом, послодавац је дужан да му накнади штету, у складу са законом и општим актом.

Упитно је да ли ће се запослени у овој ситуацији одлучити да тужи послодавца имајући у виду да на том послу треба и даље да ради.

4. Закључак

У раду су изнете неке карактеристике материјалне штете које су битне са радноправног аспекта. Истичемо да је питање штете и накнаде штете врло широко подручје те да би свеобухватна анализа обухватала и нека питања која нису била предмет разраде у овом тексту, попут неких случајева искључења одговорности (виша сила), подељене одговорности за штету, других повреда права запосленог, поступка остваривања накнаде штете итд. Иако се у једном делу говори о одговорности запосленог за штету према послодавцу, акценат је ипак стављен управо на одговорност послодавца за штету према запосленом из разлога што је штета према запосленом животно чешћа појава.

Радно законодавство као *lex specialis* регулише накнаду штете само у појединим аспектима, док се у недостатку норми примењују правила општег грађанског права.

Међутим, постоје и питања попут одговорности и накнаде штете у ситуацији када радник један другоме проузрокује штету. Да ли ће се у том случају применити општа правила грађанског права, каква је одговорност у случају када је штета настала у вези са радом, да ли ће се повреда оштећеног сматрати повредом на раду, није још прецизно одређено у правној науци.

Такође, на пример питање накнаде штете послодавцу који је по правноснажној и извршној пресуди другостепеног суда вратио запосленог на рад и исплатио му штету у виду неисплаћених зарада, уплатио порезе и доприносе, због незаконитог радног односа, па се у поступку по ванредном правном леку преиначи пресуда и утврди да није било незаконитог отказа, неке су од ситуација које нису уређене, а пракса нема јединствен став.

Поред напред наведеног, чињеница је да су радни спорови за накнаду материјалне штете због повреде имовинских права чести, што даје на значају питању накнаде материјалне штете из радног односа. У

раду је изнето неколико случајева накнаде материјалне штете, иако то нису једини.

У савременим условима рада, притисак на запосленог је велики, жеља за стицањем профита на страни послодавца такође велика, па се ствара радно окружење у којем повреде на раду и повреде права запослених нису реткост.

Тренутна регулатива у области накнаде штете из радног односа свакако није довољна, садржана је у више правних прописа, што са једне стране ствара могућу несигурност, а са друге стране није ни потпуна имајући у виду развој науке и технике, правних односа, те могућност стварања штете по разним другим видовима. Свакако би било практичније и целисходније обухватити питање накнаде штете једним посебним прописом којим би се на један свеобухватан начин уредило питање накнаде штете у радном односу.

Литература и извори

Andrejević, S., „Odgovornost za štetu na radu i u vezi sa radom“, *Naknada štete i osiguranje*, Intermex, Budva–Beograd, 2005.

Андрејевић, С., „Пракса Врховног суда Србије у споровима из радних односа“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2008, Београд, 2008.

Бојић, Ф., „Право на накнаду погребних трошкова“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2013, Београд, 2013.

Брковић, Р., Урдаревић, Б., Антић, Александар, *Практикум за радно и социјално право*, Службени гласник, Београд, 2016.

Јовановић, П., *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2015.

Лубарда, Б., „Ars boni et aequi у радном праву“, *Правни живот*, бр. 11/00, Београд, 2000.

Николић, М., „Нека спорна питања код заштите права запослених“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 3/2013, Intermex, Београд, 2013.

Поповић, В., „Накнада штете у области радних односа“, *Радно и*

социјално право, Београд, свеска за 1999.

Радишић, Ј., *Облигационо право*, општи део, Номос, Београд, 2008.

Радунковић, С., *Одговорност послодавца за штету*, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2014.

Trifunović, P., „Krug lica koja imaju pravo na naknadu štete zbog smrti bliskog lica i naročito teškog invaliditeta“, *Naknada štete i osiguranje*, Intermex, Budva–Beograd, 2005.

Чолић, Б., „Повреда права запослених и прано на накнаду штете“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2007, Београд, 2007.

Закон о раду, „Сл. гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017.

Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

Закон о пензијском и инвалидском осигурању, „Сл. гласник РС“, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014.

COMPENSATION OF DAMAGE CAUSED BY VIOLATION OF RIGHTS FROM LABOR RELATIONS IN THE LAW OF REPUBLIC OF SERBIA

Radoje Brković, PhD, Full Professor*
Dejan Vučinić, LL.M.**

Conclusion

The paper presents some of the peculiarities of material damage that are important from the labor aspect. We point out that the issue of damage and compensation of damages is very wide, and that comprehensive analysis would include some issues that were not subject to elaboration in this text, such as some cases of exclusion of responsibility (force majeure), shared liability for damage, other violations of employee rights, procedure damages, etc. Although in one part it discusses the responsibility of the employee for damage to the employer, the accent is nevertheless placed on the responsibility of the employer for damage to the employee, because the damage to the employee is more likely to occur more often.

*Labor legislation as *lex specialis* regulates damages only in certain aspects, while in the absence of norms the rules of general civil law apply.*

However, there are issues such as liability and compensation for damage in a situation where an employee causes damage to one another. In this case, will the general rules of civil law apply, what is the liability in case of damage arising in connection with work, whether the injured person's injury will be considered as an injury at work, which are not yet precisely determined in the legal science.

Also, for example, the issue of compensation for damages to an employer who, according to the final court and executive judgment of the court of justice, returned the employee to work and paid him damages in the form of unpaid salaries, paid taxes and contributions due to illegal employment, and in the procedure for extraordinary legal remedy the judgment and found that there was no unlawful termination, some of the situations are not regulated, and practice has no single position.

* Faculty of Law of the University in Kragujevac

** Faculty of Law of the University in Kragujevac

In addition to the above, the fact is that labor disputes for material damages due to violation of property rights are frequent, which gives the importance of the issue of compensation of pecuniary damage from employment. Several cases of pecuniary damage have been reported in the paper, although they are not the only ones.

In modern working conditions, the pressure on the employee is high, the desire to obtain profits on the employer's side is also high, creating a work environment in which workplace injuries and employee rights violations are not a rarity.

The current regulations in the area of compensation for damages from employment are not enough, it is contained in several legal regulations, which on the one hand creates possible uncertainty, and on the other hand it is not complete considering the development of science and technology, legal relations, and the possibility of creating damage various other aspects.

It would, of course, be more practical and worthwhile to cover the issue of compensation for damage by a special regulation that would regulate in a comprehensive manner the issue of compensation for damages in employment.

HETEROGENOSTI I ZAKONSKE NEDOREČENOSTI DISCIPLINSKE ODGOVORNOSTI RADNIKA

Dr. sc. Marinko Đ. Učur*

***Sažetak:** Radni odnos je složen i poseban (specifičan) pravni odnos (po načinu reguliranja, sadržaju odnosa, prava, obveza i odgovornosti i postupku njegovog ostvarivanja i zaštite). To se odnosi i na disciplinsku odgovornost radnika u radnom odnosu: utvrđivanje radnih obveza, povrede radnih obveza i izricanje mjera (sankcija, kazni) zbog tih povreda u unaprijed propisanom postupku.*

Analizirani zakoni o radu (pojedinih država) imaju dosta nedorečenosti i praznina. Rješenja su heterogena. To „praksa“ različito koristi i stvara se pravna nesigurnost. „U ime vladavine prava“ to se treba potpunije regulirati, a dosljednije i preciznije urediti autonomnim općim aktima (u materijalnom i procesnom pravnom i procesnom pravnom smislu).

***Ključne riječi:** radni odnosi, disciplinska odgovornost, reguliranje i realiziranje, zakonske nedorečenosti.*

1. Uvod

U radnom zakonodavstvu države uređuju se dvije vrste odgovornosti radnika (službenika) u radnom odnosu: disciplinska odgovornost (odgovornost za povredu radnih dužnosti, odgovornost za povredu radnih odnosa, stegovna odgovornost i sl.) i odgovornost za štetu (a manje se govori o materijalnoj odgovornosti, odnosno imovinskoj i neimovinskoj odgovornosti). U nekim

* Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Jadranski trg 3a, 51000 Rijeka,
e-mail: marinko.ucur051@gmail.com

propisima govori se o kršenju obveza; radnim obvezama; drugim obvezama radne discipline; o povredama „drugih obveza“ na radu i u vezi s radom, itd.¹

Okvir za navedene pojmove je „struktura“ pravne norme (u hipotezi, dispoziciji i sankciji) ali i u sadržaju radnog odnosa kao posebnog (specifičnog) pravnog odnosa koji čine prava, obveze i odgovornosti subjekata tog odnosa. U sadržaju radnog odnosa nastale su radikalne promjene (i u pravima i u obvezama i u odgovornostima). Naglašen je ugovorni karakter radnog odnosa. Statusni radni odnos „rezerviran“ je za službenički odnos (državnih službenika i s njima izjednačenih subjekata (zaposlenih). Razlika je evidentna u reguliranju, realiziranju (ostvarivanju) i zaštiti prava, obveza i odgovornosti u tako „klasificiranim“ radnim odnosima.

Kao obveze radnika na radu (radnopravne obveze) mogu biti propisane samo one obveze koje „proizlaze“ iz rada u radnom odnosu (nesamostalnog rada, rada za drugoga, rada za plaću, rada po uputama poslodavca) a njihovo neizvršavanje ili „pogrešno“ izvršavanje ima za posljedicu narušavanje discipline na radu: organizacije rada i radnog procesa. Moraju biti unaprijed određene (Nullum crimen sine lege) jer se o povredi (o disciplinskom djelu) može govoriti samo ako je propisana radna obveza povrijeđena.

Disciplinska odgovornost radnika je dio pozitivnopravnog sustava države u kojoj se uređuje i, u pravilu, realizira radni odnos. Ova odgovornost je pozitivnopravna. Treba biti usklađena sa sustavom odgovornosti u određenoj državi. Odgovornost je posljedica kršenja (povređivanja, neispunjavanja) radnih obveza ili protupravnog ponašanja radnika (činjenja i nečinjenja), a onda iza toga slijedi sankcija (mjera, kazna).

Disciplinska odgovornost radnika je radnopravni institut. Čine je brojne norme (materijalno i procesno pravne) svih klasifikacija propisa: heteronomnih i autonomnih, svih razina (od poslodavca, države, EU i normi međunarodnog radnog prava – prava UN, Konvencija MORa (ILO) i drugih). To je odgovornost za poštivanje (dobro) postavljene organizacije rada, vođenja i kontrole svih subjekata koji sudjeluju u tom procesu. Čine je sva pravila, mjere i sredstva, oblici i postupci da se, u skladu sa procesom, to realizira.²

Radnik osobno odgovara za osobni rad i povredu pravila. Zbog toga treba i da snosi posljedice (mjere, kazne, sankcije), ako se i kada utvrdi da je za to kriv.

¹ Žaja, Božo, *Radno i socijalno pravo*, Logos, Split, 2001; Kenović, Mehmed, Dedić, Sead, *Osnove radnog prava*, Sarajevo 1999.

² Preporuka MORa (ILO) br. 130 o razmatranju žalbi i prigovora u poduzeću s ciljem njihovog rješavanja.

To se ne može poistovijetiti sa drugim oblicima odgovornosti (kaznena odnosno krivična, prekršajna ili odgovornost za štetu) jer je radni odnos različit od drugih (kaznenopravnih, prekršajnoprnih i odnosa odgovornosti za štetu) odnosa po subjektima, po sadržaju, načinu nastanka, trajanju i prestanku, po normama koji te odnose uređuju, koji se može i treba razumjeti koristeći metode drugih nauka: ekonomije rada, industrijske psihologije, ergonomije, medicine rada, i drugih koji omogućavaju (bolje i potpunije) razumijevanje sadržaja radnih odnosa, a ne samo pravnih metoda.

2. Pravila o odgovornosti

Pravila o odgovornosti kod poslodavca moraju biti usklađena i adekvatna sustavu odgovornosti u državi i njenom pravnom sustavu, i odnosima koji vladaju u tako organiziranom društvu. Poslodavci su različito organizirani bez obzira na propisani oblik trgovačkih društava i s njima (u osnivanju i registraciji) izjednačenih subjekata; različite su im djelatnosti, poslovodni i drugi organi, unutarnja organizacija, „struktura“ radnika i realizacija poslovanja na tržištu.

Naglašena je heteronomna regulativa u subjektima odgovornosti, vrstama i oblicima odgovornosti ali i makar površno (djelomično) i u postupcima (organi, radnje, rokovi) utvrđivanja disciplinske odgovornosti radnika na radu i u vezi s radom. „U pitanju je odgovornost za rad ili u vezi s radom radnika.“³

Pravila o odgovornosti utvrđuju subjekte: radnik u radnom odnosu (koji odgovara za obavljanje radnih obveza, nepridržavanje normi, kada povredu učini svojom krivnjom). U disciplinskoj odgovornosti radnik odgovara za umišljaj i nehaj, a kod odgovornosti za štetu u namjeri i krajnjoj nepažnji. Za odgovornost moraju biti utvrđene obveze radnika. U tome je potrebna i efikasna kontrola. Poslodavac odgovara radniku za štetu po pravilima građanskog prava. Poslodavac provodi postupak.

Radniku se mora dokazati da je kriv. To onda zahtijeva postupak koji unaprijed mora biti propisan (organi, radnje, rokovi) i proveden pravilno, ekonomično, efikasno i brzo. To treba urediti autonomnim općim aktom (propisom), u skladu sa zakonom.

³ Tintić, Nikola, *Opšti problemi odgovornosti...* Zbornik „Odgovornost u OUR“, Savr. administracija, Beograd, 1978, str. 9.

3. Zakon o radu (Republike Hrvatske) „N.N.“ 93/14 i 127/17 i stegovna (disciplinska) odgovornost

Odredbe Zakona o radu (u RH) koje uređuju pitanje i odnose o radnoj disciplini, radnim dužnostima i disciplinskoj odgovornosti radnika „zbog povrede radne dužnosti“ su paušalne, površne, nedorečene i difuzne. Može se reći da ti pojmovi i odnosi nisu, u tom propisu, uređeni pa je „ostavljeno“ da se to „nadomjesti“ u praksi poslodavaca, mirovnih vijeća, arbitraža, sudova, inspekcija i drugih subjekata izvan poslodavca. Tako i biva.

Radnik (zaposlenik, djelatnik, službenik, namještenik i dr.) je uvijek fizička osoba koja osobno obavlja rad u službi poslodavca i za poslodavca, po njegovu nalogu i uputama (organizaciji rada), za plaću, u vremenu i prostoru koji određuje poslodavac.

Osnovna obveza radnika je da radom da „rezultat“ po kvalitetu i kvantitetu koji se „očekuje“ (planira, normira, propisuje, koji je „standardan“ i sl.); da obavlja rad u dobroj vjeri, marljivo, savjesno, u skladu sa prirodom stvari i pravilima struke (lege artis), da čuva sredstva rada, materijal i sirovine; obvezu čuvanja i učvršćivanja discipline na radu; osobnu sigurnost na radu, sigurnost drugih radnika i „trećih“ osoba; obveza lojalnosti prema poslodavcu i drugim radnicima; obveza čuvanja poslovne, službene i profesionalne tajne; obveza da ne „konkurira“ poslodavcu i druge.⁴

Uz obveze radnika vežu se pojmovi, kategorije i instituti o radnoj dužnosti, radnoj disciplini, disciplinskoj odgovornosti, disciplinskom postupku. Radnik koji ne izvrši radnu obvezu ili je vrši pogrešno, čini povredu radne obveze.

Radnik i poslodavac „dužni su pridržavati se odredbi ovog i drugih zakona, međunarodnih ugovora koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu sa Ustavom RH i objavljeni, a koji su na snazi, drugih propisa, kolektivnih ugovora i pravilnika o radu.“

Poslodavac će radniku „prije stupanja na rad... omogućiti da se upozna s propisima u vezi s radnim odnosom... s organizacijom rada i zaštitom zdravlja i sigurnosti na radu“. Poslodavac za „propušteno“ ne odgovara (nije propisan prekršaj). Međutim, od radnika se zahtijeva da se ponaša po tim propisima jer u suprotnom čini „težu povredu radne dužnosti“ (disciplinski je odgovoran, sve do otkaza ugovora o radu zbog skrivljenog ponašanja – članak 8 i članak 115 st. 1 pod 3 Zakona o radu).

⁴ Zakon o radu, „N.N.“ 93/14 i 127/17.

„Обvezni sadržaj“ ugovora o radu, po odredbama članka 15 Zakona o radu, nema odredbi o disciplinskoj odgovornosti radnika. To ne znači da poslodavac i radnik to ne mogu utanačiti i unijeti u pisani sadržaj ugovora o radu, odnosno regulirati autonomnim općim aktima, u skladu sa zakonom. Isto važi i za ugovore o radu za stalne sezonske radnike; na izdvojenom mjestu rada; u slučaju upućivanja radnika u inozemstvo i drugi. (članak 16 do 18 Zakona o radu).

Česti su sporovi o „obvezi radnika da obavijesti poslodavca o bolesti ili nekim drugim okolnostima“ iz članka 24 Zakona o radu i „korištenja“ bolovanja.

Nema slaganja niti među teoretičarima niti „praktičarima“ o sadržaju pravilnika o radu, pogotovo u dijelu odredbi kojima bi se uređivale radne dužnosti (obveze radnika) i disciplinska odgovornost. Uostalom, to zakoni ne zabranjuju, jer odgovornost spada u uvjete rada.⁵

Posebne obveze radnika odnose se na poštivanje propisa u pravu zaštite na radu (zaštiti života, zdravlju i privatnosti). To se odnosi i na „posebno zaštićene kategorije“ radnika/radnica (trudnice, žene koje su rodile ili doje djecu) i korištenje roditeljskog, posvojiteljskog dopusta i drugih prava navedenih subjekata „u skladu s posebnim propisima“.

Poštivanje radnog vremena čest je razlog da poslodavac pozove radnika na „odgovornost“ a ima za posljedicu i otkaz ugovora o radu zbog skrivljenog ponašanja radnika (članak 60–72 Zakona o radu).

„Zakonska zabrana natjecanja“ (članak 101) čest je „razlog“ otkaza ugovora o radu zbog skrivljenog ponašanja radnika (čl. 115 st. 1 pod 3) Zakona o radu.

„Izvanredni otkaz ugovora o radu“ predstavlja vrlo složeno pitanje i odnos, a zahtijeva preciznije autonomne odredbe o „osobito teškoj povredi obveze iz radnog odnosa ili druge osobito važne činjenice“ (članak 116 Zakona o radu). Kao što se vidi ovdje, Zakon izriječno govori o „osobito teškoj povredi obveze iz radnog odnosa“ što je „neizravan nalog“ da se to autonomno regulira i precizira.

Posebno zahtjevne odredbe su u članku 119 Zakona o radu. „Postupak prije otkazivanja“ (u slučaju redovitog otkazivanja uvjetovanog ponašanja radnika) i obveza poslodavca da pisano upozori radnika „u slučaju nastavka povrede te obveze“; omogućavanje radniku da „iznese svoju obranu“. To je poseban postupak i mora biti propisan. To se odnosi i na odredbu članka 120

⁵ Bogičević, Čedomir, *Uticao sankcija na radne odnose*, Poslovna politika, Beograd, 1991.

st. 2, „Poslodavac mora u pisanom obliku obrazložiti otkaz“. Kako će to biti uređeno odlučuju subjekti ali zbog pravne sigurnosti i poštivanja navedenih načela to treba regulirati autonomnim općim aktima.⁶

U odredbama Zakona o radu o „ostvarivanju prava i obveza iz radnog odnosa“ (članak 131–139) uređuju se pitanja i odnosi: odlučivanje o pravima i obvezama iz radnog odnosa; dostava odluke o pravima i obvezama iz radnog odnosa; sudska zaštita prava iz radnog odnosa; zaštita dostojanstva radnika; teret dokazivanja u radnim sporovima; arbitraža i mirenje; pretpostavka suglasnosti s odlukama poslodavca i drugo.

Navedene odredbe Zakona o radu tako su stipulirane da reguliraju precizniju autonomnu regulativu o ostvarivanju prava i obveza iz radnog odnosa (prava, obveze i odgovornosti; tijela (subjekti) koji odlučuju o pojedinim (individualnim) pravima, obvezama i odgovornosti radnika, o radnjama (postupcima) i rokovima koji se u tom postupku moraju poštivati.

To se posebno odnosi na:

– Ovlaštenje poslodavca pravne osobe „osobi ili organu“ da ga zastupa u „ostvarivanju prava i obveza iz radnog odnosa ili u vezi s radnim odnosom“ u skladu sa statutom, društvenim ugovorom, izjavi o osnivanju ili drugim pravilima pravne osobe“ (članak 131 st. 2 Zakona o radu). Doslovno to znači da ta obveza mora biti autonomno regulirana, a naglasiti je da to može biti i „drugim pravilima pravne osobe“ (pravilnik o radu, poslovnik o radu i dr.). Treba propisati i postupak „prenošenja punomoći navedenih subjekata na drugu poslovno sposobnu punoljetnu osobu“ (čl. 131 st. 3 Zakona o radu). To se ne smije „improvizirati“ i prepustiti prakticismu jer se odlučuje o pravima (i obvezama) i slobodama, što ne može biti prepušteno ad hoc rješenjima.

– Postupak „dostave odluke o otkazu ugovora o radu“ kao i odluka o zaštiti prava iz radnog odnosa iz članka 133 Zakona o radu treba precizno propisati kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu i to bez obzira na to što se „na odgovarajući način (primjenjuju) odredbe o dostavi iz propisa kojim je uređen parnični postupak“ (članak 132 i 133 Zakona o radu).

– Mirno rješavanje nastalog spora, kao način i oblik rješavanja spora između radnika i poslodavca je poseban „specifičan i složen“ postupak i mora biti uređen autonomnim općim aktom, bez obzira na to što „nakon okončanja tog postupka“ može biti podnesena tužba sudu nadležnom za radne sporove. To se može urediti kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu (čl. 133 i 136 Zakona o radu).

⁶ Baltić, Aleksandar, Despotović, Milan, *Osnove radnog prava Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1981.

– Samo autonomnim općim aktima uz Zakon o radu, posebni zakon, mogu se urediti „postupak i mjere zaštite dostojanstvo od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja, jer i u tim odnosima javlja se pitanje disciplinske odgovornosti (čl. 134 Zakona o radu). Tu je bitan postupak (kod poslodavaca i pokretanje postupka pred sudom). „Ponašanje radnika koje predstavlja uznemiravanje ili spolno uznemiravanje predstavlja povredu obveze iz radnog odnosa. Protivljenje radnika koje predstavlja uznemiravanje ili spolno uznemiravanje ne predstavlja povredu iz radnog odnosa niti smije biti razlog za diskriminaciju“ (čl. 134 st. 9 i 10 Zakona o radu).

– Kod poslodavca kod kojeg je utemeljeno radničko vijeće, sporazumom između radničkog vijeća i poslodavca treba urediti postupanje tih subjekata pri otkazu ugovora o radu (pa i zbog skrivljenog ponašanja radnika čl. 150 Zakona o radu). To se odnosi i na primjenu odredbi članka 157 Zakona o radu. Članovi radničkog vijeća mogu odgovarati disciplinski.

– Autonomno treba regulirati disciplinsku odgovornost u postupanju u vezi „zabrane nejednakog postupanja zbog sindikalnog članstva ili djelatnosti (članak 186) kao i „štićenje i promicanje prava i interesa članova sindikata“ od sindikalnog povjerenika i predstavnika (članak 187), odnosno „zaštiti sindikalnih povjerenika“ (članak 188 Zakona o radu).

– Kolektivnim ugovorom mogu se urediti pitanja „sadržaja... radnih odnosa... te druga pitanja u radnom odnosu i u vezi s radnim odnosom, u koje neosporno spada i disciplinska odgovornost“, a pravila „sadržana u kolektivnom ugovoru primjenjuju se neposredno i obvezno“ (članak 192 Zakona o radu).

– To se odnosi i na odredbe članka 215 Zakona o radu.

4. Zakon o radu Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“ 62/15 od 12.8.2015)

„Ovim se zakonom uređuje... ostvarivanje prava i obveza iz radnog odnosa...“ (članak 1). „Radnik, u smislu ovog zakona jest fizička osoba koja je uposlena na temelju ugovora o radu“ (članak 6). „Poslodavac utvrđuje mjesto i način obavljanja rada poštujući pri tome prava i dostojanstva radnika, a radnik je obvezan, prema uputama poslodavca datim sukladno prirodi i vrsti rada, osobno obavljati preuzeti posao, te poštivati organizaciju rada i poslovanja kod poslodavca, kao i zakone i opće akte poslodavca“ (čl. 7 st. 1).

Navedene odredbe čine osnov disciplinske (stegovne) odgovornosti radnika u radnom odnosu. Za tu odgovornost treba ispuniti brojne pretpostavke, kao: utvrđeno mjesto i način obavljanja rada; upute poslodavca kako radnik treba obaviti preuzeti posao; postavljena organizacija rada i poslovanja kod poslodavca s kojom radnik mora biti upoznat da bi ih poštivao, kao i upućivanje radnika na zakone i opće akte poslodavca, po kojima će se „vladati“. To treba „postići“ u postupku „uvođenja u posao“, stalnim informiranjem radnika dok radni odnos traje i drugim oblicima suradnje poslodavca s radnikom.

Zabranjena je izravna i neizravna diskriminacija radnika, uznemiravanje i spolno uznemiravanje, nasilje na temelju spola, kao i sustavno uznemiravanje na radu ili u vezi s radom (mobing) radnika (članak 8 i 9). Zabrana diskriminacije odnosi se i „na uvjete rada i sva prava iz radnog odnosa“ (članak 10). Na poslodavcu je „teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije“ (članak 12).

Radnik ne može odgovarati ako koristi „pravo na vođenje građanskog ili kaznenog postupka“ (članak 13) ili koristi „slobodu udruživanja“ (članak 14). Sindikalni predstavnici ne mogu odgovarati ako rade u skladu sa zakonom, kolektivnim ugovorom i pravilima udruge. (članak 18).

Prava i obveze u vezi s obrazovanjem, osposobljavanjem i usavršavanjem za rad imaju i određene odgovornosti (članak 31) u skladu s kolektivnim ugovorom i pravilnikom o radu.

Posebne odredbe Zakona odnose se na sigurnost i zdravlje na radu (članak 55 i drugi). Tako, u članku 71 Zakon utvrđuje posebnu zaštitu „radniku koji je pretrpio povredu na radu ili je obolio od profesionalne bolesti“, a odnosi se na zabranu poslodavcu da tom radniku da otkaz ugovora o radu, „osim ako je počinio teži prijestup ili težu povredu radne obveze iz ugovora o radu“. To važi i za radnika s ugovorom o radu na određeno vrijeme (čl. 71 st. 1–3). Ovdje treba istaći da se izričito govori o „težem prijestupu ili teškoj povredi radne obveze“. Još je zanimljivije da piše što je to „po ugovoru o radu“. To bi značilo da ako ugovorom o radu nije uređen „teži prijestup“ odnosno „teža povreda radne obveze“ onda do toga ne može doći ili se navedene odredbe ne mogu primijeniti. No, nije tako.

U odredbama o plaći i nadoknadi plaće ima odredbi koje ako radnik ne poštuje mogu imati za posljedicu disciplinsku odgovornost (npr. čl. 79 st. 4 „pojedinačne isplate plaće nisu javne“). To se odnosi i na odredbe o izumima, predmetima industrijskog dizajna i tehničkim unaprjeđenjima radnika (čl. 84). Posebno treba upozoriti na odredbe o zabrani natjecanja radnika s poslodavcem (naročito „zakonsku zabranu natjecanja“ – čl. 85). Odgovornost radnika za štetu ne isključuje disciplinsku odgovornost radnika (čl. 89–92).

4.1. Autonomno utvrđivanje povreda radnih obveza

Zakon je izričito, u odredbama članka 97, propisao „kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu utvrđuju se vrste prijestupa ili povreda radnih obveza...“, zbog kojih poslodavac može otkazati ugovor o radu radniku „bez obveze poštivanja otkaznog roka“. Istina, „teži prijestup ili teža povreda radnih obveza“ moraju biti „takve prirode da ne bi bilo utemeljeno očekivati od poslodavca da nastavi radni odnos“. I to je razlog više da se to autonomnom normom precizira, a ugovor o radu na to „pozove“.

Zakon klasificira protupravna ponašanja na teže i lakše prijestupe odnosno povrede radnih obveza. Tu kvalifikaciju treba poštivati i u autonomnom uređivanju tih pitanja i „opisati“ (kako zakon kaže „vrste prijestupa ili povreda radnih obveza...“). To tim više što „u slučaju spora zbog otkaza ugovora o radu na poslodavcu je teret dokazivanja postojanja opravdanog razloga za otkaz ugovora o radu u smislu članka... 97 st. 1 i 2. ovog zakona“ (članak 102).

Poseban je postupak propisan i odredbom članka 103 o „suglasnosti za otkaz sindikalnom povjereniku“ (rokovi, prethodna suglasnost federalnog ministra nadležnog za rad, zamjena suglasnosti sudskom odlukom i dr.).

„Poslodavac je obvezan, u pisanoj formi, obrazložiti otkaz“ (članak 104 st. 2 i članak 106 st. 4).

Pravo na otpremninu nema radnik kojem poslodavac otkazuje ugovor o radu „ako se ugovor otkazuje zbog kršenja obveze iz radnog odnosa ili zbog neispunjavanja obveza iz ugovora o radu...“ (članak 111).

4.2. Odlučivanje o pravima i obvezama iz radnog odnosa

O pravima i obvezama radnika odlučuje poslodavac ili druga ovlaštena osoba „određena statutom ili aktom o osnivanju“ (čl. 112 st. 1), a kod poslodavca fizičke osobe on ili druga poslovno sposobna punoljetna osoba koju je „pisanom punomoći“ ovlastio poslodavac (čl. 112 st. 2).

Zaštitu povrijeđenog prava radnik traži zahtjevom kod poslodavca (interna zaštita) i tužbom pred mjerodavnim sudom (eksterna zaštita) u rokovima i na način određen člankom 114.

Disciplinska odgovornost radnika može biti predmet mirnog rješavanja spora između radnika i poslodavca, iako to nije izričito utvrđeno u Zakonu. To može biti i u slučaju „prenošenja ugovora o radu sa slučajem promjene poslodavca“ u kom slučaju „radnik... zadržava sva prava iz radnog odnosa koja je stekao do dana prijenosa ugovora o radu“ (članak 117).

4.3. Pravilnik o radu

Pravilnikom se, pored točno navedenih prava (i pitanja) u odredbama članka 118 „uređuju... i druga pitanja značajna za radnika i poslodavca, sukladno zakonu i kolektivnom ugovoru“. U ta „pitanja“, neosporno ulaze i pitanja disciplinske odgovornosti.

4.4. Prava vijeća uposlenika i sindikata

Vijeće uposlenika i sindikat imaju pravo zastupati radnike... kod poslodavca u zaštiti njihovih prava i interesa“ (članak 119).

„Sindikat... sukladno ovom zakonu ima pravo zastupati svoje članove pred poslodavcem, tijelima vlasti, udrugama poslodavaca, drugim institucijama odnosno pravnim osobama“ , a „pred poslodavcem imaju svi sindikati sukladno pravilima...“ (čl. 131).

Sindikat je subjekt kolektivnog pregovaranja i sklapanja kolektivnog ugovora kojim se, pored drugog, uređuju „prava i obveze iz radnog odnosa ili u vezi s radnim odnosom“ (čl. 141 st. 1). „Strane kolektivnog ugovora kao i radnici koji ostvaruju prava iz tog kolektivnog ugovora mogu pred mjerodavnim sudom zahtijevati zaštitu prava iz kolektivnog ugovora“ (čl. 149).

4.5. Zaštita radnika sudionika u štrajku

„Radnik ne može biti stavljen u nepovoljniji položaj u odnosu na druge radnike zbog organiziranja ili sudjelovanja u štrajku...“ koji je zakonito organiziran, ali ako se „ponaša suprotno zakonu ili ako se za vrijeme štrajka namjerno nanese šteta poslodavcu, može mu se dati otkaz, sukladno zakonu...“ (članak 157).

4.6. Provođenje inspeksijskog nadzora

„Radnik, sindikat, poslodavac i Vijeće uposlenika mogu podnijeti zahtjev inspektoru rada za provođenje inspeksijskog nadzora“ (čl. 162 st. 1). Nadzor se odnosi na primjenu zakona i „na temelju njega donesenih propisa“.

4.7. Prekršaji poslodavca

Radnik ne može biti pozvan na disciplinsku odgovornost za bilo koji prekršaj koji Zakon propisuje kao protupravno ponašanje poslodavca, pa i

ako „ne omogući radniku da se očituje o elementima odgovornosti koja mu se stavlja na teret“ (članak 171).

4.8. Sve je to dokaz i razlog da se pitanje disciplinske odgovornosti radnika treba urediti autonomnim općim aktima kod poslodavca.⁷

5. Zakon o radu Republike Srbije i odgovornost u radnom odnosu („Sl. glasnik RS“ br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14)

Zakon o Radu Republike Srbije (dalje: ZRRS) već u osnovnim odredbama, regulirajući „predmet“ Zakona, govori o „pravima, obvezama i odgovornostima iz radnog odnosa, odnosno po osnovu rada...“ (čl. 1). To čini i dio sadržaja kolektivnog ugovora (čl. 3) odnosno pravilnika o radu ali pod „posebnim uvjetima“ (čl. 3 st. 2).

„Zaposleni... ne može biti pozvan na odgovornost, niti stavljen u nepovoljniji položaj u pogledu uslova rada, ako postupa u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom“ (čl. 13). U odredbama članka 15 uređene su „obveze zaposlenih“ i to precizno (taksativno) „zaposleni je dužan“, a poslodavac je dužan „pružiti zaposlenima obaveštenje... o pravima i obvezama.“ „Poslodavac i zaposleni dužni su da se pridržavaju prava i obaveza utvrđenih zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu“ (čl. 17). Prije zaključivanja ugovora o radu, poslodavac je dužan „kandidata obavestiti o... obvezama iz radnog odnosa...“ (čl. 27) Ostvarivanje „...obaveza iz radnog odnosa... počinje danom stupanja na rad“ (čl. 34).

ZRRS u posebnoj glavi XIV „Udaljenje zaposlenog sa rada“ uređuje: razloge udaljenja (pa i „nepoštovanjem radne discipline ili povredom radne obaveze ugrožava imovinu veće vrednosti utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu...“, a narav te povrede je takva „da zaposleni ne može da nastavi rad kod poslodavca“ (čl. 165). Zaposlenom će se isplatiti razlika do pune plaće „ako se ne utvrdi odgovornost zaposlenog za povredu radne obaveze ili nepoštivanja radne discipline...“ (čl. 169).

„Poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom koji svojom krivicom učini povredu radne obaveze, i to: 1) ako nesavesno ili nemarno izvršava radne obaveze; 2) ako zloupotrebi položaj ili prekorači ovlašćenja; 3) ako nesvršishodno i neodgovorno koristi sredstva rada; 4) ako ne koristi ili nenamenski koristi obezbeđena sredstva ili opremu za ličnu zaštitu na radu;

⁷ Učur, Marinko, *Nomotehnika*, Veleučilište, Rijeka, 2007. Zakon o radu, „Službene novine“ 62/15.

5) ako učini drugu povredu radne obveze utvrđenu opštim aktom, odnosno ugovorom o radu“ (čl. 179).

U ovoj odredbi propisano je da je povreda „odbijanje... poslova ili naloga... u skladu sa zakonom“, ili ako zaposleni „učini drugu povredu radne obveze utvrđene opštim aktom“, a to onda znači da se to regulira autonomno. To dalje znači da se donosi opći akt, da se objavljuje, da se primjenjuje i da se nadzire njegova primjena. U tome važe stroga nomotehnička pravila. To znači da se povrede radne obveze propisuju (reguliraju, odnosno „utvrđuju“).

U odredbama članka 179 st. 3 Zakon propisuje osam (8) slučajeva (razloga) taksativnim normiranjem kada „poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom koji ne poštuje radnu disciplinu...“ Tim metodom ZRRS ne ostavlja „puno prostora“ poslodavcu, arbitraži (sudu ili trećemu) da utvrđuje što se smatra „nepoštivanjem radne discipline...“ Istina, to je nešto ekstenzivnije utvrđeno u točki 8) „ako ne poštuje radnu disciplinu propisanu aktom poslodavca, odnosno ako je njegovo ponašanje takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca.“

U navedenim odredbama sadržan je i postupak, kao npr. kod „zloupotrebe prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad“ ili zbog „dolaska na rad pod dejstvom alkohola ili drugih opojnih sredstava“ kada poslodavac provodi poseban postupak prije otkazivanja ugovora o radu.

Pored toga što je otkaz ugovora o radu, u navedenim slučajevima, poseban način (oblik) prestanka radnog odnosa, u pitanju je i posebna mjera „za povredu radne obaveze ili nepoštivanja radne discipline“ (kao najteža mjera). To potvrđuju odredbe članka 179a ZRRS, koja propisuje i druge mjere, u slučaju „ako poslodavac smatra da postoje olakšavajuće okolnosti ili da povreda radne obveze, odnosno nepoštivanje radne discipline, nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos...“ U tom slučaju „umesto otkaza ugovora o radu...“ poslodavac može da „izrekne jednu od sledećih mera: 1) privremeno udaljenje sa rada bez naknade zarade, u trajanju od jednog do 15 radnih dana; 2) novčanu kaznu u visini do 20% osnovne zarade zaposlenog za mjesec u kome je novčana kazna izrečena, u trajanju do tri meseca, koja se izvršava obustavom od zarade, na osnovu rešenja poslodavca o izrečenoj meri; 3) opomenu sa najavom otkaza u kojoj se navodi da će poslodavac zaposlenom otkazati ugovor o radu bez ponovnog upozorenja..., ako u narednom roku od šest meseci učini istu povredu radne obveze ili nepoštivanja radne discipline“.

„Postupak pre prestanka radnog odnosa ili izricanja druge mere“ propisan je odredbama članka 180 Zakona. U tom slučaju obvezuje

poslodavca da „zaposlenog pisanim putem upozori na postojanje razloga za otkaz ugovora o radu i da mu ostavi rok od najmanje osam dana od dana dostavljanja upozorenja da se izjasni na navode iz upozorenja.“

Sadržaj „upozorenja“ propisan je odredbom stavka 2 članka 180.

Otkaz će uslijediti zaposlenom „ako mu je poslodavac prethodno dao pisano obaveštenje u vezi sa nedostacima u njegovom radu, uputstvima i privremenim rokom za poboljšanje rada, a zaposleni ne poboljša rad u ostavljenom roku“. U postupku sudjeluje sindikat čiji je zaposleni član, a poslodavac je „dužan da razmotri priloženo mišljenje sindikata“ (čl. 181).

U odredbama članka 183 propisuje se što se ne smatra „opravdanim razlogom za otkaz ugovora o radu...“

ZRRS propisuje „postupak u slučaju otkaza“: „rok zastarelosti“ (čl. 184) i „dostavljanje akta o otkazu ugovora o radu“ (čl. 185). Akt o otkazu ugovora o radu je rješenje („u pisanom obliku... i obavezno sadrži obrazloženje i pouku o pravnom leku“). U stavku 2, 3 i 4 članka 185 propisan je postupak dostavljanja rješenja. Posebna je odredba stavka 6 članka 185: „Zaposleni je dužan da narednog dana od dana prijema rešenja u pisanom obliku obavesti poslodavca ako želi da spor rešava pred arbitražom...“.

Pri ovome treba voditi računa o „posebnoj zaštiti od otkaza ugovora o radu“ (čl. 187), kao i o „pravnim posledicama nezakonitog prestanka radnog odnosa“ (čl. 191).

Za postupak u disciplinskoj odgovornosti bitne su i odredbe o „ostvarivanju i zaštiti prava zaposlenih“ (članak 192 do 196 ZRRS). U pravnoj osobi, to može biti „nadležni organ kod poslodavca, odnosno lice utvrđeno zakonom ili opštim aktom poslodavca ili lice koji oni ovlaste“, a „kod poslodavca koji nema svojstvo pravnog lica – preduzetnik ili lice koje on ovlasti“.

Sporazumno rješavanje individualnog radnog spora može rješavati arbitar, na način i po postupku iz članka 194 ZRRS. Pored toga eventualni spor rješava „nadležni sud“.

Autonomne norme o „odgovornosti iz radnog odnosa“ sadrži kolektivni ugovor (čl. 24 st. 1 ZRRS), ali i drugi opći akt kod poslodavca.

Poslodavac čini prekršaj i u slučaju „ako zaposlenom otkaze ugovor o radu suprotno odredbama „ovog zakona (čl. 179–181 i čl. 187–188.) – članak 273 st. 1 t. 6). To se odnosi i na povredu odredbi čl. 165–169. koje se odnose na udaljenje radnika, te na „nedonošenje rješenja o odgovornosti“ (čl. 193.)

ZRRS izravno propisuje obvezu autonomnog uređivanja navedenih odnosa.⁸

6. Zakon o radu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 1/16)

Zakon o Radu Republike Srpske (u nastavku: Zakon RS) uređuje radne odnose „prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa“ (čl. 1 st. 1). „Prava, obveze i odgovornosti iz radnog odnosa uređuju se kolektivnim ugovorom, a pravilnikom o radu i ugovorom o radu, samo kada je to ovim zakonom određeno“ (čl. 1 st. 4 Zakona).⁹

Kao što se vidi iz citiranih odredbi, Zakon RS već u članku 1 govori o odgovornosti, koja se mora urediti propisom. Manjkavost je u odredbi da se odgovornost, pored Zakona, uređuju „i kolektivnim ugovorom“, a „samo ako je ovim Zakonom određeno... pravilnikom o radu i ugovorom o radu“ jer se autonomnim općim aktom treba uređivati sve što nije zabranjeno, a odnosi se na uvjete rada, u najširem smislu, što osigurava sve pojedinosti (specifičnosti, karakterističnosti) radnih odnosa.

„Odredbe ovog zakona primjenjuju se na sve radnike koji rade na teritoriju Republike Srpske...“ i poslodavca „bez obzira na mjesto njegove registracije“ i dr. koji rade na toj teritoriji (članak 2).

U članku 3 Zakona RS određuje osnovni sadržaj kolektivnog ugovora (zaključen između sindikata i poslodavca): „prava, obveze i odgovornosti iz radnog odnosa, način i postupak njihovog ostvarivanja...“. Ako ne „uspije“ kolektivno pregovaranje i ne dođe do zaključivanja kolektivnog ugovora, prava, obveze i odgovornosti uređuju se pravilnikom o radu. Stupanjem na snagu kolektivnog ugovora „odredbe pravilnika o radu prestaju da važe“ (članak 3 st. 2–7). Inače, pravilnik o radu može donijeti poslodavac koji zapošljava više od 15 radnika (članak 3 st. 6).

⁸ Zakon o Radu (Republike Srbije), „Sl. glasnik RS“, 24/05, 61/05, 54/09, 92/13 i 75/14.

⁹ Zakon o Radu (Republike Srpske), „Sl. glasnik RS“ 1/16.

6.1. Uvjetovanost prava, obveza i odgovornosti

U odredbama članka 12 i 13 Zakon RS uređuje prava radnika (pa i pravo „na druge oblike zaštite, u skladu sa Zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu“). „Radnik, odnosno predstavnik radnika... ne može biti pozvan na odgovornost, niti stavljen u nepovoljniji položaj u pogledu uslova rada i ostvarivanja prava po osnovu rada, ako postupa u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom... zbog... udruživanja, učešća u pregovorima za zaključivanje kolektivnih ugovora, mirnog rješavanja individualnih i kolektivnih radnih sporova, konsultovanja, informisanja i izražavanja svojih stavova prema bitnim pitanjima u oblasti rada“ (članak 13 Zakona).

U odredbama članka 15 propisane su „obaveze radnika“, koje su osnov za utvrđivanje njegove odgovornosti. Obveze poslodavca propisane su u odredbama članka 16 i 17. Naglašena je obveza poslodavca da radniku osigura informacije (i njegovom predstavniku i sindikatu) bitne „za rješavanje njegovog radnopravnog statusa“.

„Poslodavac i radnik dužni su da se pridržavaju prava i obveza utvrđenih zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu“ (članak 18).

Posebno su uređeni „zaštita diskriminacije“ (članak 19–23) i zabrana „uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja“ radnika (članak 24). Teret dokazivanja je na poslodavcu.

„Poslodavac je dužan da prije zaključivanja ugovora o radu kandidata obavijesti o poslu, uslovima rada, pravima i obvezama iz radnog odnosa i pravilima iz članka 15 t. 2 ovog zakona“ (članak 29 Zakona).

„Ugovor o radu može da sadrži i druge podatke koje poslodavac i radnik smatraju značajnim za uređivanje odnosa koji nastaju po osnovi rada radnika“ (članak 35 st. 3).

„Poslodavac je dužan da omogući radniku da se u roku od 15 dana od dana stupanja na rad upozna sa propisima o radnim odnosima i propisima o zaštiti na radu, uključujući prava i obveze koji proizlaze iz opšteg akta“ (čl. 96).

„Radnik odgovara za povredu radnih obveza... ako se pri radu ne koristi odgovarajućim sredstvima i opremom za ličnu zaštitu na radu i ako sredstvima rada ne rukuje u skladu s njihovom namjenom i osobinama..., posebno ako je zbog neodgovarajućeg rukovanja sredstvima rada ili sredstava zaštite na radu došlo do nesreće na radu ili do materijalne štete“ (članak 100).

Analizom pojedinih odredbi Zakona naglasiti je međusobnu vezu prava, obveza i odgovornosti, u njihovu sadržaju o: zaštiti ličnih podataka (čl. 102);

posebnoj zaštiti mladih radnika (članak 103 i 104); posebnoj zaštiti žene i materинства (čl. 105–114); posebnoj zaštiti bolesnih radnika i invalida (čl. 115–119); platama, naknadama i drugim primanjima (čl. 120–136).

6.2. Odgovornost za povredu obaveza iz ugovora o radu

U odredbama članka 137–153 Zakon RS uređuje „odgovornost za povredu obaveza iz ugovora i materijalnu odgovornost“: povreda obaveza iz ugovora o radu od strane radnika (članak 137–139); mjere za povredu radnih obaveza i radne discipline (članak 140–141); naknadu materijalne štete (čl. 142–148) i udaljenje radnika sa rada (čl. 149–153).

Bez obzira na ugovorni sadržaj radnog odnosa, u Zakonu se odgovornost uređuje kao bitni sadržaj pravne norme (struktura).

„Radnik je dužan da se na radu pridržava obaveza propisanih zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu i ugovorom o radu...“ (članak 137 st. 1). Zakon RS zahtijeva od radnika „da svoje radne obaveze izvršava na način kojim neće onemogućavati ili ometati druge radnike u izvršavanju njihovih radnih obaveza“. Pored disciplinske odgovornosti, radnik odgovara i za protupravno ponašanje: materijalno, krivično i prekršajno (članak 137 st. 2).

Zakonodavac dosljedno primjenjuje pravilo „Nullum crimen sine lege...“ i utvrđuje da se radne obaveze moraju „propisati zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu i ugovorom o radu“. Za izvršavanje radnih obaveza postavljen je „standard“, „način kojim neće onemogućavati ili ometati druge radnike u izvršavanju njihovih radnih obaveza“. Disciplinska, krivična, prekršajna i odgovornost za štetu se ne isključuju pa niti u slučaju istog djela.

6.3. Klasifikacija povreda radnih obaveza

Zakon RS vrši klasifikaciju i definiciju povreda radnih obaveza na teže i lakše (članak 138 i 139). Iz odredbe članka 139 zaključiti je da je Zakon „negativno“ odredio što su lakše povrede radnih obaveza... „koji se ne smatraju težim povredama radnih obaveza“. To su „propusti u radu i u vezi s radom koji nemaju značajnije štetne posljedice po poslodavca“, a utvrđuju se opštim aktom. To dosljedno treba primijeniti te kolektivnim ugovorom i pravilnikom o radu propisati šta se smatra lakšom povredom radne obaveze, uvažavajući kumulativno određenje u Zakonu RS: da to nisu teže povrede radnih obaveza i da nemaju značajnije štetne posljedice po poslodavca.

Pored ostalog, općim aktom treba definirati i što se smatra „značajnijim štetnim posljedicama poslodavca“, odnosno „ozbiljna šteta interesima poslodavca“ kako se ne bi voluntaristički i ad hoc to „određivalo“ u praksi, a bitno je za razlikovanje težih od lakših povreda radnih obaveza, a onda i za izricanje mjera.

Teže povrede uređuju se zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu i ugovorom o radu, jer to Zakon tako određuje. Trebalo je i u odredbi članka 139 odrediti da se lakše povrede radnih obaveza mogu, osim općim aktom, urediti i ugovorom o radu.

6.4. Mjere za povredu radnih obaveza i radne discipline

„Za povredu radnih obaveza i radne discipline radniku se može izreći jedna od sljedećih mjera: 1) pismeno upozorenje, 2) novčana kazna, 3) prestanak radnog odnosa (čl. 140 st. 1) „mjera prestanka radnog odnosa (ne može se izreći za lakše povrede radne obveze)“ (čl. 140 st. 2).

Autonomnim općim aktom treba precizirati ne samo postupak već i sadržaj „pisanog upozorenja“ (svojevrsni oblik pisane opomene) i visinu novčane kazne.

Prestanak radnog odnosa je najteža mjera (sankcija, kazna) za radnika ako poslodavac utvrdi da je on počinio težu povredu radne discipline, zbog čega je Zakon propisao (djelomično) postupak izricanja i mogućnost uzimanja olakšavajućih okolnosti (da se) radniku „jedna od sljedećih mjera: novčanu kaznu u visini od 20% osnovne plate radnika za mjesec u kome je novčana kazna izrečena, u trajanju do tri mjeseca, koja se izvršava obustavom od plate, na osnovu odluke poslodavca o izrečenoj mjeri; pismeno upozorenje sa najavom otkaza ugovora o radu u kojem se navodi da će poslodavac radniku otkazati ugovor o radu bez ponovnog upozorenja, ako u narednom roku od šest mjeseci učini povredu radne obveze ili nepoštivanja radne discipline“ (čl. 141).

6.5. Postupak

Postupak za utvrđivanje odgovornosti i za izricanje mjera mora biti propisan. „Način i postupak“ utvrđuje se i pri utvrđivanju naknade štete, pa tim još logičnije i opravdanije je kada je u pitanju disciplinska odgovornost (vidi npr. članak 143).

Bez obzira na to što „udaljenje radnika sa rada“ nije disciplinska mjera već radnopravna kategorija, postupak pri udaljenju može biti osnov uređivanja

postupka pri disciplinskoj odgovornosti (čl. 149–153). Ima „postupovnih odredbi“ i u glavi XI Zakona „višak radnika“ (članak 160–166) koje mogu (analogno) biti korištene i u disciplinskom postupku.

Ako poslodavac odluči da otkáže ugovor o radu radniku „koji svojim krivicom učini težu povredu radne obveze“ ili „koji ne poštuje radnu disciplinu“ (čl. 179 st. 2 i 3), dužan je da „prije otkaza... radnika pisanim putem obavijesti o postojanju razloga za otkaz ugovora o radu i da mu ostavi rok od najmanje osam dana od dana dostavljanja obavještenja da se izjasni na navode iz obavještenja“, a ako radnik ne odgovori, to „nije smetnja za dalje vođenje postupka“ (čl. 180). „Poslodavac je dužan da navede osnov za davanje otkaza, činjenice i dokaze koji ukazuju na to da su se stekli uslovi za otkaz i rok za davanje odgovora na obavještenje“ (čl. 180 st. 2). U ovom postupku radnik „može da priloži mišljenje sindikata, čiji je član...“, a „poslodavac je dužan da razmotri mišljenje sindikata“ (čl. 182).

Ostale odredbe u postupku su: način dostavljanja odluke, pouka o pravnom lijeku, naziv akta (rješenje), dokazi u slučaju spora (teret dokaza je na poslodavcu i dr.) (čl. 184–190).

Posebne specifičnosti postupka propisane su odredbama članka 191 „Otkaz ugovora o radu izabranom predstavniku radnika...“

U „postupak“ spadaju i druge odredbe koje se uređuju autonomnim općim aktom, analogno odredbama članka 192 st. 4 koje se odnose na otkazni rok, bez obzira na to što radnik nema pravo na otkazni rok, ako je kriv za otkaz ugovora o radu. Svojevrсна „kazna“ za tog radnika je i što nema (u tom slučaju) pravo na otpremninu.

„Opća“ odredba je u članku 199 („zaštita prava radnika“) koju treba primijeniti i u slučaju disciplinske odgovornosti radnika i njenim posljedicama: „Radniku se u pisanom obliku dostavlja rješenje o ostvarivanju prava, obaveza i odgovornosti, sa obrazloženjem i poukom o pravnom lijeku“. Protiv tog rješenja radnik ima pravo podnijeti pisani zahtjev za zaštitu prava, koji ne „odlaže izvršenje rješenja...“ a o zahtjevu poslodavac „je dužan da odluči... u roku od 30 dana... a ako u tom roku ne odluči, smatraće se da je zahtjev prihvaćen“ (čl. 200).

„Postupovne odredbe“ su i one o mirnom rješavanju radnog spora i tužbe nadležnom sudu za zaštitu prava iz radnog odnosa (čl. 201) i obraćanje inspektoratu rada (čl. 202).

U postupku sudjeluju (mogu sudjelovati) savjeti radnika i sindikat u skladu sa zakonom (čl. 208–237).

Postupak može biti uređen i kolektivnim ugovorom, jer se njime uređuju i „obveze i odgovornosti iz radnog odnosa“ (čl. 238).

„Kolektivni ugovor kod poslodavca obvezuje sve radnike kod poslodavca bez obzira da li su članovi sindikata koji je zaključio kolektivni ugovor“ (čl. 251).

Povreda postupka u vezi sa odgovornosti radnika propisano je za poslodavca kao prekršaj (čl. 265 st. 1 pod 2).

Autonomnim općim aktom određuju se tijela (organi) kod poslodavca koji se javljaju u disciplinskom postupku, jer to Zakon RS sve „podvodi“ pod pojam „poslodavac“. To se odnosi i na druga pitanja i odnose.

7. Zaključak

7.1. Normativnost je svojstvo prava. Pravna norma uređuje određene odnose koji se u odgovornosti manifestiraju tako da kada se povrijedi „dispozicija“ te norme slijedi sankcija. U disciplinskom pravu povredu čini radnik. Protupravno ponašanje radnika predstavlja povredu radnih dužnosti (obaveza). Nakon toga slijedi sankcija. Svako kršenje obveze, disciplinskog ponašanja... podložno je odgovornosti i izricanju disciplinskih mjera.

7.2. Procesnopravni propisi osiguravaju slobodu i zaštitu prava. U postupku se potvrđuje načelo zakonitosti, materijalne istine, slobode ocjene dokaza i dr. To je zahtjev pravne države i pravne sigurnosti. Radnopravna odgovornost je posebna odgovornost sa posebnim mjerama i postupcima. Neophodan je uvjet rada svake organizacije rada i obavljanje radnog procesa. Mora biti uređena heteronomnim i/ili autonomnim normama.

7.3. U nekim analiziranim propisima evidentna je zakonodavna praznina o disciplinskoj odgovornosti. Disciplinska mjera (sankcija, kazna) mora biti unaprijed propisana, kao i disciplinska djela.

7.4. Ova oblast pravnih odnosa mora biti detaljno uređena heteronomnim i autonomnim normama.

7.5. Različita su „rješenja“ u analiziranim zakonima, sa puno praznina, kontradiktornosti i površnosti. To se ne smije „prepustiti“ praksi koja „gradi druga pravila igre“.

Literatura

Žaja, B., *Radno i socijalno pravo*, Logos, Split, 2001.

Kenović, M., Dedić, S., *Osnove radnog prava*, Sarajevo 1999.

Tintić, N., *Opšti problemi odgovornosti*, Zbornik „Odgovornost u OUR“, Savr. administracija, Beograd, 1978.

Bogičević, Č., *Uticaj sankcija na radne odnose*, Poslovna politika, Beograd, 1991.

Baltić, A., Despotović, M., *Osnove radnog prava Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1981.

Učur, M., *Nomotehnika*, Veleučilište, Rijeka, 2007.

Zakon o radu, „Službene novine“ 62/15.

Zakon o radu (Republike Srbije), „Sl. glasnik RS“, 24/05, 61/05, 54/09, 92/13 i 75/14.

Zakon o radu (Republike Srpske), „Sl. glasnik RS“ 1/16.

Zakon o radu, „N.N.“ 93/14 i 127/17.

Preporuka MORa (ILO) br. 130 o razmatranju žalbi i prigovora u poduzeću s ciljem njihovog rješavanja.

HETEROGENEITY AND LEGAL INCONSISTENCIES OF DISCIPLINARY ACCOUNTABILITY OF EMPLOYEES

Marinko Đ. Učur, PhD*

Conclusion

7.1. Normativity is a property right. The legal norm regulates certain relationships that are manifested in liability so that when a „disposition“ is violated, the norm is followed by a sanction. In a disciplinary right, a worker is a violation. Counter-working behavior of a worker is a violation of duties (obligations). Then sanctions are followed. Any breach of obligation, disciplinary behavior ... is subject to the responsibility and the imposition of disciplinary measures.

7.2. Process legal regulations ensure freedom and protection of rights. The principle of lawfulness, material truth, freedom of appraisal of evidence, etc. is confirmed in the proceedings. This is a request of the legal state and legal certainty. Equal responsibility is a special responsibility with special measures and procedures. It is a necessary condition for the work of each organization of work and the performance of the work process. It must be decorated with heteronomous and / or autonomous norms.

7.3. In some analyzed regulations, there is a legislative gap in disciplinary responsibility. The disciplinary measure (sanction, punishment) must be prescribed in advance as well as disciplinary offenses.

7.4. This area of legal relations must be thoroughly regulated by heteronomous and autonomous norms.

7.5. There are different „solutions“ in the analyzed laws, with lots of gaps, contradictions and superficialities. This should not „leave“ the practice that „builds other rules of the game“.

* Faculty of Law of the University in Rijeka

ПОСЕБНА ЗАШТИТА ЖЕНА И МАТЕРИНСТВА НА РАДУ И У ВЕЗИ СА РАДОМ

Доц. др Радислав Лале*

Апстракт: *Заштита жена на раду и у вези са радом може се по-сматрати са више аспеката: 1) заштита жена с обзиром на њихову психофизичку конституцију; 2) општа заштита жена која подразумијева изједначавање жена са мушкарцима у остваривању људских права, тј. еманципација жена; 3) улога жена у биолошкој репродукцији становништва (трудноћа, рађање и материнство). У радном законодавству Републике Српске, посебна радноправна заштита жена подразумијева: 1) забрану рада за вријеме трудноће (и дојења) на пословима који су штетни за здравље жене и дјетета; 2) заштиту у оквиру института радног времена; 3) право на породилско одсуство и рад са половином пуног радног времена; и 4) забрану отказа због трудноће и порођаја. С обзиром на потребу да мајка што више времена проводи са дјецом у раној фази њиховог живота, са једне стране, и обезбјеђивање остваривања природне и социјалне улоге запослене мајке у бризи и васпитању дјете и у самој породици, са друге стране, аутор сматра да би трајање породилског одсуства у случају да жена роди близанце, треће и наредно дијете, требало продужити са 18 мјесеци на двије године непрекидно по угледу на рјешења присутна у упоредном праву. Такође, аутор закључује да је посебну заштиту запослених трудница и породиља неопходно проширити и на раднике који раде на основу уговора о раду на одређено вријеме, на начин да се рок за који је заснован радни однос на одређено вријеме продужава до истека коришћења породилског одсуства или одсуства са рада ради њега дјетета.*

* Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Алексе Шантића бр. 3, 71123 Источно Сарајево, e-mail: radislav.lale.84@gmail.com

Кључне ријечи: посебна радноправна заштита, трудноћа, рађање, материнство, породилско одсуство.

1. Увод

Заштита лица у радноправном односу подразумијева углавном три групе заштите и заштитних мјера: 1) хигијенска и техничка заштита рада (сигурност радника на раду); 2) економско-социјална заштита личности радника (мјере заштите у вези са трајањем радног времена и његовим распоредом, у вези са одморима и распоредом на друго радно мјесто из одређених објективних или субјективних разлога), и 3) мјере посебне заштите одређених категорија лица у радном односу (жена, односно жене – мајке у радном односу, малољетника и инвалида у радном односу).¹

Други аутори разликују два вида заштите у оквиру радног права и радног законодавства: општа заштита свих запослених и посебна заштита појединих категорија запослених (омладине, жена, инвалида и запослених за нарушеним здравственим стањем). Унутар ових видова предвиђене су одговарајуће мјере и нормативи заштите.²

Објективни и субјективни друштвено оправдани разлози постоје да би се за посебне категорије радника увеле и посебне мјере заштите (из психофизичких, физиолошких, демографских, социјално-заштитних и других разлога). То су разлози који захтијевају и оправдавају посебне услове рада и посебне мјере заштите личности радника на раду, ако је то жена (жена – мајка), малољетник или инвалидно лице.³ Дакле, функција материнства за запослене жене, разлози физичког и интелектуалног развоја за малољетнике, као и разлози ограничене физичке способности, односно разлози здравственог стања, ограничење могућности избора и постизања запослења у редовним условима, оправдан су основ за мјере посебне заштите тих лица у погледу запослења, али и у погледу заштите

¹ Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књига прва: Радни односи (I), Народне новине, Загреб 1969, 97.

² заштити лица у радном односу види више: М. Ђ. Учур, „Заштита особе у радном односу од начела до реализације“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, в. 29, 1, Ријека 2008, 1–22; „Заштита жене, уопће, а посебице заштита жене мајке и њезин радноправни и социјалноправни статус предметом је бројних анализа и прописа. У анализама се наглашава подређени друштвени положај жене, а у прописима особито радноправна и социјалноправна заштита“. М. Ђ. Учур, *Социјално право*, Загреб 2000, 242.

³ П. П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018, 257.

³ *Ibid.*, 98.

на раду.⁴ Према Уставу Републике Српске⁵ (чл. 40, ст. 3) “омладина, жене и инвалиди имају посебну заштиту”.

Наиме, идеја о посебној радноправној заштити запослених жена појавила се на самом почетку развоја радног и социјалног права и уграђена је у законе индустријски најразвијенијих земаља.⁶ И у међународним оквирима, на самом почетку стварања радног права, заштити жена посвећена је одређена пажња доношењем једне од првих двију конвенција.⁷ Такође, Међународна организација рада (МОП) је већ од свог оснивања 1919. године, нормативну активност усмјерила, поред осталог, на посебну заштиту жена у радном односу доношењем неколико конвенција и препорука.⁸ У овом раду, акценат ће бити стављен на анализу посебне заштите жена у радном законодавству Републике Српске, са освртом на најзначајније стандарде заштите међународног и европског права.

2. Заштита жена на раду и у вези са радом у међународном и регионалном праву

Заштита жена на раду и у вези са радом може се посматрати са више аспеката: 1) заштита жена с обзиром на њихову психофизичку конституцију; 2) општа заштита жена која подразумева изједначавање жена са мушкарцима у остваривању људских права, тј. еманципација

⁴ *Ibid.*

⁵ 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.

⁶ У складу са чл. 60, ст. 5 Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 98/2006), „женама, омладини и инвалидима омогућује се посебна заштита на раду и посебни услови рада, у складу са законом“.

⁷ В. Јелчић, «Жена у радно-социјалном законодавству Републике Хрватске», *Ревизија за социјалну политику* 4, Загреб 1994, 355.

⁸ Француској 1841. Закон о радном дану за жене и дјецу; у Великој Британији 1842. Закон о забрани рада у рудницама женама и дјечи, 1844. Закон о раду жена и дјеце, 1847. Закон о раду жена у ткаоницама, 1848. Закон о 10-сатном радном дану за жене; у Белгији 1889. Закон о раду жена, малољетника и дјеце у индустријским предузећима. Види: Н. Тинтић, 119.

⁷ У Берну 1906. године, закључена је мултилатерална конвенција о забрани ноћног рада за жене у свим привредним предузећима са више од 10 запослених радника. В. Јелчић, 355.

⁸ Конвенција бр. 3 о запошљавању жена прије и послије порођаја и Препорука бр. 4 о заштити жена и дјеце против тровања оловом из 1919. године, Конвенција бр. 4 о ноћном раду жена, и друге значајне конвенције и препоруке.

жена; 3) улога жена у биолошкој репродукцији становништва (трудноћа,⁹ рађање и материнство¹⁰).¹¹

Заштита жена је замишљена и започета на основу схватања да су жене “слабије“ психофизичке конституције у односу на мушкарце, те да их је као такве потребно посебно штитити од штетног дејства услова рада.¹² Поменута заштита жена обухвата заштиту од обављања нарочито тешких физичких послова, радова под земљом (рударство), под водом, послова који би негативно и са повећаним ризиком могли утицати на њихов живот и здравље с обзиром на психофизичке карактеристике,¹³ као и послова који се обављају под посебним околностима и условима – прековремени и ноћни рад.¹⁴ Дакле, то су тзв. радна мјеста са посебним условима рада, односно радна мјеста са повећаним ризиком.¹⁵

Случајеви у којима је човјеку потребна помоћ друштва, тј. “право на сигурност“, а који се изричито набрајају у ст. 1, чл. 25 Опште декларације УН о правима човјека из 1948. године – незапосленост, болест, неспособност, удовиштво и старост – обухваћени су како Конвенцијом бр. 102 о социјалној сигурности (Минимални стандарди), тако и другим документима МОР који јој претходе или су усвојени након 1952. године.¹⁶ Поменута одредба Опште декларације помиње и друге случајеве „помањкања

⁹ То је посебна заштита, која је и посебно уређена, јер је у том стању најшира и најтемељитија заштита нужна и оправдана. Она је медицинска, социјална, али и радноправна. Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књига прва: Радни односи (II), Народне новине, Загреб 1972, 517.

¹⁰ У овом случају, ради се о санитарној и социјалној заштити, уз мајку, још и о заштити дјетета, с обзиром на то да процес индустријализације одваја запослену мајку од породице, а готово редовно свака запослена жена, уз свој посао на радном мјесту, мора обављати одређене послове и у свом домаћинству. У свему томе дјеца је „ометају“ и терете на послу, повећавају терет мајке. Са друге стране, запослење омета мајку у бризи и васпитању дјете. Прво жену омета као особу у радном односу, друго је омета као мајку. Отуд и потреба за рјешењима и средствима, како би нужно у првој, а пожељно и у другој и трећој години живота дјетета мајка могла бити што више са дјецом, а на терет јавних средстава. Проблеми, па и рјешења су у елиминисању штетних посљедица мајчина рада на дјецу (продужењем породилског одсуства, посебних одсустава у случају болести дјете итд.); у таквом начину организације професионалног рада мајки који омогућава избегавање кидана контакта између чланова породице, како би се и законски омогућило остваривање природне и социјалне улоге мајке у породици. *Ibid.*

¹¹ П. П. Јовановић, „Посебна радноправна заштита појединих категорија радника“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015, Нови Сад 2015, 1460.

¹² *Ibid.*

¹³ В. Јелчић, 356. Жене су заштићене од обављања послова који би могли проузроковати стерилитет или изазвати компликације зачећа. *Ibid.*

¹⁴ П. П. Јовановић, (2015), 1460.

¹⁵ О томе види више: Б. Лубарда, *Радно право*, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 478–481.

¹⁶ А. Петровић, *Међународни стандарди рада*, Ниш 2009, 85.

средстава за живот у приликама које су изван његове моћи“. У оквиру законодавства МОР такви други случајеви, за које су усвојене посебне норме, јесу још једино заштита мајке, дјеце и породице у цјелини. Тај сегмент социјалне сигурности Општа декларација посебно истиче у чл. 25, ст. 2 који гласи: “Мајка и дијете имају право на нарочиту бригу и помоћ. Сва дјеца, било рођена у браку или изван њега, треба да уживају исту социјалну заштиту“. На заштиту породице, коју Општа декларација проглашава “природном и основном друштвеном јединицом“, односи се чл. 16, ст. 3, у коме се проглашава право породице “на заштиту друштва и државе“.¹⁷

Наиме, прва конвенција коју је Међународна организација рада усвојила ради заштите жена и материнства (мајке и дјетета) јесте Конвенција бр. 3 о запошљавању жена прије и послје порођаја, од 1919. године.¹⁸ Ова конвенција је ревидирана 1952. године Конвенцијом бр. 103 о заштити материнства¹⁹ која се односи на жене запослене у индустријским предузећима, као и на неиндустријским и пољопривредним радовима, те на жене које за плату раде код куће (чл. 1, ст. 1). Примјењује се на раднице запослене у јавним и приватним предузећима, без обзира на њихову доб, народност, расу, вјероисповијест или брачни статус (чл. 2). Помену-та Конвенција бр. 102 о социјалној сигурности (Минимални стандарди)²⁰ садржи посебне одредбе (дио VIII) које се односе на давања за случај материнства. Оне се односе како на здравствену заштиту, тако и на новчану накнаду жени за вријеме трудноће, порођаја и њихових последица и губитак зараде који из тога произлази, како је он дефинисан националним законодавством (чл. 46–52).

У вези са општом заштитом жена најважније су двије конвенције: Конвенција бр. 4 о ноћном раду жена²¹ којом је забрањен ноћни рад жена

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ International Labour Organization, C003 - Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312148:NO, „Службене новине Краљевине СХС“, 1927, бр. 95-XXII.

¹⁹ International Labour Organization, C103 - Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (No. 103), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312248:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 9/1955.

²⁰ International Labour Organization, C102 - Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247:NO, „Службени лист ФНРЈ“, Међународни уговори, бр. 1/1955., ратификована од стране БиХ, 02.06.1993. године.

²¹ International Labour Organization, C004 - Night Work (Women) Convention, 1919 (No. 4), доступно на:

у индустрији и грађевинарству (ревидирана 1934. године Конвенцијом бр. 41²² и 1948. године Конвенцијом бр. 89²³), те Конвенција бр. 45 о раду под земљом (жене)²⁴ која се односи на запошљавање жена на пословима који се обављају под земљом у рудницима свих врста. Према чл. 2 и 3 Конвенције бр. 45 жене, без обзира на године живота, не могу бити запослене на пословима који се обављају под земљом у било којем руднику. Националним законима или другим прописима из забране се могу искључити: 1) жене на руководећим положајима које не обављају физички рад; 2) жене запослене у здравственим и социјалним службама; 3) жене које у току свог школовања проведу период обуке у подземним дијеловима рудника, и 4) све друге жене које повремено улазе у подземне дијелове рудника ради обављања послова који нису физички.

Према Конвенцији бр. 89 (чл. 3) жене, без обзира на године старости, не могу бити запослене на рад ноћу у индустријском предузећу, односно на рад у трајању од седам часова непрекидно у периоду од 22 часа једног дана до седам часова ујутро наредног дана. Међутим, примјетно је да са развојем привреде, организације и технологије рада, и развојем људских права, овај вид заштите жена све више јењава. У посљедње вријеме, са развојем модерног европског права (Ревидирана европска социјална повеља, директиве ЕУ које говоре о изједначавању жена са мушкарцима), међу земљама чланицама ЕУ размишља се о отказивању наведених конвенција МОП-а.²⁵

Наиме, са развојем људских права, све више јача и заштита жена у смислу општег изједначавања жене и мушкарца и укидања дискриминације у коришћењу социјално-економских права (али и грађанских и политичких права), као и на пружање подршке свим улогама које има жена у демократском друштву (еманципација жене). У духу

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312149:NO.

²² International Labour Organization, C041 - Night Work (Women) Convention (Revised), 1934 (No. 41), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312186:NO.

²³ International Labour Organization, C089 - Night Work (Women) Convention (Revised), 1948 (No. 89), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312234:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 12/1950.

²⁴ International Labour Organization, C045 - Underground Work (Women) Convention, 1935 (No. 45), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312190:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 12/1952. О томе види више: Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд 2001, 437; П. П. Јовановић, (2015), 1460.

²⁵ П. П. Јовановић, (2015), 1461.

овог општег друштвеног и правног принципа, жена је изједначена са мушкарцем и у правима и у обавезама из радноправног односа.²⁶

Мало је принципа као што је принцип једнаког третмана мушкараца и жена често постављан и чврсто утемељен у међународним правним инструментима, и то од стране најважнијих међународних и регионалних организација: ОУН, МОР, СЕ, ЕУ.²⁷ У смислу реченог, заштита жене предвиђена је и најважнијим међународним и регионалним изворима: Општа декларација о правима човјека (чл. 23), Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 2), Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима²⁸ (чл. 3), Конвенција УН о политичким правима жена из 1952. године, Европска конвенција за заштиту људских права (чл. 1) итд.

Најважнији документи МОР-а у вези са забраном дискриминације у области рада јесу: Конвенција бр. 111 о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања из 1958. године²⁹ и истоимена Препорука бр. 111³⁰; Конвенција бр. 100 о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вриједности из 1951. године³¹; Конвенција бр. 156 која се односи на раднике са породичним обавезама из 1981. године.³² У наведеним документима под дискриминацијом се подразумејева свако разликовање, искључење или давање првенства по основу расе,

²⁶ П. П. Јовановић, (2018), 293.

²⁷ R. Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International, London, Boston 2000, 291.

²⁸ „Службени лист СФРЈ, Међународни уговори“, бр. 7/1971, који гарантује право на заштиту мајке, дјетета и породице, укључујући посебну заштиту мајке за разумно вријеме прије и послје рођења дјете (чл. 10), право на рад (чл. 6), право на правичне и повољне услове рада (чл. 7) и обавезује уговорнице да обезбиједи уживање ових права, без икакве дискриминације засноване на полу (чл. 2, ст. 2).

²⁹ International Labour Organization, C111 - Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 3/61, која забрањује дискриминацију запослених на основу пола (чл. 2), што се у пракси Комитета за примјену конвенција и препорука Међународне организације рада тумачи и као забрана дискриминације на основу породичног стања, трудноће и материнства (ILC, 75th Session, 1988, Report III /Part 4B/, *Equality in employment and occupation*, стр. 37).

³⁰ International Labour Organization, R111 - Discrimination (Employment and Occupation) Recommendation, 1958 (No. 111), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312449:NO.

³¹ International Labour Organization, C100 - Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245:NO.

³² International Labour Organization, C156 - Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312301:NO.

вјере, боје коже, пола, националног и социјалног поријекла, политичког мишљења, а са намјером да се наруше или униште једнаке могућности или поступања у погледу запошљавања и избора занимања. Према томе, потребно је нагласити да су наведени основи дискриминације такви да нису од значаја за вршење рада и због тога нису допуштени. Међутим, у складу са чл. 1 Конвенције бр. 111, прављење разлике међу лицима која траже запослење по основу њихових квалификација, знања и способности (што јесте од значаја за вршење рада), не сматра се дискриминацијом.

Као што смо у горњим редовима нагласили, заштита жена везује се и за њихову специфичну улогу у биолошкој репродукцији становништва (трудноћа, порођај и материнство).³³ Фундаментални међународни документи који регулишу посебну заштиту жена јесу: Општа декларација ОУН о правима човјека из 1948. године (чл. 25, ст. 2), Конвенција МОП-а бр. 103 о заштити материнства (ревизија),³⁴ Препорука МОП-а бр. 95 о заштити материнства.³⁵ Наиме, Конвенција бр. 103 о заштити материнства (ревизија) је ревидирана 2000. године Конвенцијом бр. 183 о заштити материнства³⁶ (коју је Босна и Херцеговина ратификовала) и истоименом Препоруком бр. 191.³⁷ Конвенција бр. 183 се примјењује на све запослене жене, укључујући и оне у нетипичним облицима зависног рада (чл. 2, ст. 1). У складу са чл. 3 Конвенције, свака чланица, након консултација са организацијама послодаваца и запослених, усвојиће одговарајуће мјере како би обезбиједила да трудне жене или дојиље не морају да обављају послове које је надлежни орган прогласио штетним за здравље мајке или дјетета, или када се процјењује да постоји знатна опасност за здравље мајке или дјетета. На основу љекарске потврде или друге одговарајуће потврде, на основу домаћег закона и праксе, у којој се наводи предвиђени датум порођаја, жена на коју се примјењује ова

³³ Види у: П. П. Јовановић, (2015), 1463.

³⁴ International Labour Organization, C103 - Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (No. 103), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312248:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 9/1955.

³⁵ International Labour Organization, R095 - Maternity Protection Recommendation, 1952 (No. 95), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312433:NO, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 11/1956.

³⁶ International Labour Organization, C183 - Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328:NO, „Службени гласник БиХ“, бр. 7/2009.

³⁷ International Labour Organization, R191 - Maternity Protection Recommendation, 2000 (No. 191), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312529:NO.

конвенција има право на породилско одсуство у трајању не краћем од 14 недеља (чл. 4, ст. 1). Имајући у виду заштиту здравља мајке и дјетета, породилско одсуство ће обухватити период од шест недеља обавезног одсуства након порођаја, уколико није другачије договорено на националном нивоу између владе и репрезентативних организација послодаваца и запослених. Дио породилског одсуства који се користи прије порођаја продужиће се за вријеме између претпостављеног и стварног датума порођаја, без скраћивања обавезног дијела одсуства које се користи након порођаја (чл. 4, ст. 4 и 5). Према чл. 5 Конвенције, на основу љекарске потврде, одобриће се одсуство прије или после порођаја породилског одсуства у случају болести, компликација или опасности од компликација у вези трудноће или порођаја.

Наиме, Конвенција одредбом чл. 6, ст. 1 прописује да се новчане накнаде обезбјеђују, у складу са домаћим законом и прописима или на други начин у складу са домаћом праксом, женама које су одсутне са посла по основу наведеном у чл. 4 или 5 ове конвенције. Износ новчане накнаде треба да буде такав да обезбиједи одржавање доброг здравља жене и дјетета уз одговарајући животни стандард. Ако се на основу домаћег закона или праксе износ новчане накнаде за одсуство из чл. 4. ове конвенције обрачунава на основу претходне зараде, износ те накнаде не може бити мањи од двије трећине женине претходне зараде или од примања која се узимају у обзир приликом обрачуна накнаде (чл. 6, ст. 2 и 3). Такође, здравствена заштита обезбјеђује се жени и дјетету у складу са домаћим законом и прописима или на други начин у складу са домаћом праксом. Здравствена заштита ће се обезбиједити за вријеме пренаталног периода, порођаја и постнаталног периода, као и за неопходно стационарно лијечење (чл. 6, ст. 7).

Отпуштање жене са посла за вријеме трудноће и одсуства из чл. 4 или 5 ове конвенције или у периоду након њеног повратка на посао прописаног домаћим законом или прописима сматра се незаконитим, осим из разлога који немају везе са трудноћом, порођајем и дојењем као његовом последицом. Терет доказивања да разлози за отпуштање немају везе са трудноћом, порођајем и дојењем сноси послодавац. По истеку породилског одсуства, жена има право да се врати на исто радно мјесто или на одговарајуће радно мјесто са истом платом (чл. 8). Према чл. 9 Конвенције, свака чланица усвојиће одговарајуће мјере да би обезбиједила да материнство не буде извор дискриминације у области радних односа, укључујући и могућност запошљавања. Мјере из прет-

ходног става укључују забрану да се од жене која конкурише на посао захтијева да се подвргне тесту на трудноћу или да донесе потврду о таквом тесту, осим у случајевима када се домаћим законом или прописима захтијева за послове: а) који су домаћим законом или прописом забрањени или ограничени за труднице или дојиље; или б) када постоји очигледна или знатна опасност по здравље жене и дјетета. Жени треба обезбиједити право на једну или више дневних пауза или на скраћивање радног времена како би могла да доји своје дијете. Вријеме у којем се дозвољавају паузе за дојење или скраћивање радног времена, њихов број, трајање пауза за дојење и поступак за скраћивање радног времена прописује се домаћим законом и праксом. Ове паузе или скраћено радно вријеме рачунају се као редовно радно вријеме и плаћају се у складу са тим (чл. 10).

Наиме, потребно је нагласити да се у случајевима посебне заштите жена, у вези са трудноћом и рађањем, не ради само о заштити жена, већ и о потреби његовања и заштите дјеце. У том смислу се може говорити о заштити родитељства. Због тога, у одређеним случајевима, поједина права у вези са посебном заштитом жена могу да користе и мушкарци, као родитељи, или усвојоци, хранитељи или старатељи дјетета.³⁸

У европском комунитарном праву (акти Европске уније чине европско комунитарно право) постоји неколико директива које регулишу питање посебне заштите жена и материнства. Најзначајнија је Директива ЕУ бр. 92/85 од 19.10.1992. године, донијета на основу чл. 16.(1) Директиве бр. 89/391. Поменута директива прописује два вида заштите: 1) апсолутна заштита жене труднице на мјестима рада гдје постоји ризик излагања агенсима и условима рада који су штетни. Под “мјестом рада“ (чл. 2) подразумејива се свако мјесто у просторијама предузећа и/или погону којем радник има приступ у току свог рада. У Додатку II посвећеном минималним сигурносним и здравственим захтјевима за мјеста рада на градилиштима, послодавац је дужан да трудницама и дојиљама омогући лежање и одмор у одговарајућим условима (чл. 12); 2) релативна заштита од ноћног рада жене за вријеме трудноће и након порођаја, на основу налаза надлежног здравственог органа, или ако то послодавац не може да омогући жени, онда она има право на плаћено одсуство, односно продужено породилско одсуство.³⁹ Такође, запослене жене труднице имају право да одсуствују са посла ради одласка на анте-

³⁸ П. П. Јовановић, (2015), 1464.

³⁹ *Ibid.*

наталне љекарске прегледе уз накнаду плате, и не смију бити отпуштене због разлога који се тичу њиховог стања од почетка трудноће, па све до повратка са породилског одсуства.⁴⁰

Директива бр. 92/85 у чл. 8 нормира да породилско одсуство може да траје најмање 14 недеља непрекидно, а почиње најкасније двије недеље прије термина за порођај.⁴¹ За вријеме породилског одсуства запосленој жени се исплаћује накнада плате најмање у износу који се исплаћује током боловања.⁴² Према Директиви бр. 96/34 о оквирном колективном уговору о породилском одсуству и мушкарац, као родитељ, има право на одсуство са рада по основу рођења (или усвајања дјетета), ради њега дјетета, најмање у трајању од три мјесеца.⁴³

Директива ЕУ бр. 2010/18/ЕЕЗ из 2010. године детаљно прописује минималне стандарде за родитељско одсуство. И мушкарци и жене имају право на индивидуално родитељско одсуство са рада у трајању од четири мјесеца ради бриге о дјетету. Да би се промовисале једнаке могућности и једнако поступање, одсуство се треба распоредити ако дијете има оба родитеља, како би свако од њих користио најмање мјесец дана одсуства. Запослени родитељи не смију бити дискриминисани због коришћења родитељског одсуства и имају право да се врате на исто радно мјесто (или еквивалентно). Такође, послодавци треба да размотре захтјеве радника за промјену радног времена на одређени период, али им је дозвољено да у том случају узимају у обзир и потребе процеса рада и потребе запослених родитеља.⁴⁴

Када је у питању европско некомунитарно право (акти Савјета Европе чине европско некомунитарно право), у вези са посебном заштитом жена на раду и у вези са радом, потребно је истаћи Европску социјалну повељу, најсвеобухватнији акт у области социјалних питања и рада који је икада усвојен у Европи, која је касније допуњавана допунским протоколима, а коначно ревидирана у Стразбуру 3. маја 1996. године.⁴⁵ У оквиру Савјета Европе закључено је око 250 конвенција, а

⁴⁰ European Commission, „Professional, private and family life“, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/rights/work-life-balance/index_en.htm, 12.06.2018.

⁴¹ R. Blanpain, 341.

⁴² European Commission, „Professional, private and family life“, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/rights/work-life-balance/index_en.htm, 12.06.2018.

⁴³ Б. Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица 2004, 256.

⁴⁴ European Commission, „Professional, private and family life“, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/rights/work-life-balance/index_en.htm, 12.06.2018.

⁴⁵ А. Петровић, 24.

најзначајнији документи су: Европска конвенција за заштиту људских права (из 1950. године),⁴⁶ Европска социјална повеља⁴⁷ (из 1961. године, ревидирана у Стразбуру 3. маја 1996. године) и Европски законик о социјалној сигурности (из 1964. године, ревидиран 1990. године).⁴⁸ Наиме, садржину Европске социјалне повеље чини пет дијелова. У преамбули је речено да је циљ Савјета Европе постизање јединства међу чланицама ради очувања и остварења идеала и принципа који представљају њихово заједничко наслеђе и олакшавања њиховог економског и друштвеног развоја, нарочито очувањем и даљим остваривањем људских права и основних слобода.

У другом дијелу, иначе најзначајнијем, гледано са материјалноправног становишта, посматрани циљеви развијени су и у знатној мјери конкретизовани као принципи, дјелимично и рјешења обавезујућа за државе чланице Савјета Европе у форми 31 члана (сваки са посебном тематском цјелином).⁴⁹ То су: право на рад; право на праведне услове рада; право на безбједне и здраве услове рада; право на праведно награђивање – зараду, плату; право на синдикално организовање; право на колективно уговарање услова рада; право дјете и младих радника на посебну заштиту; право радница на заштиту материнства; право на професионалну оријентацију; право на стручно образовање; право на здравствену заштиту; право на социјално осигурање; право на социјалну и медицинску помоћ; право на накнаде из социјалног осигурања; право физички или ментално хендикепираних лица на професионално образовање или на професионалну и друштвену реадаптацију; право породице на социјалну, правну и економску заштиту; право дјете и омладине на социјалну, правну и економску заштиту; право на уносан посао на територији друге државе уговорнице; право радника миграната и њихових породица на заштиту и помоћ; право радника на једнаке шансе и једнак третман у питањима запошљавања и занимања без дискриминације по основу пола; право на информације и консултације; право на учешће у побољшању услова рада и радне средине; право

⁴⁶ Према чл. II ст. 2 Устава БиХ, Европска конвенција за заштиту људских права се директно примјењује у Босни и Херцеговини. Према томе, Конвенција је била директно имплементирана у домаћи правни систем годинама прије него што је БиХ постала чланица Савјета Европе. Устав БиХ одређује да ће примјена Конвенције имати приоритет над свим осталим законима и овако прихваћене међународне стандарде морају у потпуности поштовати држава Босна и Херцеговина, Федерација БиХ, Република Српска и Брчко дистрикт БиХ.

⁴⁷ Босна и Херцеговина је потписала Повељу 11. маја 2004. године, ратификовала 7. октобра 2008. године, а ступила је на снагу 1. децембра 2008. године, „Службени гласник БиХ, Међународни уговори“, бр. 6/08.

⁴⁸ Објављен у: European Treaty Series, No. 139.

⁴⁹ А. Петровић, 24.

старијих лица на друштвену заштиту; право на заштиту у случају раскида радног односа; право радника на заштиту потраживања за случај инсолвентности њиховог послодавца; право на достојанство на послу; право радника са породичним обавезама на једнаке могућности и једнак третман; право представника радника на заштиту у предузећу и олакшице које треба да им се пруже; право на информације и консултације у случају колективног отпуштања радника; право на заштиту од сиромаштва и искључивања из друштвене заједнице и право на стан.

У складу са чл. 8 Повеље који се односи на право запослених жена на заштиту материнства, у намјери да обезбиједи ефикасно остваривање права запослених жена на заштиту материнства, стране уговорнице обавезују се: 1) да обезбиједи било плаћеним одсуством, било адекватним давањима из социјалног осигурања или давањима из јавних фондова за запослене жене, да узму одсуство прије и послје рођења дјетета у укупној дужини од макар 14 недјеља; 2) да сматрају незаконитим ако послодавац жени да отказ у периоду од када је обавијестила свог послодавца да је трудна до краја њеног породилског одсуства или да јој да отказ у таквом тренутку када би отказни рок истекао за вријеме таквог одсуства; 3) да обезбиједи да мајке које његују своју дјецу имају право на довољно слободног времена за те сврхе; да регулишу запошљавање на ноћним пословима за трудне жене, жене које су недавно родиле дијете и оне које његују своје дијете; 4) да забране запошљавање трудних жена, жена које су недавно родиле дијете или оних које његују своју дјецу на подземним минирањима и на свим другим пословима који за њих нису погодни зато што су опасни, нездрави, или напорни, и да предузму одговарајуће мјере да би заштитили право ових жена на запошљавање. Дакле, према ширини предмета регулисања, Повеља обухвата цијелу радноправну област са дијеловима социјалног осигурања. Такође, Европска социјална повеља имала је посебан значај када је у питању европско комунитарно радно право уопште, а нарочито када су у питању Повеља заједнице о основним социјалним правима радника из 1989. године, али и као инспирација ЕУ при доношењу Повеље о основним правима у Европској унији у Ници 2000. године.⁵⁰

⁵⁰ *Ibid.*, 25.

3. Заштита жена на раду и у вези са радом у домаћем праву

У радном законодавству Републике Српске, посебна радноправна заштита жена⁵¹ има слjedeће аспекте: 1) забрана рада за вријеме трудноће (и дојења) на пословима који су штетни за здравље жене и дјетета; 2) заштита у оквиру института радног времена; 3) право на породилско одсуство и рад са половином пуног радног времена;⁵² и 4) забрана отказа због трудноће и порођаја.

3.1 Забрана рада на пословима који су штетни за здравље жене и дјетета

Наиме, када је у питању посебна заштита запослених жена за вријеме трудноће и дојења дјетета у вези са радним мјестима са посебним условима рада, односно радним мјестима са повећаним ризиком, Закон о раду Републике Српске⁵³ садржи непотпуна нормативна рјешења у односу на регулативу коју срећемо у упоредном праву.⁵⁴ Закон о раду

⁵¹ Норме о посебној заштити жене у радном односу односе се не само на њену заштиту, већ утичу и на наталитет земље. Посебно се то односи на норме заштите након порођаја. О томе види: В. Јелчић, 357.

⁵² П. П. Јовановић, (2015), 1464; Види више: П. П. Јовановић, (2018), 294–299.

⁵³ „Службени гласник РС“, бр. 1/16.

⁵⁴ Закон о раду Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - УС, 113/17, прописује да „запослена за време трудноће и запослена која доји дете не може да ради на пословима који су, по налазу надлежног здравственог органа, штетни за њено здравље и здравље детета, а нарочито на пословима који захтевају подизање терета или на којима постоји штетно зрачење или изложеност екстремним температурама и вибрацијама. Послодавац је дужан да запосленој обезбеди обављање других одговарајућих послова, а ако таквих послова нема, да је упути на плаћено одсуство“ (чл. 89). Такође, ако је потребно, „запослена за време трудноће има право на плаћено одсуство са рада у току дана ради обављања здравствених прегледа у вези са трудноћом, одређених од стране изабраног лекара у складу са законом, о чему је дужна да благовремено обавести послодавца“ (чл. 90, ст. 2). „Послодавац може да изврши прерасподелу радног времена запосленој жени за време трудноће и запосленом родитељу са дететом млађим од три године живота или дететом са тежим степеном психофизичке ометености – само уз писану сагласност запосленог“ (чл. 92). Закон о раду Републике Хрватске, „Народне новине“, бр. 93/14 и 127/17, нормира: „трудној радници, радници која је родила или радници која доји дијете у смислу посебног прописа, а која ради на пословима који угрожавају њезин живот или здравље, односно дјететов живот или здравље, послодавац је дужан за вријеме коришћења права у складу с посебним прописом, понудити додатак уговора о раду којим ће се на одређено вријеме уговорити обављање других одговарајућих послова“ (чл. 31, ст. 1). Закон о раду Црне Горе, „Службени лист Црне Горе“, бр. 049/08, 026/09, 088/09, 026/10, 059/11, 066/12, 031/14, 053/14, 004/18, предвиђа да „запослена жена и запослени млађи од 18 година живота не могу да раде на радном мјесту на којем се претежно обављају нарочито тешки физички послови, радови под земљом или под водом, нити на пословима који би могли штетно и с повећаним ризиком да утичу на њихово здравље и живот“ (чл. 104).

не предвиђа *explicite* овај аспект посебне заштите жена, већ *implicite*, односно исти можемо констатовати тумачењем појединих одредаба закона. Закон о раду у чл. 28, ст. 3, прописује да послодавац не може да условљава заснивање радног односа тестом трудноће, осим ако је ријеч о пословима код којих постоји знатан ризик за здравље жене и дјетета утврђен од надлежног здравственог органа, односно актом о процјени ризика. Тумачењем поменутих одредаба можемо закључити да је жени за вријеме трудноће и док доји дијете забрањено да ради на пословима који су штетни за њено здравље и здравље дјетета. Међутим, према мишљењу проф. др Б. Лубарде, са којим се и ми слажемо, чак и када се ради о пословима са повећаним ризиком, послодавац не би смио да условљава заснивање радног односа тестом трудноће, пошто по престанку трудноће и породилског одсуства жена може да започне, односно настави рад на пословима са повећаним ризиком, од којих ужива заштити само у вези са трудноћом и порођајем.⁵⁵ На то упућује и одлука СПЕУ у случају *Mahlberg* (Ц-207/98), кад је послодавац (здравствена установа) неоправдано направио разлику између запослених по основу полне припадности, односно између запослених које нису у другом стању и запослених за вријеме трудноће, па је ускратио право запосленој (медицинској сестри), која је била у радном односу на одређено вријеме, да заснује радни однос на неодређено вријеме, с позивањем на то да је запосленој за вријеме трудноће законом забрањено да ради на пословима на којима би могла бити изложена дејству штетних супстанци.⁵⁶ У прилог овом мишљењу можемо навести и нормативно рјешење Закона о раду Републике Хрватске који одредбом чл. 30, ст. 2 прописује да “послодавац не смије тражити било какве податке о трудноћи нити смије упутити другу особу да их тражи, осим ако радница особно захтијева одређено право предвиђено законом или другим прописом ради заштите трудница“. У том смислу Закон о радним односима Републике Словеније⁵⁷ (чл. 183), као и Закон о раду ФБиХ⁵⁸ (чл. 60, ст. 3) садрже идентично рјешење. У циљу спречавања полне дискриминације, мишљења смо да је потребно горе цитирану одредбу Закона о раду Републике Српске измијенити на начин да се послодавцу забрани да тражи било какве податке о трудноћи у поступку заснивања радног односа.

⁵⁵ Б. Лубарда, (2013), 130.

⁵⁶ Цит. према Б. Лубарда, (2013), 130.

⁵⁷ Закон о delovnih razmerjih (ZDR-1), „Uradni list RS“, št. 21/2013, 78/2013.

⁵⁸ „Службене новине ФБиХ“, бр. 26/16.

Затим, одредбама чл. 106, ст. 1, 2, 3 Закона, предвиђено је да, на основу налаза и препоруке надлежног доктора медицине, жена за вријеме трудноће и док доји дијете може бити привремено распоређена на друге послове ако је то у интересу очувања њеног здравља или здравља дјетета. Ако послодавац није у могућности да жени обезбиједи распоред на други посао, жена има право на одсуство с рада, уз накнаду плате, у складу са општим актом. Накнада не може бити мања од накнаде коју би жена остваривала да је остала да ради на свом радном мјесту. Дакле, у овом случају запослена жена има право на плаћено одсуство. Наиме, право на одређену већу стабилност запослења за вријеме трудноће и материнства постиже се низом гаранција и институција, а једна од њих је и забрана премјештаја и упућивања труднице и мајке са малим дјететом на радно мјесто ван мјеста њеног становања (осим на молбу саме жене).⁵⁹ С тим у вези, Закон о раду одредбом чл. 106, ст. 4 прописује да жену за вријеме трудноће и мајку дјетета до три године живота послодавац може распоредити на рад у друго мјесто рада само уз њен пристанак. Такође, по узору на законодавство Републике Србије, у домаћој регулативи о посебној заштити запослених жена потребно је утврдити право запослене за вријеме трудноће на плаћено одсуство са рада у току дана ради обављања здравствених прегледа у вези са трудноћом, одређених од стране изабраног љекара у складу са законом, о чему је дужна да благовремено обавијести послодавца. Са друге стране, Закон о раду ФБиХ предвиђа да жена не може бити запослена на пословима под земљом (у рудницима), осим у случају ако је запослена на руководећем мјесту које не захтијева физички рад или у службама здравствене и социјалне заштите, односно ако жена мора провести извјесно вријеме на обуци под земљом или мора повремено улазити у подземни дио рудника у циљу обављања занимања које не укључује физички рад (чл. 59). На основу свега наведеног, сматрамо да је *de lege ferenda*, неопходно кроз законску регулативу *explicite* дефинисати питање посебне заштите запослених жена за вријеме трудноће и дојења дјетета у вези са радним мјестима са посебним условима рада, односно радним мјестима са повећаним ризиком, по узору на рјешења у упоредном праву.

3.2 Заштита у оквиру института радног времена

Одговарајући облици посебне заштите жена постоје у оквиру института радног времена.⁶⁰ *Прво*, трудним женама и мајкама са дјететом

⁵⁹ Н. Тинтић, (1972), 518.

⁶⁰ Види више: П. П. Јовановић, (2018), 294.

до три године живота забрањен је прековремено рад (чл. 64, ст. 1, тач. 2) Закона о раду РС). Међутим, постоји изузетак од овог правила. Наиме, запосленој жени у овом случају послодавац може одобрити да ради прековремено, на њен писмени захтјев (односно потребна је њена писана сагласност) (чл. 64, ст. 2). Идентична заштита предвиђена је и када је у питању самохрани родитељ или усвојилац дјетета млађег од шест година живота (чл. 64, ст. 1, тач. 3) и ст. 2 истог члана). Друго, Закон о раду (чл. 73), без икаквих изузетака, забрањује ноћни рад трудницама⁶¹ (из разлога што ноћни рад са својим штетним дејством представља нарочито озбиљан ризик за здравље труднице), почев од шестог мјесеца трудноће и мајкама са дјететом до двије године живота.⁶² Мишљења смо да је исто право потребно предвидјети и за усвојиоца дјетета, као и за лице коме је на основу рјешења надлежног органа старатељства дијете повјерено на старање и његу. Дакле, запослена жена ужива заштиту од прековременог и ноћног рада као трудница и као мајка (након порођаја), независно до тога да ли доји дијете. На тај начин штити се мајка због посебних потреба везаних за његу дјетета.⁶³ Треће, можемо говорити о посебној заштити жене у улози мајке, али и оца, у смислу да послодавац може да изврши прерасподјелу радног времена према њима, до треће године живота дјетета или ако код дјетета постоји тежи степен психофизичке ометености, само уколико се они са тим писаним путем сагласе.⁶⁴ Наиме, Закон о раду Републике Српске уопште не прописује посебну заштиту жене, односно родитеља у вези са прерасподјелом радног времена. За-

⁶¹ Проф. Љ. Ковачевић истиче да је забрана ноћног рада трудница један од стандарда савременог радног права. С тим у вези, ваља се подсетити да нема оправданих разлога за посебну заштиту жена од ризика који на исти начин угрожавају раднике оба пола. Тај аргумент је истицан као разлог за укидање апсолутне забране ноћног рада жена у индустрији, будући да резултати медицинских истраживања потврђују да ноћни рад једнако штетно утиче на здравље мушкараца и жена. Стога се ограничавање забране ноћног рада само у односу на жене не може сматрати допуштеним изузетком од забране дискриминације, већ повредом овог начела, осим за вријеме трудноће запослене. Ово стога што ноћни рад представља нарочито озбиљан ризик за здравље труднице, али не и жена, независно од другог стања, што је определилило немали број држава чланица Међународне организације рада да откажу ратификације конвенција бр. 4, 41 и 89 којима је забрањен ноћни рад жена у индустрији. Конвенције бр. 4 и 41 су одлуком Административног савјета аброгиране, док је Конвенција бр. 89 и даље на снази, с тим што је Протоколом из 1990. године утврђен шири списак изузетака од њоме предвиђене начелне забране ноћног рада жена. Види: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2016, 501.

⁶² Уп.: чл. 38, ст. 3 и 4, и чл. 41, ст. 5 Закона о раду ФБиХ, „Службене новине ФБиХ“, бр. 26/16; чл. 90, ст. 1, и чл. 91. Закона о раду Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - УС, 113/17.

⁶³ П. П. Јовановић, (2018), 294.

⁶⁴ П. П. Јовановић, (2015), 1465. Види: чл. 92 и 93 Закона о раду Републике Србије.

кон једино одредбом чл. 111, ст. 4 предвиђа да се родитељу дјетета са психофизичким сметњама у развоју, које није смјештено у одговарајућу здравствену или социјалну установу, не може се без његове сагласности одредити да ради прековремено или ноћу, нити му се, без његовог пристанка, може промијенити мјесто рада. Међутим, Закон о раду ФБиХ (чл. 39, ст. 5) предвиђа да малољетни радник, трудница, мајка, односно усвојилац дјетета до три године живота, као и самохрани родитељ, самохрани усвојилац и лице коме је на основу рјешења надлежног органа дијете повјерено на чување и васпитање, до шест година живота дјетета, може радити у прерасподјели радног времена само уколико писаном изјавом пристане на такав рад. Према томе, сматрамо да је кроз будућу ревизију законских радноправних регула неопходно нормирати поменуте мјере посебне заштите запослених жена, али и других лица која се старају о дјетету. Сви наведени облици заштите родитеља у вези са прерасподјелом радног времена, прековременим и ноћним радом, установљени су и ради заштите дјетета, те уколико се они не старају о дјетету већ се о њима стара друго лице (усвојилац, хранитељ, односно старатељ) онда исту заштиту имају и ова лица као и родитељи.⁶⁵

3.3 Право на породилско одсуство и рад са половином пуног радног времена

Посебна радноправна заштита жена (укључујући и друга лица која се старају о дјетету)⁶⁶ састоји се и у правима: а) на породилско одсуство; б) на рад са половином пуног радног времена ради појачане његе дјетета и в) на рад са половином пуног радног времена ради његе дјетета са психофизичким сметњама у развоју.

3.3.1 Право на породилско одсуство

Ово право носи дуализам у свом карактеру: 1) са једне стране, то је право запослене жене на породилско одсуство као право из радног односа, и 2) са друге стране, то је право сваке мајке, па и запослене–труднице и запослене–мајке на одређену хигијенску, здравствену и социјалну заштиту у вези са трудноћом, порођајем и материнством. Отуда и регулисање дијела те материје законодавством о раду (регулисањем права на породилско одсуство, на скраћено радно вријеме

⁶⁵ П. П. Јовановић, (2015), 1465.

⁶⁶ О томе види: П. П. Јовановић, (2018), 295–299.

итд.), као и регулисање једног дијела те материје законодавством о здравственом осигурању, односно осигурањем материнства у оним системима социјалног осигурања у којима је то посебна грана социјалног осигурања, односно система социјалне сигурности.⁶⁷

Отуда и разлике између заштите жене (и мајке) у радном односу и заштите материнства.⁶⁸ Прво је ствар радних односа, а друго социјалног осигурања и социјалне заштите, јер се ради о заштити сваке жене–мајке и заштити дјетета.⁶⁹

У бившој Југославији трајање породилског одсуства се кретало од два мјесеца прије и два мјесеца послје порођаја,⁷⁰ па 45 дана прије и 45 дана послје порођаја,⁷¹ да би износило 105 дана⁷² и онда 133 дана,⁷³ затим 105 дана,⁷⁴ па 270 дана.⁷⁵ Сада, према Закону о раду Републике Српске (чл. 107, ст. 1), за вријеме трудноће, порођаја и њега дјетета жена има право на породилско одсуство у трајању од годину дана непрекидно, а за близанце и свако треће и наредно дијете у трајању од 18 мјесеци непрекидно.⁷⁶ Наиме, овде је битно напоменути да се породилско од-

⁶⁷ Н. Тинтић, (1972), 516.

⁶⁸ Према мишљењу проф. Н. Тинтића, посебна заштита материнства жене у радном односу обухвата заштиту запослене жене: у периоду трудноће (здравствена заштита, забрана ноћног рада итд.); у периоду непосредно пред пород (породилско одсуство, медицинска заштита, економска заштита, итд.); у периоду дојења дјетета (осигурање могућности дојења, забрана ноћног и прековременог рада, скраћено радно вријеме, итд.), као и уопште заштита „сталности запослења“ у укупном заштићеном периоду. Будући да стање трудноће и порођаја (материнства) ограничава или прекида радну способност жене, оно *pro tempore* мијења и њен нормални положај у радном односу. Отуда и интервенција законодавства о раду. *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Чл. 22 Закона о заштити радника од 28. II 1922.

⁷¹ Према Уредби о одсуству жена прије и послје порођаја, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 56/1946. породилско одсуство је износило 6 седмица прије и 6 седмица послје порођаја.

⁷² Чл. 61 Закона о радним односима, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 53/1957.

⁷³ Чл. 73 Основног закона о радним односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 17/1965.

⁷⁴ Чл. 77 Основног закона о радним односима (пречишћени текст), „Службени лист СФРЈ“, бр. 12/70.

⁷⁵ Чл. 41 Закона о основним правима из радног односа, „Службени лист СФРЈ“, бр. 60/89, 42/90 и „Службени лист СРЈ“, бр. 42/92, 24/94.

⁷⁶ Трајање породилског одсуства у ФБиХ износи годину дана непрекидно без увећања по основу броја рођене дјете (чл. 62, ст. 1 Закона о раду ФБиХ); у Републици Србији „запослена жена има право на одсуство са рада због трудноће и порођаја, као и одсуство са рада ради неге детета, у укупном трајању од 365 дана. Породилско одсуство траје до навршена три месеца од дана порођаја. Запослена жена, по истеку породилског одсуства, има право на одсуство са рада ради неге детета до истека 365 дана, од дана отпочињања породилског одсуства“ (чл. 94, ст. 1, 3 и 4 Закона о раду РС). Надаље, „запослена жена има право на породилско одсуство и право на одсуство са рада ради неге детета за треће и свако наредно новорођено дете у укупном трајању од две године. Право на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета у укупном

суство не може, због његове природе и циља, користити у прекидима, већ континуирано.⁷⁷ С обзиром на потребу да мајка што више времена проводи са дјецом у раној фази њиховог живота, са једне стране, и обезбјеђивање остваривања природне и социјалне улоге запослене мајке у бризи и васпитању дјете и у самој породици, са друге стране, мишљења смо да би трајање породилског одсуства у случају да жена роди близанце, треће и наредно дијете, требало продужити са 18 мјесеци на двије године непрекидно по угледу на рјешења присутна у упоредном праву. Одређивање овако различитог трајања породилског одсуства, према броју дјете, у функцији је укупне социјалне политике, посебно демографске политике. Тим путем се жели стимулисати рађање дјете и раст наталитета, што је изразита потреба у Републици Српској која се суочава са проблемом “бијеле куге” и негативним природним прираштајем – стопа наталитета је мања од стопе морталитета.⁷⁸

На основу захтјева жене и препоруке овлашћеног доктора медицине, жена може почети са коришћењем породилског одсуства 28 дана прије дана порођаја (чл. 107, ст. 2 Закона о раду).⁷⁹ Законом о раду одређен је факултативни почетак коришћења породилског одсуства,⁸⁰ док обавезни почетак није изричито дефинисан, већ се исти може утврдити тумачењем законских норми по природи ствари. Јер, запослена жена *ex lege* мора почети са коришћењем породилског одсуства од дана порођаја. Дакле, запослена има право да, на основу сопственог захтјева и препоруке овлашћеног доктора медицине, почне са коришћењем породилског одсуства 28 дана прије дана порођаја, а то обавезно мора учинити од дана порођаја, а то је дан који је наведен у препоруци овлашћеног доктора медицине – извјештају о трајању привремене неспособности за рад (новчана дознака) и од тог дана породилско одсуство почиње тећи независно од тога да ли је у року од 28 дана дошло до порођаја или је порођај на-

трајању од две године има и запослена жена која у првом порођају роди троје или више деце, као и запослена жена која је родила једно, двоје или троје деце, а у наредном порођају роди двоје или више деце. Запослена жена, по истеку породилског одсуства, има право на одсуство са рада ради неге детета до истека две године од дана отпочињања породилског одсуства“ (чл. 94а, ст. 1, 2 и 3 Закона о раду).

⁷⁷ Н. Тинтић, (1972), 521.

⁷⁸ У том смислу види: П. П. Јовановић, (2018), 296.

⁷⁹ Према Закону о раду Републике Србије (чл. 94, ст. 2) „запослена жена има право да отпочне породилско одсуство на основу налаза надлежног здравственог органа најраније 45 дана, а обавезно 28 дана пре времена одређеног за порођај“. Идентично рјешење садржи и Закон о раду Црне Горе (чл. 111а, ст. 1).

⁸⁰ Види: Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *Радно право*, Приручник за полагање правосудног испита, Књига 11, Београд 2017, 282.

ступео касније. Професор Н. Тинтић истиче да коришћење породилског одсуства због заштите и мајке и дјетета мора започети одређено вријеме прије порођаја. У том погледу постоји ограничена слобода избора од стране труднице. Наиме, она може започети породилско одсуство 45 дана прије порођаја (како је он предвиђен налазом доктора), али га мора почети користити најмање 28 дана прије дана предвиђеног порођаја (а не прије порођаја, јер до порођаја може доћи и прије времена).⁸¹ Тај рок је посебно фиксиран ради заштите дјетета у задњем мјесецу док се још налази *in utero matris*. Отуда и разумна рјешења, ако дође до неслагања стварног коришћења породилског одсуства у трајању од 28 дана прије порођаја. Наиме, ако је до те разлике дошло зато што је жена родила прије дана предвиђеног за пород, она има право да ту разлику користи послвије порођаја (као “неискоришћени дио одсуства”), па макар то било трајање цијелог породилског одсуства.⁸² У том смислу и Конвенција МОР-а бр. 183 о заштити материнства предвиђа да “дио породилског одсуства који се користи прије порођаја продужиће се за вријеме између претпостављеног и стварног датума порођаја, без скраћивања обавезног дијела одсуства које се користи након порођаја“ (чл. 4, ст. 5). Имајући у виду горе наведено, а све у циљу заштите здравља и мајке и дјетета, сматрамо да је неопходно посебне мјере радноправне заштите жена у вези са трудноћом и порођајем унаприједити на начин да се законом експлицитно предвиди да запослена жена има право да почне са коришћењем породилског одсуства на основу налаза и препоруке овлашћеног доктора медицине најраније 45 дана, а обавезно и најкасније 28 дана прије времена одређеног за порођај (како се радом не би угрозио развој плода)⁸³, односно, на поменути начин, Законом о раду морају бити одређени и факултативни и обавезни почетак коришћења породилског одсуства.⁸⁴

Родитељи дјетета могу се споразумјети да породилско одсуство, након истека 60 дана од дана рођења дјетета, умјесто мајке настави да користи запослени отац дјетета (чл. 107, ст. 3 Закона о раду).⁸⁵ Допуш-

⁸¹ Н. Тинтић, (1972), 521.

⁸² *Ibid.*

⁸³ С. Јашаревић, *Социјално право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2010, 322.

⁸⁴ У том смислу: Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 282.

⁸⁵ Према периодичном четвртном и петом извјештају БиХ према Комитету за елиминацију свих облика дискриминације над женама, накнаду плате за вријеме коришћења породилског одсуства у великој већини случајева користе жене, а очеви користе углавном у случајевима ако мајка дјетета умре или напусти дијете или из других разлога није у стању да се брине о дјетету или да га његује. Чак и када је коришћење породилског одсуства од стране оца законски омогућено, оно је неријетко спријечено. Предрасуде и стигматизација од стране радне средине додатно учвршћују увријежено мишљење да мајка треба да се брине о дјетету и да мајка треба да буде

та се, наиме, да се родитељи договоре о томе ко ће наставити да користи ово право. То се чини како би се нагласила заједничка одговорност за бригу о дјетету и једнакост родитеља, као и да се омогући родитељу који боље зарађује да ради, како би се породици обезбиједили већи приходи.⁸⁶ Право на породилско одсуство намијењено је заштити мајке и плода непосредно прије порођаја и послје њега, као и подизању дјетета након његовог рођења. Примарно га користи мајка, односно предност се даје мајци јер се сматра да је у почетном периоду послје рођења дијете посебно упућено на мајку, нарочито због дојења, као и да је мајци потребан опоравак од порођаја.⁸⁷ Из тих разлога, према закону мајка обавезно мора искористити 60 дана породилског одсуства од дана порођаја. Такође, жена – мајка стиче право на пензију за једну годину мање стажа осигурања за свако рођено дијете у односу на услове за стицање права на пензију уређене Законом о пензијском и инвалидском осигурању (чл. 107, ст. 4 Закона о раду).

У складу са чл. 108 Закона, жена може, на сопствени захтјев, уз сагласност послодавца, почети да ради и прије истека породилског одсуства, али не прије него што протекне 60 дана од дана порођаја. Ако жена почне да ради прије истека времена породилског одсуства, има право да за вријеме радног дана, поред дневног одмора, користи још и 60 минута одсуства с рада ради дојења дјетета. Ако жена роди мртво дијете или ако дијете умре прије истека породилског одсуства, жена има право на породилско одсуство онолико времена колико је према оцјени овлашћеног доктора медицине потребно да се жена опорави од порођаја и психичког стања изазваног губитком дјетета, а најмање 45 дана од дана порођаја, односно од дана губитка дјетета. Ово произлази из основне сврхе породилског одсуства, а која је опредјељена, поред осталог, и потребом припреме жене за порођај и опоравак послје порођаја.⁸⁸

једина која користи породилско одсуство. Мушкарци се чак суочавају са притиском супруга и других чланова породице да не користе породилско одсуство, из страха да ће угрозити каријеру, а тиме и будуће приходе и егзистенцију породице. *Закључна запажања о четвртој и петом периодичном извјештају о БиХ према CEDAW Комитету*. Достављено 2011, Цит. према: М. Халиловић, С. Watson, Н. Huhtanen, М. Socquet-Juglard, *Родне предрасуде у примјени права: босанскохерцеговачки и међународни правни оквири и пракса*, Сарајево 2017, 199.

⁸⁶ Према статистичким подацима Јавног фонда за дјечју заштиту Републике Српске, у укупном броју корисника породилског одсуства, број очева је готово занемарив. У 2017. години, од донесених 3.200 рјешења о коришћењу породилског одсуства, била су укупно 22 која се односе на очеве, од којих је 11 из Бање Луке. У процентуалном смислу, то је нешто изнад 0,6%. Овај број ипак представља повећање у односу на 2016. годину, када је ову законску могућност искористило само 15 очева.

⁸⁶ С. Јашаревић, 323.

⁸⁷ *Ibid.*, 322.

⁸⁸ П. П. Јовановић, (2018), 296.

Ако мајка дјетета умре, или напусти дијете, или из других разлога није у стању да се брине о дјетету и да га његује (издржавање казне за твора, тежа болест, дошколовавање, специјализација и едукација, припрема за запошљавање и др.), право на породилско одсуство под истим условима као мајка, има запослени отац или усвојилац дјетета, као и друго лице коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на његу и старање од дана усвојења или дана почетка старатељства без обзира на узраст дјетета. Поменуто право отац дјетета има и када мајка није у радном односу (чл. 109 Закона). У овим случајевима, наиме, отац изводи своје право на одсуство из истог права мајке када она није у могућности да своје право користи. Међутим, с обзиром на то да је овде ријеч и о интересима дјетета, у смислу његове његе и подизања, право на породилско одсуство као своје изворно право из радног односа има отац у случају када мајка није у радном односу.⁸⁹ У том случају, мајка као незапослена жена не може да користи породилско одсуство као право из радног односа, али отац као запослено лице може. Према томе, право на породилско одсуство последице порођаја јесте право из радног односа које се везује за чин рођења дјетета и потребу његове његе након тога и увијек се може остварити независно од пола радника који ће то право користити.⁹⁰

За вријеме коришћења породилског одсуства жена има право на накнаду плате у висини просјечне плате коју је остварила у току посљедњих 12 мјесеци прије почињања породилског одсуства. Накнада се мјесечно усклађује са растом просјечних плата у Републици. Ако жена није остварила плату за свих посљедњих 12 мјесеци, накнада плате износи у висини плате коју би остварила да је била на раду. Ове законске одредбе сходно се примјењују и на друга лица која, у складу са законом, имају право на накнаду плате за вријеме одсуствовања с посла због његе и старања о дјетету. Накнада плате остварује се на терет Јавног фонда за дјечју заштиту Републике Српске (чл. 112 Закона о раду), а у складу са Законом о дјечјој заштити.⁹¹

⁸⁹ *Ibid.*; У том смислу види: Б. Шундерић, Ј. Ковачевић, 282.

⁹⁰ П. П. Јовановић, (2018), 296.

⁹¹ „Службени гласник РС“, бр. 114/17; Платом, у смислу чл. 10, ст. 2 овог закона, сматра се плата након опорезивања. Важно је напоменути да Јавни фонд за дјечју заштиту врши рефундацију исплаћене накнаде нето плате за вријеме коришћења породилског одсуства. У посљедње вријеме, све су чешћи захтјеви послодаваца у Републици Српској да се размотри законска и финансијска могућност да Јавни фонд за дјечју заштиту врши рефундацију исплаћене накнаде бруто плате за вријеме коришћења породилског одсуства.

Право на накнаду плате за вријеме породилског одсуства остварује се искључиво на основу радног односа или обављања самосталне дјелатности. Основни циљ овог права је да се омогући да радно ангажовани родитељи пруже дјечи потрeбну бригу и старање послије рођења, без негативних посљедица по њихов радноправни статус. Такође, тежи се да им се надомјесте средства за живот, пошто у том периоду неће остваривати плату или други приход.⁹² Обрачун и исплату накнаде плате лицу, за вријеме коришћења породилског одсуства, у трајању прописаном законом којим се уређују радни односи, врши послодавац. Накнаду плате за првих 30 дана коришћења породилског одсуства лицу које користи породилско одсуство обезбјеђује и исплаћује послодавац из властитих средстава, а за наредних 11 мјесеци за прво и друго дијете, односно 17 мјесеци за близанце, треће и свако наредно дијете накнаду исплаћује послодавац, а исплаћена средства рефундира Фонд (чл. 27, ст. 3 и 4 Закона о дјечјој заштити). Право на рефундацију исплаћене накнаде плате за вријеме коришћења породилског одсуства има послодавац, предузетник или лице које у виду основног занимања обавља самосталну професионалну дјелатност (чл. 26, ст. 1).

3.3.2 Право на рад са половином пуног радног времена ради појачане њега дјетета

Након истека породилског одсуства, један од запослених родитеља има право да ради са половином пуног радног времена за вријеме док дијете не наврши три године живота, уколико је дјетету, према налазу овлашћеног доктора медицине, потребна појачана њега. Ако су родитељи дјетета умрли, или су дијете напустили, или су непознати, или се из других оправданих разлога не могу бринути о дјетету, право на рад са половином радног времена има запослени усвојилац дјетета или лице коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на старање и његу (чл. 110 Закона о раду). У овом случају, дакле, уколико наведена лица користе право да раде са половином пуног радног времена (атипично скраћено радно вријеме),⁹³ тада имају право на плату сразмјерно том времену проведеном на раду, укључујући и право на накнаду плате за другу половину пуног радног времена када су одсуствовали са рада, односно за онај дио пуног радног времена у којем као корисници права нису радили. Накнада плате остварује се на терет Јавног фонда за дјечју заштиту

⁹² С. Јашаревић, 321.

⁹³ П. П. Јовановић, (2018), 297.

Републике Српске (чл. 113 Закона о раду), а у складу са Законом о дјечјој заштити.⁹⁴ Иако су поменуте законске одредбе усмјерене првенствено на заштиту дјетета, несумњиво се одражавају и на заштиту жене, јер ће мајка без већег страха за дијете обављати своје радне активности,⁹⁵ и у том погледу, такође, представљају извјестан вид подршке у подизању дјете.⁹⁶

3.3.3 Право на рад са половином пуног радног времена ради њега дјетета са психофизичким сметњама у развоју

Закон о раду (чл. 111) предвиђа и право једног од родитеља дјетета са психофизичким сметњама у развоју, које није смјештено у одговарајућу здравствену или социјалну установу, да ради с половином пуног радног времена, са правом на накнаду плате за другу половину пуног радног времена. О трајању, односно почетку и престанку коришћења овог права одлучује овлашћена здравствена установа, водећи рачуна о потребама дјетета за појачаном родитељском његом и старањем. Накнаду плате родитељу дјетета обезбјеђује Јавни фонд за дјечју заштиту Републике Српске.⁹⁷ У овом случају, родитељу дјетета не може се, без његове сагласности, одредити да ради прековремено или ноћу, нити му

⁹⁴ Према чл. 30, ст. 1, право на рефундацију исплаћене накнаде плате за вријеме рада са половином пуног радног времена ради појачане њега дјетета до три године живота има корисник права на рефундацију за једног од запослених родитеља, односно усвојитеља или лица коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на бригу и његу, уколико је дјетету према налазу овлашћеног доктора медицине потребна појачана њега. Такође, у складу са чл. 31, рад са половином пуног радног времена може се одобрити једном од запослених родитеља, односно усвојитеља или лица коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете, а коме је према налазу овлашћеног доктора медицине потребна појачана њега, у трајању од годину дана, уз могућност продужења тог рока у складу са законом којим се уређују радни односи. Приликом одлучивања о трајању права на рад са половином пуног радног времена овлашћени доктор медицине узима у обзир налаз Комисије за процјену потреба и усмјеравање дјете и омладине са сметњама у развоју. Министар здравља и социјалне заштите доноси правилник о поступку утврђивања потребе дјетета до три године живота за појачаном његом, од овлашћеног доктора медицине.

⁹⁵ В. Јелчић, 357.

⁹⁶ С. Јашаревић, 325.

⁹⁷ Према чл. 32, ст. 1 Закона о дјечјој заштити, право на рефундацију исплаћене накнаде плате за рад са половином пуног радног времена ради појачане њега и бриге о дјетету са сметњама у развоју има корисник права на рефундацију за једног од родитеља дјетета са сметњама у развоју, односно усвојитеља или лица коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на бригу и његу, које није смјештено у здравствену или социјалну установу. У складу са чл. 33 Закона, рад са половином пуног радног времена може се одобрити родитељу дјетета са сметњама у развоју, односно усвојитељу или лицу коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на његу и бригу, у трајању од годину дана, уз могућност продужења тог рока у складу са законом којим се уређују радни односи. Приликом одлучивања о трајању права на рад са половином пуног радног времена овлашћена здравствена установа узима у обзир налаз Комисије за процјену потреба и усмјеравање дјете и омладине са сметњама у развоју. Министар доноси правилник о поступку утврђивања потребе дјетета са сметњама у развоју за појачаном родитељском његом и бригом, од овлашћене здравствене установе.

се, без његовог пристанка, може промијенити мјесто рада. Поменуте законске одредбе сходно ће се примијенити и приликом утврђивања висине и начина остваривања накнаде плате за вријеме рада са половином пуног радног времена од стране мајке дјетета или других лица која имају право на скраћено радно вријеме ради њега и старања о дјетету, за онај дио пуног радног времена у којем корисник права није радио (чл. 113 Закона о раду).

Наиме, вријеме коришћења наведених права радницима се рачуна у стаж осигурања као да су радили пуно радно вријеме,⁹⁸ односно такво се радно вријеме сматра пуним радним временом у смислу одредаба чл. 114 Закона о раду које нормирају сљедеће: “ако је за стицање одређених права из радног односа или у вези са радним односом важно претходно трајање радног односа, периоди породилског одсуства, рада с половином пуног радног времена ради појачане бриге и њега дјетета, привремене спријечености за рад труднице или мајке која доји дијете, или рада с половином пуног радног времена ради бриге и њега дјетета с тежим сметњама у развоју, сматраће се временом provedеним на раду у пуном радном времену”.

У циљу обезбјеђења посебне радноправне подршке породици,⁹⁹ сматрамо да је Законом о раду потребно признати и право радника на одсуство са рада ради посебне њега дјетета са тешким психофизичким сметњама у развоју, након истека породилског одсуства, најдуже до навршених пет година живота дјетета.¹⁰⁰ Овим правом би се запосленом лицу омогућило да води бригу о дјетету чије је здравље посебно угрожено,

⁹⁸ Види: чл. 25 Закона о пензијском и инвалидском осигурању, „Службени гласник РС“, бр. 134/11, 82/13 и 103/15.

⁹⁹ У том смислу види: Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 284.

¹⁰⁰ Уп.: чл. 96, ст. 1–3 Закона о раду Републике Србије: „Један од родитеља детета коме је неопходна посебна нега због тешког степена психофизичке ометености, осим за случајеве предвиђене прописима о здравственом осигурању, има право да, по истеку породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, одсуствује са рада или да ради са половином пуног радног времена, најдуже до навршених пет година живота детета. Право у смислу става 1 овог члана остварује се на основу мишљења надлежног органа за оцену степена психофизичке ометености детета, у складу са законом. За време одсуствовања са рада, у смислу става 1 овог члана, запослени има право на накнаду зараде, у складу са законом“. Такође, у складу са чл. 97 Закона: „Хранитељ, односно старатељ детета млађег од пет година живота има право да, ради неге детета, одсуствује са рада осам месеци непрекидно од дана смештаја детета у хранитељску, односно старатељску породицу, а најдуже до навршених пет година живота детета. Ако је смештај у хранитељску, односно старатељску породицу наступио пре навршена три месеца живота детета, хранитељ, односно старатељ детета има право да, ради неге детета, одсуствује са рада до навршених 11 месеци живота детета. Право из ст. 1 и 2 овог члана има и лице коме је, у складу са прописима о усвојењу, упућено дете на прилагођавање пре заснивања усвојења, а по заснивању усвојења – и један од усвојилаца. За време одсуства са рада ради неге детета, лице које користи право из ст. 1–3 овог члана има право на накнаду зараде у складу са законом“.

ако није у могућности да за то ангажује друго лице.¹⁰¹ Право на одсуство са рада ради посебне његе дјетета могу да користе један од запослених родитеља, запослени усвојилац дјетета или лице коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на старање и његу. За вријеме одсуствовања са рада запослени би имао право на накнаду плате на терет Јавног фонда за дјечју заштиту Републике Српске, у складу са законом.

Надаље, за подизање наталитета и садржајнију заштиту жене у систему радног законодавства,¹⁰² залажемо се и за установљење права на неплаћено одсуство одређеног трајања ради његе дјетета (нпр. до три године живота дјетета), након истека породилског одсуства, уз урачунавање тог времена у радни стаж, укључујући и право запосленог лица на здравствено и пензијско и инвалидско осигурање, у складу са важећом регулативом из тих области.¹⁰³ Право на неплаћено одсуство ради његе дјетета служи олакшању жени мајци да преброди раздобље кад је рад и мајчинство практично тешко истовремено остваривати, и да се жена послје тога врати на рад, који је остао без прекида у континуитету.¹⁰⁴ Ово право могу да користе један од запослених родитеља, запослени усвојилац дјетета или лице коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на старање и његу. Важно је напоменути, наиме, да овдје није ријеч о хендикепираном или болесном дјетету коме је потребна посебна њега, већ о здравом дјетету, али родитељи или друга наведена лица, могу, ако то желе, да одсуствују са рада да би били поред свог дјетета док оно не наврши три године.¹⁰⁵ Међутим, с обзиром на то да се ради о неплаћеном одсуству, за вријеме његовог коришћења радни однос мирује, тј. права и обавезе по основу рада мирују (запослени нема право на накнаду плате), ако за поједина права законом, општим актом и уговором о раду није друкчије одређено (могућност остваривања права на здравствено¹⁰⁶ и пензијско и инвалидско осигурање, у складу са законом).

¹⁰¹ С. Јашаревић, 324.

¹⁰² О томе види: В. Јелчић, 363.

¹⁰³ Ту институцију примјењује законодавство ФБиХ – чл. 67 Закона о раду; Републике Србије – чл. 100 Закона о раду; Републике Црне Горе – чл. 118 Закона о раду; Републике Хрватске – чл. 36 Закона о раду.

¹⁰⁴ Н. Тинтић, (1972), 519.

¹⁰⁵ П. П. Јовановић, (2018), 298.

¹⁰⁶ Према мишљењу појединих теоретичара, једно од ефикасних рјешења које би стимулативно дјеловало на пораст наталитета јесте да се измјенама и допунама регулативе у области здравственог осигурања висина накнаде плате за вријеме привремене неспособности за рад због компликација или опасности од компликација у вези са трудноћом, али и његе дјетета, утврди у висини од 100% од основа, од првог дана неспособности за рад. Корисник накнаде на тај начин због коришћења права не би био материјално оштећен. О томе види: В. Јелчић, 363.

3.4 Забрана отказа због трудноће и порођаја

Посебна заштита материнства, која се налази у темељу сваког друштва, с обзиром на то да подстицање наталитета претпоставља посебну заштиту жена, укључује и заштиту од отказа због трудноће и порођаја, имајући у виду посебно физичко и психичко стање запослених за вријеме трудноће, као и потребу да им се обезбиједи несметано испуњавање материнске улоге и економска сигурност за вријеме спријечености за рад из ових разлога.¹⁰⁷ То посебно вриједи за отклањање ризика од наступања посљедица које отказ уговора о раду може имати по физичко и ментално здравље жене, укључујући и озбиљан ризик намјерног прекида трудноће како би се сачувало запослење, као извор средстава за издржавање.¹⁰⁸ Забрана отказа трудницама и породиљама не подразумијева њихову посебну заштиту само због биолошког стања и улоге материнства, већ и заштиту од ризика да се, због пола и околности које настају због репродуктивне функције запослених, према њима поступа неповољније него према другим запосленима. У том смислу можемо разликовати два основна аспекта забране отказа због трудноће и порођаја: први аспект се тиче забране отпуштања запослених због трудноће и коришћења породилског одсуства и одсуства са рада ради њега дјетета, док се други аспект везује за привремену суспензију послодавчевог права на отказ за вријеме трудноће запослене и остваривања одсуства са рада.¹⁰⁹

Као што смо раније нагласили, најважнији аспекти заштите од отказа због трудноће и порођаја потврђени су универзалним међународним радним стандардима, с тим што у њима забрана отказа није апсолутна, већ послодавац може иницирати престанак радног односа у случају озбиљне повреде радне обавезе, затварања предузећа или истека уговора о раду на основу којег је трудница или породиља ангажована.¹¹⁰ Наиме, Законом о раду (чл. 105) потврђено је правило да послодавац не може одбити да прими у радни однос жену због тога што је трудна, нити јој може отказати уговор о раду због трудноће или због тога што жена користи породилско одсуство. Такође, законом је изричито прописано да послодавац не може раднику да откаже уговор о раду у смислу чл. 179,

¹⁰⁷ Љ. Ковачевић, 498. О томе види: Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 407–409.

¹⁰⁸ Љ. Ковачевић, (2016), 498. У пракси се дешава да су запослене жене, због егзистенцијалне нужности радног односа, индиректно присиљене да бирају између абортуса и отказа уговора о раду.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 499.

¹¹⁰ *Ibid.*

ст. 1. тач. 1) (“ако не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради“), 3) (“ако услед технолошких, економских или организационих промјена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла, а послодавац не може раднику обезбиједити други посао“) и 4) (“ако одбије закључење анекса уговора о раду у смислу овог закона“) за вријеме трудноће, породилског одсуства, родитељског одсуства и скраћеног рада ради њега дјетета. Међутим, ова заштита је зајемчена само у корист радника који су засновали радни однос на неодређено вријеме, а не и у корист радника ангажованих на основу уговора о раду на одређено вријеме.¹¹¹ Дакле, уколико је запослена са послодавцем закључила уговор о раду **на одређено вријеме**, истеком рока трајања уговора запосленој престаје радни однос и послодавац је може одјавити са обавезних видова социјалног осигурања без обзира на трудноћу и порођај. С тим у вези, сматрамо да је посебну заштиту од престанка радног односа запослених трудница и породилја неопходно проширити и на раднике који раде на основу уговора о раду на одређено вријеме, на начин да се рок за који је заснован радни однос на одређено вријеме продужава до истека коришћења породилског одсуства или одсуства са рада ради њега дјетета.¹¹² Проф. др Љ. Ковачевић напомиње да исти социјални и морални разлози оправдавају проширење посебне заштите од отказа и на случајеве ограниченог трајања уговора о раду, тим прије што су радници са радним односом на одређено вријеме суочени са ризиком неповољнијег поступања од радника са стандардним уговором о раду.¹¹³ Поједини аутори, који говоре у прилог заштити интереса послодавца, сматрају да запослена има право на посебну заштиту само ако је била у прилици да ради током једног, разумног дијела времена на које је засновала атипични радни однос. Не улазећи у оправданост поменутих мишљења, у свјетлу потребе да се заштите интереси послодавца, економски разлози не смију имати предност у односу на моралне и социјалне разлоге који говоре у прилог посебној заштити трудница од отказа.¹¹⁴ Законске одредбе о посебној заштити од отказа уговора о раду морају дефинисати и правило да је рјешење о отказу уговора о раду ништаво ако је послодавцу, на дан његовог доношења, било познато постојање околности у вези са трудноћом, коришћењем породилског одсуства, родитељског одсуства

¹¹¹ У том смислу види: Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 281.

¹¹² Уп.: чл. 187 Закона о раду Републике Србије; чл. 108, ст. 4 Закона о раду Црне Горе.

¹¹³ Љ. Ковачевић, (2016), 502.

¹¹⁴ *Ibid.*

и скраћеног рада ради њега дјетета или ако радник у року од 30 дана од дана престанка радног односа обавијести послодавца о постојању ових околности, и о томе достави одговарајућу потврдну овлашћеног доктора медицине или другог надлежног органа. На овом мјесту је, наиме, веома битно истаћи да запослена за вријеме трудноће и породилског одсуства ужива посебну заштиту при исказивању вишкова, пошто критеријум за утврђивање вишка радника не може да буде одсуствовање радника са рада због привремене спријечености за рад, трудноће, породилског одсуства, њега дјетета и посебне њега дјетета (чл. 166 Закона о раду).¹¹⁵

Закључак

Заштита жена на раду и у вези са радом може се посматрати са више аспеката: 1) заштита жена с обзиром на њихову психофизичку конституцију; 2) општа заштита жена која подразумијева изједначавање жена са мушкарцима у остваривању људских права, тј. еманципација жена; 3) улога жена у биолошкој репродукцији становништва (трудноћа, рађање и материнство). У радном законодавству Републике Српске, посебна радноправна заштита жена подразумијева: 1) забрану рада за вријеме трудноће (и дојења) на пословима који су штетни за здравље жене и дјетета; 2) заштиту у оквиру института радног времена; 3) право на породилско одсуство и рад са половином пуног радног времена; и 4) забрану отказа због трудноће и порођаја. Сматрамо да је *de lege ferenda*, неопходно кроз законску регулативу *explicite* дефинисати питање посебне заштите запослених жена за вријеме трудноће и дојења дјетета у вези са радним мјестима са посебним условима рада, односно радним мјестима са повећаним ризиком, по узору на рјешења у упоредном праву. Посебна заштита запослених жена (укључујући и друга лица која се старају о дјетету) састоји се и у правима: а) на породилско одсуство; б) на рад са половином пуног радног времена ради појачане њега дјетета и в) на рад са половином пуног радног времена ради њега дјетета са психофизичким сметњама у развоју. Према Закону о раду Републике Српске, за вријеме трудноће, порођаја и њега дјетета жена има право на породилско одсуство у трајању од годину дана непрекидно, а за близанце и свако треће и наредно дијете у трајању од 18 мјесеци непре-

¹¹⁵ Види: Б. Лубарда, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 43.

кидно. С обзиром на потребу да мајка што више времена проводи са дјецом у раној фази њиховог живота, са једне стране, и обезбјеђивање остваривања природне и социјалне улоге запослене мајке у бризи и васпитању дјече и у самој породици, са друге стране, мишљења смо да би трајање породилског одсуства у случају да жена роди близанце, треће и наредно дијете, требало продужити са 18 мјесеци на двије године непрекидно по угледу на рјешења присутна у упоредном праву. Одређивање овако различитог трајања породилског одсуства, према броју дјече, у функцији је укупне социјалне политике, посебно демографске политике. Тим путем се жели стимулирати рађање дјече и раст наталитета, што је изразита потреба у Републици Српској која се суочава са проблемом “бијеле куге“ и негативним природним прираштајем – стопа наталитета је мања од стопе морталитета. У циљу обезбјеђења посебне радноправне подршке породици, Законом о раду је потребно признати и право радника на одсуство са рада ради посебне његе дјетета са тешким психофизичким сметњама у развоју, након истека породилског одсуства, најдуже до навршених пет година живота дјетета. Овим правом би се запосленом лицу омогућило да води бригу о дјетету чије је здравље посебно угрожено, ако није у могућности да за то ангажује друго лице. Право на одсуство са рада ради посебне његе дјетета могу да користе један од запослених родитеља, запослени усвојилац дјетета или лице коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на старање и његу. За вријеме одсуствовања са рада запослени би имао право на накнаду плате на терет Јавног фонда за дјечју заштиту Републике Српске, у складу са законом.

Надаље, за подизање наталитета и садржајнију заштиту жене у систему радног законодавства залажемо се и за установљење права на неплаћено одсуство одређеног трајања ради његе дјетета (нпр. до три године живота дјетета), након истека породилског одсуства, уз урачунавање тог времена у радни стаж, укључујући и право запосленог лица на здравствено и пензијско и инвалидско осигурање, у складу са важећом регулативом из тих области. Такође, закључујемо да је посебну заштиту запослених трудница и породилца неопходно проширити и на раднике који раде на основу уговора о раду на одређено вријеме, на начин да се рок за који је заснован радни однос на одређено вријеме продужава до истека коришћења породилског одсуства или одсуства са рада ради његе дјетета.

Литература и извори

- Blanpain R., *European Labour Law*, Kluwer Law International, London, Boston 2000.
- Јовановић П., Предраг, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018.
- Јовановић П., Предраг, “Посебна радноправна заштита појединих категорија радника“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015, Нови Сад 2015.
- Јашаревић С., *Социјално право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2010.
- Јелчић В., “Жена у радно-социјалном законодавству Републике Хрватске“, *Ревизија за социјалну политику* 4, Загреб 1994.
- Ковачевић Љ., *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2016.
- Ковачевић Љ., *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.
- Лубарда Б., *Радно право*, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.
- Лубарда Б., *Европско радно право*, Подгорица 2004.
- Лубарда Б., *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.
- Петровић А., *Међународни стандарди рада*, Ниш 2009.
- Тинтић Н., *Радно и социјално право*, Књига прва: Радни односи (I), Народне новине, Загреб 1969.
- Тинтић Н., *Радно и социјално право*, Књига прва: Радни односи (II), Народне новине, Загреб 1972.

Учур М. Ђ., „Заштита особе у радном односу од начела до реализације“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, в. 29, 1, Ријека 2008.

Учур М. Ђ., *Социјално право*, Загреб 2000.

Халиловић М., Watson, Callum, Huhtanen, Heather, Socquet-Juglard, Mylene, *Родне предрасуде у примјени права: босанскохерцеговачки и међународни правни оквири и пракса*, Сарајево 2017.

Шундерић Б., *Право Међународне организације рада*, Београд 2001.

Шундерић Б., Ковачевић, Љубинка, *Радно право*, Приручник за полагање правосудног испита, Књига 11, Београд 2017.

Извори права

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, „Службени лист СФРЈ, Међународни уговори“, бр. 7/1971.

International Labour Organization, C003 - Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312148:NO, „Службене новине Краљевине СХС“, 1927, бр. 95-XXII.

International Labour Organization, C103 - Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (No. 103), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312248:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 9/1955.

International Labour Organization, C102 - Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 1/1955, ратификована од стране БиХ, 02.06.1993.

International Labour Organization, C004 - Night Work (Women) Convention, 1919 (No. 4), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312149:NO;

International Labour Organization, C041 - Night Work (Women) Convention (Revised), 1934 (No. 41), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312186:NO;

International Labour Organization, C089 - Night Work (Women) Convention (Revised), 1948 (No. 89), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312234:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 12/1950;

International Labour Organization, C045 - Underground Work (Women) Convention, 1935 (No. 45), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312190:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 12/1952;

International Labour Organization, C111 - Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 3/61;

International Labour Organization, R111 - Discrimination (Employment and Occupation) Recommendation, 1958 (No. 111), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312449:NO;

International Labour Organization, C100 - Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245:NO;

International Labour Organization, C156 - Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312301:NO;

International Labour Organization, C103 - Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (No. 103), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312248:NO, „Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори“, бр. 9/1955.

International Labour Organization, R095 - Maternity Protection Recommendation, 1952 (No. 95), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312433:NO, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 11/1956.

International Labour Organization, C183 - Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328:NO, „Службени гласник БиХ“, бр. 7/2009.

International Labour Organization, R191 - Maternity Protection Recommendation, 2000 (No. 191), доступно на: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312529:NO.

Европска социјална повеља, „Службени гласник БиХ, Међународни уговори“, бр. 6/08.

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.

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

Закон о раду, „Службени гласник РС“, бр. 1/16.

Закон о раду ФБиХ, „Службене новине ФБиХ“, бр. 26/16.

Закон о раду Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - УС, 113/17.

Закон о раду Републике Хрватске, „Народне новине“, бр. 93/14 и 127/17.

Закон о раду Црне Горе, „Службени лист Црне Горе“, бр. 049/08,026/09, 088/09,026/10,059/11,066/12,031/14,053/14,004/18.

Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1), „Uradni list RS“, št. 21/2013, 78/2013.

Закон о пензијском и инвалидском осигурању, „Службени гласник РС“, бр. 134/11, 82/13 и 103/15.

Закон о дјечјој заштити, „Службени гласник РС“, бр. 114/17.

Закон о заштити радника од 28. II 1922.

Уредба о одсутности жена прије и после порођаја, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 56/1946.

Закон о радним односима, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 53/1957.

Основни закон о радним односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 17/1965.

Основни закон о радним односима (пречишћени текст), „Службени лист СФРЈ“, бр. 12/70;

Закон о основним правима из радног односа, „Службени лист СФРЈ“, бр. 60/89, 42/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 42/92, 24/94.

Интернет извори

European Commission, “Professional, private and family life“, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/rights/work-life-balance/index_en.htm, 12.06.2018.

SPECIAL PROTECTION OF WOMEN AND MATERNITY AT WORK AND IN CONNECTION WITH WORK

Radislav Lale, Ph. D.*

Summary

Protection of women at work and in connection with work can be viewed from several aspects: 1) protection of women in view of their psychophysical constitution; 2) general protection of women, which implies equalization of women with men in the realization of human rights, emancipation of women; 3) the role of women in the biological reproduction of the population (pregnancy, childbirth and maternity). In the labour legislation of the Republic of Srpska, special labour protection of women implies: 1) the prohibition of work during pregnancy (and breastfeeding) in jobs that are harmful to the health of women and children; 2) protection within the institute of working hours; 3) the right to maternity leave and work with half of full-time work; and 4) a ban on termination due to pregnancy and childbirth. Given the need for the mother to spend more time with children at an early stage of their lives, on the one hand, and ensuring the realization of the natural and social role of an employed mother in the care and upbringing of children and within the family itself, on the other hand, the author believes that the duration maternity leave in the event that a woman gives birth to twins, a third and the next child, should be extended from 18 months to two years continuously in the reputation of the solutions present in comparative law. Also, the author concludes that it is necessary to extend the special protection of pregnant and maternity workers to workers who work on the basis of fixed-term contracts, in such a way that the term for which the employment relationship is created for a certain period of time is extended until the expiration of maternity leave or absence from work to care for a child.

Key words: *Special labour protection; Pregnancy; Birth; Maternity; Maternity leave.*

* Faculty of Law, University of East Sarajevo

УДК 349.2:005.334(497.6РС)

Doi 10.7251/PR5418523K

Прегледни научни чланак

ОСТВАРИВАЊЕ И ЗАШТИТА ИНДИВИДУАЛНИХ ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Доц. др Рајко Кличковић*
Мср Ирина Шолаја**

Апстракт: Остваривање и заштита права запослених у Републици Српској представља веома сложено питање остваривања укупних права на рад и слободу рада а тиме и друштвено-економских и социјалних односа.

Када говоримо о остваривању и заштити права запослених у Републици Српској, имамо у виду како индивидуална тако и колективна права. Индивидуална права се остварују у радној средини. Колективна права се остварују у радној средини и у одређеној сфери рада. Индивидуална права се штите у поступку споразумне и арбитражне заштите, судске заштите као и у поступку надзора над примјеном прописа од стране инспекције рада. Колективна права се штите у поступку споразумне заштите, арбитражне заштите и судске заштите.

Оно што се посебно наглашава у овом реферату јесте значај остваривања и заштите права за укупне политике рада и запошљавања које треба да се унаприједи путем дијалога партнера, односно запослених и послодаваца и хармонизацијом законодавства са прописима Европске уније.

Имајући у виду тренутно стање и чињеницу да се у многим секторима од стране послодаваца крише и злоупотребљавају законом утврђена права запослених, можемо закључити да су остваривање и заштита права запослених, а посебно извршилаца у раду ван радног односа недовољна. На крају рада, а што треба да добије подршку стручне расправе на савјетовању, предложене су смјернице и препоруке за унапређење ових права како би се обезбиједио достојанствен рад у Републици Српској.

Кључне ријечи: *радни однос, остваривање права, заштита права, рад ван радног односа, споразумна заштита, арбитражна заштита, радни спор, судска заштита.*

Увод

Остваривање и заштита права запослених у Републици Српској, гарантовани Уставом и уређени законима и другим прописима, представљају веома сложено питање остваривања права на рад и слободу рада, а тиме укупних друштвено-економских и социјалних односа.

У данашње вријеме право на рад као људско право полази од основног принципа да сваки човјек има урођена, једнака, неотуђива и универзална права која произлазе из достојанства свих људских бића. Људска права држава не дарује појединцу нити их може ускратити, односно одузети. Држава може успоставити механизме којима регулише остваривање права, слободу и заштиту у циљу обезбјеђења једнакости свих лица. Правни основи на којима се заснива рад у једном друштву у корелацији су са степеном остваривости права на рад и слободу рада као и осталих принципа на којима се заснивају рад и начин привређивања у том друштву.

Поред важног егзистенцијалног аспекта, радни статус великим дијелом одређује друге друштвене статусе и личне идентитете. Због тога је овом питању посвећена велика пажња, како у теорији, тако и у пракси, у законодавству и институцијама, истраживањима и академској заједници, а нарочиту важност оно добија у вријеме када се налазимо у процесу европских интеграција.

Из тог разлога, циљ овог рада јесте да прикаже стање остваривања и заштите права запослених у општем и посебном режиму рада као и лица која раде на основу уговора о раду без заснивања радног односа у теорији и пракси у Републици Српској, и да сагледа усклађеност домаћег законодавства и праксе са европским стандардима у овој области.

Актуелни трендови у Европи и земљама у окружењу, посебно земљама кандидатима за чланство у Европску унију, у погледу тржишта рада, подразумијевају константне промјене не само у економској политици већ и у политикама које се односе на рад и запошљавање и које утичу на укупан економски развој. Модеран економски систем, спре-

ман да постане дио европских токова, мора бити у стању да одговори свим изазовима савременог тржишта, а подразумијева значајне промјене и прилагођавања на тржишту рада као једном од најважнијих фактора развоја.

„Постојање прописа није довољно за остваривање права која су њима депонована. Права се нажалост ускраћују и повређују. У таквим приликама њихово остваривање зависи од квалитета заштите“.¹

Према томе, ни једна држава није у стању обезбиједити потпуну заштиту, тако да увијек остаје мањи или већи простор за сукобљавање нормативног и стварног. У том простору остварују се и штите права из радног односа. Када говоримо о остваривању и заштити права запослених у Републици Српској имамо у виду како индивидуална тако и колективна права и њихову заштиту у контексту Закона о раду² Републике Српске и других подзаконских прописа донесених након ступања на снагу овог закона.

Нормативни оквир

Према Уставу Босне и Херцеговине и Уставу Републике Српске, област рада и запошљавања је у цијелости у надлежности Републике Српске.

Устав Републике Српске у члану 39 став 1 гарантује сваком право на рад и слободу рада а у даљим одредбама тај члан прописује да се права по основу рада, као и престанак радног односа противно вољи радника, регулишу законом и колективним уговором.

У складу са овом уставном одредбом питање остваривања и заштите права по основу рада уређено је сљедећим законима:

– Закон о раду уређује радне односе, права, обавезе и одговорности из радног односа и друге односе по основу рада у Републици Српској, ако посебним законима није другачије уређено. То подразумијева и механизме којима се регулише заштита остваривања права запослених.

– Закон о државним службеницима³ уређује радноправни статус државних службеника у републичким органима управе Републи-

¹ Зоран Ивошевић, *Радно право*, четврто измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 272.

² „Службени гласник Републике Српске“, број 1/16.

³ „Службени гласник Републике Српске“, број 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16.

ке Српске; права и дужности; радна мјеста државних службеника; запошљавање и попуњавање упражњених радних мјеста; оцјењивање и напредовање; стручно оспособљавање и усавршавање и стручни испит; приправнике и волонтере у републичким органима управе; дисциплинску и материјалну одговорност; престанак радног односа; заштиту права из радног односа; кадровски план; вођење централне евиденције; друга права из радног односа и статус и надлежност Одбора државне управе за жалбе.

– Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе⁴ уређује права и дужности из радног односа службеника и намјештеника запослених у јединицама локалне самоуправе.

– Закон о мирном рјешавању радних спорова⁵ уређује начин и поступак мирног рјешавања индивидуалних и колективних радних спорова, избор, права и обавезе арбитра и миритеља, као и начин оснивања тијела за мирно рјешавање радних спорова, те друга питања од значаја за мирно рјешавање радних спорова.

Нормативни оквир у области рада и запошљавања у Републици Српској који уређује остваривање и заштиту права запослених, усаглашен је са међународним стандардима у области рада.

Права, обавезе и одговорности из радног односа

Да би се могло говорити о заштити права запослених у Републици Српској, морамо сагледати основна права и обавезе запослених у свим облицима рада.

Садржину радног односа чине права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца. Она могу бити индивидуална и колективна.⁶

Права и обавезе радника уређене су одредбама члана 12 до 15 Закона о раду. Тим одредбама први пут се у радном законодавству Републике Српске прецизно утврђују права радника која се остварују по основу радног односа и обавеза које радник има по том основу. У претходном Закону о раду права радника су се подразумијевала и била су утврђена кроз поједине одредбе, расуте по цијелом закону. Садржину радног од-

⁴ „Службени гласник Републике Српске“, број 97/16.

⁵ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 91/16.

⁶ Зоран Ивошевић, *Радно право*, четврто измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 59.

носа чине права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца. Она могу бити индивидуална и колективна.

Индивидуална права радника, која уједно представљају и обавезу и одговорност послодавца, утврђена су чланом 12 став 1 овог закона и односе се на: распоређивање радника; радно вријеме, одморе и одсуства; заштиту на раду; плату, плату и накнаду плате и друга лична примања; забрану конкуренције; одговорност за штету; удаљење са рада; престанак потребе за радом, престанак радног односа; заштиту повређених 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.

Обавезе радника произилазе из садржине радног односа и прописане су у одредби члана 15 Закона о раду на једном мјесту, док су се у ранијем закону изводиле и подразумијевале у појединим одредбама које такође нису биле систематизоване.

Обавезе радника се наводе 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“.⁷

⁷ Рајко Кличковић, Борислав Радић, *Коментар Закона о раду Републике Српске*, Центар за демократизацију друштва, Бања Лука, 2016, стр 41.

Обавезе се односе искључиво на обављање послова ради којих је радник засновао радни однос. Поред ових обавеза, како је прописано и у ставу 2 овог члана, 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 стручног 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 календарске године.

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.

Колективна права, обавезе и одговорности односе се на: оснивање савјета радника, синдикалног и послодавачког удруживања, колективног преговарања, закључења колективног уговора, међусобних односа учесника колективног уговора, штрајка и других агресивних начина остваривања колективних интереса.

„Радни однос као правни однос карактерише узајамност права и обавеза његових субјеката. Са становишта дужности радни однос је двострано теретан однос. Дужности радника у радном односу су претпоставке остваривања права и слобода, не само послодавца него и радника. Овоме треба додати да испуњавање дужности од стране радника представља претпоставку не само остваривања права послодавца и радника, него и претпоставку остваривања дужности од стране послодавца. Радне обавезе произлазе из процеса рада и управљања радом, тј. средствима, и у зависности су од друштвено-економских и технолошких промјена“⁸.

⁸ Др Боривоје Шундерић, *Радни однос (теорија, норма, пракса)*, Култура, Београд, 1990, стр. 215.

Према томе, с пуним правом се може рећи да Закон о раду Републике Српске прецизно утврђује права, обавезе и одговорности запосленог, што представља квалитет у доносу на раније законе из ове области.

Остваривање права

Радни однос је скуп међусобних права, обавеза и одговорности послодавца и запосленог. Међусобна права, обавезе и одговорности међу њима добровољно су уређена уговором о раду у складу са законом, колективним уговором или другим актом. Међутим, запослени своја права не може директно остваривати на основу прописа, већ кроз његову примјену одлукама и радњама органа или појединача надлежних за извршавање прописа.

Када говоримо о остваривању права, имамо у виду остваривање индивидуалних права и остваривање колективних права. Ове двије врсте права се остварују у радној средини, с тим да се колективна права, поред тога, остварују и у одређеној сфери рада.

1. Остваривање индивидуалних права

Одредбом члана 198 Закона о раду прописано је да о правима и обавезама радника из радног односа, у складу са законом, колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду, одлучује пословодни орган послодавца (директор) или друго лице одређено статутом или актом о оснивању.

Овлашћено лице послодавца може, путем писмене пуномоћи, овластити друго пунољетно и пословно способно лице да одлучује о свим или појединим правима и обавезама из радног односа.

У Закону о раду имамо новину која се односи на чињеницу да законодавац у члану 199 наглашава врсту акта којим се одлучује о правима, обавезама и одговорностима радника. Тај акт је рјешење. Према овом члану, раднику се у писаном облику доставља рјешење о остваривању права, обавеза и одговорности, са образложењем и поуком о правном лијеку. Само одлучивање је процес (радња послодавца) који након што утврди одређено чињенично стање, на то стање (поводом остваривања одређеног права, утврђивање обавеза или одговорности) примјењује

материјалноправне норме овог закона, општих аката или уговора о раду, доношењем рјешења. У неким ситуацијама послодавац обавезно мора донијети рјешење (нпр. породилско одсуство), а у неким ситуацију само доношење рјешења је дискреционо овлашћење послодавца.

„Рјешење послодавца може бити позитивно или негативно, у зависности од тога да ли се усваја или одбија захтјев радника за остваривање одређеног права, утврђује се или ослобађа одговорности, и слично“.⁹

Према одредби члана 96 Закона о државним службеницима, о правима и дужностима државног службеника одлучује руководиоца органа рјешењем, ако овим законом није другачије одређено. При одлучивању о правима и дужностима државног службеника примјењују се правила општег управног поступка, ако овим или посебним законом није другачије одређено.

Према одредби члана 150 Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединица локалне самоуправе, о правима и дужностима службеника одлучује начелник општине, односно градоначелник рјешењем, осим ако овим законом није другачије уређено. У поступку одлучивања о правима и дужностима службеника примјењују се правила општег управног поступка, ако овим или посебним законом није другачије уређено. Такође према одредби члана 159 став 1 истог закона о о правима и дужностима намјештеника одлучује начелник општине, односно градоначелник, рјешењем.

2. Остваривање колективних права

Колективна права се остварују у радној средини и у одређеној сфери рада на друкчији начин од остваривања индивидуалних права. С обзиром на то да се и ова права често крше, значајно је сагледати како се она остварују у пракси.

„Колективна права из радног односа остварују се преко или посредством колективитета у које се запослени и послодавац удружују. У то смо се увјерили упознавајући прописе о: савјету радника; синдикалном удруживању и дјеловању; послодавачком удруживању и дјеловању; колективном преговарању; закључењу, важењу и примјени колективног уговора; међусобним односима учесника колективних уговора; штрајку и осталим агресивним начинима остваривања колективних интереса.

⁹ Рајко Кличковић, Борислав Радић, *Коментар Закона о раду Републике Српске*, Центар за демократизацију друштва, Бања Лука, 2016, стр. 289.

И колективна права се установљавају прописима чија примјена подразумијева упоједињавање. Али она се тичу множине запослених односно послодавца, а не појединих субјеката радног односа. „Упоједињавање колективних права одлукама увијек је у рукама органа, односно субјеката, који имају извршна овлашћења. Упоједињавање колективних права радњама тиче се свих који имају обавезу да та права уважавају и испуњавају“.¹⁰

Заштита права запослених

Законом о раду уређено је питање заштите права запослених у општем режиму рада и примјењује се на све запослене укључујући и раднике запослене у органима државне управе, правосуђа, унутрашњих послова, царинске службе и у другим државним органима и организацијама, уколико другим законом није другачије одређено.

Ти „други“ закони су: Закон о државним службеницима и Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе „*lex specialis*“. Међутим, поред ових закона постоје и закони који се јављају као „*lex specialis*“, као што је Закон о унутрашњим пословима, гдје се утврђују неке специфичности везано за права радника у унутрашњим пословима. То значи, уколико тим законима нека питања и односи нису у потпуности регулисани, примјењују се супсидијарно одредбе Закона о раду као основног закона којим се уређују радни односи у Републици Српској.

Заштита права радника омогућена је кроз поступак код послодавца, Агенције за мирно рјешавање радних спорова споразумно, инспекције рада и надлежних судова.

У Републици Српској постоје лица која су закључила уговоре о радном ангажовању а којима се не заснива радни однос, као што су уговор о привременим и повременим пословима, уговор о дјелу и уговор о допунском раду, чија права се веома често крше и која треба заштитити. Ово представља разлог да се у овом раду скрене пажња на заштиту права тих лица – извршилаца који нису у радном односу али се налазе у одређеном односу поводом рада.

¹⁰ Зоран Ивошевић, *Радно право*, четврто измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 276.

Имајући у виду ограничен простор, у овом раду нећемо се посебно бавити заштитом колективних права запослених јер то питање заслужује да буде третирано као посебна тема с обзиром на новине у Закону о раду и Закону о мирном рјешавању радних спорова који је уредио споразумни начин, односно мирни начин рјешавања правних колективних и интересних колективних радних спорова. Централно питање овог рада свакако ће бити заштита индивидуалних права запослених.

1. Заштита права код послодавца

Питање заштите права код послодавца уређено је Законом о раду и то је први облик заштите повријеђеног права радника и не/представља предуслов за тражење других облика заштите, као што је према ранијем Закону о радним односима био случај.

Чланом 200 Закона о раду прописано је да „радник који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа, може поднијети захтјев послодавцу да му обезбиједи остваривање тог права. Захтјев се може поднијети у року од 30 дана од дана сазнања за повреду права, а најдаље у року од три мјесеца од дана учињене повреде.

Подношење захтјева за заштиту права не одлаже извршење рјешења или радње против којих је радник поднио захтјев за заштиту права, осим ако се ради о одбијању радника да ради на пословима при чијем обављању постоји непосредна опасност по живот или теже нарушавање здравља радника или трећих лица.

Захтјев за заштиту права радник може поднијети послодавцу у писменом облику или усмено. Послодавац је дужан да одлучи по захтјеву радника у року од 30 дана од дана постављања захтјева, а ако у том року не одлучи сматраће се да је захтјев прихваћен.

У окружењу постоје и друкчија рјешења, као што је у Србији, гдје није прописан и предвиђен поступак заштите права пред послодавцем, што значи да су одлуке и акта која он доноси коначне у првом степену.

Када је у питању заштита права запослених у државној служби и органима локалне самоуправе код нас, законима је предвиђено да о правима запослених у првом степену одлучују старјешине државних органа, односно начелник или градоначелник у јединицама локалне самоуправе, а у другом степену одбори за жалбе.

2. Споразумна заштита индивидуалних права пред Агенцијом за мирно рјешавање радних спорова

Претходни Закон о раду¹¹ омогућавао је општи и посебни режим споразумне заштите индивидуалних права. У оба случаја рјешавање спора повјеравало се арбитражу. Општи режим заштите био је одређен Законом о раду и примјењивао се у свим случајевима повреде индивидуалних права. Према члану 119 тог закона, правилник о раду или колективни уговор о раду могли су предвидјети поступак споразумног рјешавања спорних питања између радника и послодавца. Овдје је била ријеч о факултативном облику заштите права из радног односа. Споразумно рјешавање спорних питања остављено је као могућност, а не као обавеза и засновано је на добровољности.

Посебни режим заштите индивидуалних права путем споразумијевања био је предвиђен Законом о мирном рјешавању радних спорова.¹² Овај закон је предвидио да се само спорови о отказу уговора о раду, понуде закључивања уговора о раду под измијењеним околностима, неисплаћивање плата и накнада најмање три мјесеца и накнаде материјалне штете и отпремнине и исплате минималне зараде као индивидуални спорови, могу рјешавати мирним путем, то јест уз учешће миритеља или арбитра.

Новим Законом о мирном рјешавању из 2016. године уређују се начин и поступак мирног рјешавања индивидуалних и колективних радних спорова, избор, права и обавезе арбитра и миритеља, као и начин оснивања тијела за мирно рјешавање радних спорова, те друга питања од значаја за мирно рјешавање радних спорова. Према овом законском рјешењу, радним спором се сматра индивидуални и колективни радни спор. Индивидуални радни спор је спор између радника и послодавца, а поводом остваривања права и обавеза на раду и по основу рада. Колективни радни спор може бити правни или интересни, а правни колективни радни спор је спор поводом примјене важећег колективног уговора и других општих аката послодавца а интересни колективни радни спор је спор поводом закључивања, измјена и допуна или отказа колективног уговора, остваривања права на синдикално организовање, штрајк и других колективних права.

¹¹ „Службени гласник Републике Српске“ број: 38/00, 40/00, 47/02, 38/03, 66/03 и 20/07.

¹² „Службени гласник Републике Српске“ број: 71/09 и 100/11.

Радни спорови рјешавају се мирним путем посредством Агенције за мирно рјешавање радних спорова, уз учешће миритеља и арбитра који се одређује споразумом страна у спору. За миритеља и арбитра могу бити одређена само лица из Именика миритеља и арбитра. Поступак се покреће приједлогом који стране у спору могу поднијети заједнички или појединачно. Приједлог садржи све што је потребно да се по њему поступа, а нарочито име односно назив, адресе и сједиште страна у спору, као и предмет спора. Уз приједлог се достављају односно предлажу доказна средства. Даљи поступак пред арбитром, начин учешћа страна, ангажовање вјештака и рокови уређени су Законом о мирном рјешавању радних спорова.

Према члану 20 Закона о мирном рјешавању радних спорова, споразум који постигну стране у поступку мирења има снагу извршне исправе. Када је ријеч о правном колективном спору, споразум који стране постигну у поступку мирног рјешавања правног колективног радног спора такође се сачињава у писаној форми. На основу тог споразума арбитар или миритељ дужан је да сачини појединачне споразуме који имају снагу извршне исправе. Исто рјешење садржано је и у одредби члана 31 став 1 Закона, у којем је прописано да Споразум постигнут између страна у интересном колективном радном спору постаје саставни дио колективног уговора или другог општег акта који је био предмет спора.

Значи, у сва три случаја мора доћи до принудног извршења у складу са Законом о извршном поступку, јер неиспуњавање обавезе коју они намећу представља разлог за покретање поступка принудног извршења.

3. Судска заштита индивидуалних права

Према одредби члана 201 став 1 Закона о раду предвиђено је да радник, који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа, може да поднесе тужбу надлежном суду за заштиту тог права. Право на подношење тужбе није условљено претходним обраћањем радника послодавцу за заштиту права.

Тужбу за заштиту права радник може поднијети најкасније у року од шест мјесеци од дана сазнања за повреду права или дана учињене повреде и овакво законско рјешење представља знатно скраћење рокова за подношење тужбе.

„Права из радног односа могу бити повријеђена и запосленом и послодавцу. Зато заштиту повријеђеног права могу да иницирају оба ова

правна субјекта. Кад то учини запослени, судска заштита се остварује у радном спору. Кад то учини послодавац, заштита се остварује у спору из радног односа¹³.

Радник може да покрене радни спор у циљу заштите својих права. Ако сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа, може да поднесе тужбу надлежном суду. Тужба се подноси ради заштите индивидуалног права повријеђеног појединачним актом или фактичким понашањем.

Подношење тужбе није условљено претходним обраћањем радника послодавцу са захтјевом за заштиту права али је условљена претходним рјешавањем радног спора мирним путем код Агенције за мирно рјешавање радних спорова. Условљавање подношења тужбе претходним рјешавањем радног спора мирним путем код Агенције за мирно рјешавање радних спорова изазвало је многе проблеме у пракси различитим поступањем судова и реакције синдиката који је код Уставног суда Републике Српске покренуо иницијативу за оцјену уставности одредбе члана 201 Закона о раду. Уставни суд је својом одлуком¹⁴ одбио иницијативу синдиката али је Врховни суд Републике Српске заузео становиште¹⁵ да се подношење тужбе суду не може условљавати претходним рјешавањем радног спора мирним путем. Тако да сада имамо различита понашања судова у Републици Српској.

Тужба може бити поднијета поводом појединачног акта или поводом фактичке радње послодавца. У првом случају суд одлучује о законитости донесеног појединачног акта и не одлучује о конкретном праву, обавези или одговорности радника. Ако суд оцијени да појединачни акт није у складу са законом, колективним уговором, општим актом или уговором о раду, поништава га. Кад суд поништи појединачни акт, налаже успоставу ранијег стања, ако је радник то тражио. У другом случају, суд одлучује о конкретном праву, обавези или одговорности.

Право на подношењу тужбе може да застари. Рок за наступање застарјелости за покретање тужбе тече од дана сазнања за повреду права односно од дана учињене повреде. У питању је преклузивни рок чијим се пропуштањем губи право на тужбу. Тужбу за заштиту права радник може поднијети у року од шест мјесеци од дана сазнања за повреду права или дана учињене повреде. Послије тога настаје застарјелост и не може се поднијети тужба. Тужба поднијета послвије истека рока се одбацује.

¹³ Зоран Ивошевић, *Радно право*, четврто измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 279.

¹⁴ Одлука број: У-32/16, „Службени гласник Републике Српске“, број 22/17.

¹⁵ Одлука број: 92 0 Рс 045401 Спп, од 03.05.2017.

Индивидуалне радне спорове рјешава у првом степену основни суд, како је предвиђено чланом 30 став б) тачка 1 Закона о судовима Републике Српске¹⁶. Поступак у парницама из радних односа је уређен Законом о парничном поступку¹⁷, одредбе чл. 419–422. Поступак у парницама из радних односа је посебан парнични поступак чија правила само унеколико одступају од правила редовног парничног поступка који се уређује овим законом.

Парнице из радних односа тичу се судских поступака у којима се расправљају спорни правни односи у вези са заснивањем и престанком радног односа, као и спорови који се воде ради остаривања права и обавеза из радног односа, спорови за накнаду штете коју запослени претрпи на раду или у вези са радом и спорови за накнаду штете коју радник причини свом послодавцу на раду и у вези са радом, спорови о поништењу појединих одлука послодавца који се тичу уговора о раду, спорови између послодаваца и њихових организација и радника и њихових организација који настају у вези са радним односима појединих радника или у вези са колективним уговором.

Према правилима о мјесној надлежности, за суђење је надлежан суд који је опште мјесно надлежан за туженог, ако законом није одређена искључива мјесна надлежност неког другог суда. Закон о парничном поступку садржи посебну одредбу о надлежности у споровима из радних односа, у дијелу о мјесној надлежности. Посебна одредба се односи на случај када је у спору из радног односа тужилац запослен. Према посебној одредби, за суђење је надлежан, поред суда који је опште мјесно надлежан за туженог, и суд на чијем се подручју рад обавља или се обављао, односно суд на чијем се подручју рад морао обављати, као и суд на чијем је подручју заснован радни однос.

Поступак у споровима из радних односа спада у посебне поступке. У овом поступку примјењују се посебне одредбе које се односе само на овај поступак. Ако ове одредбе не постоје, примјењују се остале одредбе о парничном поступку. Посебне одредбе се односе на сљедећа питања: хитно рјешавање радних спорова, рок за извршење чинидбе и рок за подношење жалбе на пресуду.¹⁸

¹⁶ Закон о судовима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ бр. 37/12, 44/15 и 100717).

¹⁷ Закон о парничном поступку („Службени гласник Републике Српске“ бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 63/13 и 67/13).

¹⁸ Жељко Мирјанић, *Радни односи*, књига I, Индивидуални радни односи, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2004, стр. 157,

„У поступку у парницама из радних односа, а нарочито при одређивању рокова и рочишта, суд увијек треба обраћати пажњу на потребу хитног рјешавања радних спорова“.¹⁹

У поступку у парницама из радних односа рок за извршење чинидбе који се налаже у пресуди износи 15 дана за њено извршење. Рок почиње да тече првог дана послје доношење пресуде односно првог дана послје достављања преписа пресуде странци којој је наложено извршење. Посљедњи рок истиче петнаестог дана његовог почетка.

Рок за подношење жалбе на пресуду односно рјешења из радних односа износи 15 дана. Општи рок за подношење жалбе је 30 дана. О жалби против пресуде одлучује другостепени суд.

Благовремено изјављена жалба спречава да пресуда постане правоснажна у дијелу који се побија жалбом. Другостепени суд може одбацивати жалбу; одбити жалбу и потврдити првостепену пресуду; укинути првостепену пресуду и упутити предмет првостепеном суду на поновно суђење: укинути првостепену пресуду и одбацивати тужбу, или преиначити првостепену пресуду. Странке могу изјавити ревизију против правоснажне пресуде само у парницама поводом заснивања, постојања и престанка радног односа.

Ревизија није дозвољена ако вриједност побијаног дијела правоснажне пресуде не прелази законом прописан износ. Поднијета ревизија не задржава извршење правоснажне пресуде против које је изјављена, осим ако је изузетно не дозволи врховни суд, који и одлучује о ревизији. Послодавац је дужан да изврши правоснажну пресуду, а ако то не учини, пријети му санкција за прекршај.

У пракси настају и спорови због повреде права запосленог и ти спорови су по тужби послодавца против запосленог.

С обзиром на то да радни однос садржи права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца, сасвим је логично да може доћи и до повреда права послодавца. Ови спорови нису тако чести и треба их разликовати од тужбе коју подноси запослени за заштиту својих права.

Ипак, настају, јер до спора из радног односа може да дође и фактичком радњом, којом запослени повређује обавезу да: свјесно и одговорно обавља послове који су му повјерени; поштује прописе о раду, организацију рада и пословања и радне обавезе; обавијести послодав-

¹⁹ Зоран Ивошевић, *Радно право*, четврто измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 280.

це о битним околностима које утичу или би могле да утичу на процес рада; обавијести послодавца о свакој врсти опасности за живот, здравље и материјална добра; поступа у складу са другим прописима. Тако запослени може да: повриједи клаузулу о забрани конкуренције из уговора о раду; прекине образовање, стручно оспособљавање или усавршавање; проузрокује штету послодавцу на раду и у вези са радом; прибави неку корист давањем нетачних података; задржи неоправдани износ наплаћених дневница; итд. Послодавац може поднијети тужбу против радника и са захтјевом да се утврди да лице са којим је закључио уговор о раду није успоставило радни однос зато што одређеног дана, без оправданог разлога није ступило на рад.

У овим и другим приликама, послодавац може поднијети тужбу против запосленог о којој у првом степену одлучује основни суд. Према члану 147 Закона о раду, ако се између послодавца и радника не постигне сагласност о висини и начину накнаде штете, оштећена страна своје право на накнаду штете остварује путем надлежног суда, у складу са законом.

4. Заштита пред инспекцијом рада

Одредбом члана 202 Закона о раду прописано је да радник, независно од поступка за заштиту права који је покренуо код послодавца или других надлежних органа, може тражити заштиту права код надлежног инспектора рада.

Овим чланом прописани су рокови у којима радник има право да се захтјевом обрати инспектору рада ради заштите права, независно од тог да ли је покренуо поступак за заштиту права код послодавца или других надлежних органа. Ови рокови су једнаки дужини рокова који су прописани чланом 200 и 201 овог закона, тј. роковима за заштиту права код послодавца, односно року за подношење приједлога за мирно рјешавање радног спора. Поменути члановима утврђени су субјективни рокови од 30 дана, док у овом члану субјективни рок износи мјесец дана. У првом случају, када су у питању рокови који су утврђени у данима, рок почиње тећи наредног дана од дана сазнања за повреду, а истиче последњег (30) дана. Мисли се на календарске дане.

„У ситуацији када је рок одређен као мјесец дана (као у овом случају), исти почиње тећи наредног дана од дана сазнања за повреду, а истиче посљедњег дана ‘мјесеца’, уз напомену да мјесец може имати 31, 30 или 28/29 дана. Стога, било би исправније и да је у овом случају рок

утврђен у данима (ради лакшег рачунања). Овако, пракса ће морати да буде бржа од законодавца и да у сваком конкретном случају дефинише трајање ‘мјесеца’. До тада, мишљења смо да је најисправније у овом случају термин ‘у року од мјесец дана од дана сазнања’ третирати као ‘рок од 30 дана од дана сазнања’ (као и у случајевима из члана 200 и 201 закона).

Изузеци су дозвољени и могући, па тако ако је послодавац повредио право раднику 31. јануара (радник је сазнао) рок за подношење захтјева инспектору рада ради заштите права почиње тећи 1. фебруара и траје мјесец дана (тј. траје до 28/29. фебруара – зависно од броја дана у мјесецу фебруару). Према томе, једноставније би било да је и у овом случају утврђен рок од 30 дана, а не мјесец дана²⁰.

Заштита лица која раде ван радног односа

Што се тиче заштите на раду лица која раде ван радног односа у контексту заштите у радном односу, коју смо у основним цртама изнијели у дијелу рада који се бави заштитом права радника, неки од тих облика заштите могући су и у том раду. Када се говори о заштити жена, оmlадине и инвалида, требало би да важе иста правила и ограничења рада као у радном односу у случајевима када се у раду ван радног односа извршилац укључује у организацију и процес рада послодавца (обављање привремених и повремених послова на неки од могућих начина, стручно оспособљавање и усавршавање, обављање послова директора без заснивања радног односа и допунски рад).

Код уговарања неких послова ван радног односа (уговор о дјелу и уговор о заступању и посредовању), послодавцу, у правилу, није и не мора бити познато стање извршиоца посла и услови у којима ће он да ради.

Што се тиче заштите на раду запослених, треба истаћи да се та заштита обезбјеђује и односи на извршиоце послова који су ван радног односа, а који су укључени у процес рада код послодавца. У свим тим облицима рада неопходно је створити услове за сигуран рад. Извршилац рада је обавезан, као и запослени, да се придржава прописаних мјера заштите на раду, ради сопствене заштите и заштите осталих учесника у процесу рада.

Код ангажовања рада које има изразити облигациони правни карактер (уговор о дјелу, ауторски уговор, уговор о лиценци – патент), спорна

²⁰ Рајко Кличковић и Борислав Радић, *Коментар Закона о раду Републике Српске*, Центар за демократизацију друштва, Бања Лука, 2016, стр. 318.

питања се рјешавају на начин како се рјешава питање неизвршења уговорних обавеза уопште.

Новине у заштити права запослених у Републици Српској

Најзначајнија новина у заштити права у Републици Српској односи се на могућност заштите угроженог права у поступку мирног рјешавања насталог спора, који је, како смо напријед видјели, уређен посебним законом.

Рјешавање радних спорова на овај начин до 2009. године у Републици Српској било је дјелимично уређено Законом о раду, Законом о штрајку и Законом о економско-социјалном савјету. Овакав начин регулисања мирног рјешавања насталих спорова није био довољан, имајући у виду сложеност радних спорова и важност њиховог рјешавања за квалитетне индустријске односе и социјални мир, због чега се приступило доношењу посебног закона.

Законом о мирном рјешавању радних спорова Републике Српске на једном мјесту уређује се начин и поступак мирног рјешавања индивидуалних и колективних радних спорова у складу са међународним стандардима и достигнућима земаља из ближег и даљег окружења. Рјешења садржана у Закону постављена су тако да одражавају достигнути ниво развоја радног законодавства, социјалног дијалога и партнерства посматраног са научног, техничког и практичног аспекта и искустава у овој области у земљама које су у процесу транзиције или које су прошле кроз процес транзиције и завршиле реформу радног законодавства.

Овај начин рјешавања радних спорова има значајно мјесто у систему заштите права, што је видљиво из остварених резултата рада Агенције за мирно рјешавање у 2017. години.

„Од укупно 1.824 запримљена предмета (1.803 индивидуална и 21 колективни), окончана су 1.582 предмета (1.562 индивидуална и 20 колективних), што представља 86,73%. Неријешена су 242 предмета (241 индивидуални и 1 колективни) и пренесена у 2018. годину. Говорећи о начину окончања 1.562 индивидуална радна спора – споразум је закључен у 973 предмета, што представља 62,3%; закључком је обустављено 506 поступака тј. 32,39%; одбачено као неблаговремени 27 приједлога тј. 1,72%; одбијено као неосновано 20 приједлога, што износи 1,28%; због ненадлежности одбачена је 18 приједлога, односно 1,15%; као неуред-

ни одбачено је 9 приједлога тј. 0,57%; прекинуто је 8 поступака односно 0,51% и као преурањен одбачен 1 приједлог тј. 0,06%.

У 2017. години, завршено је 20 колективних радних спорова, 12 (60%) предмета обустављено закључком, из разлога што друга страна у спору (у већини случајева послодавац) није била спремна предметни спор рјешавати мирним путем, док је у 8 (40%) предмета закључен споразум о мирном рјешавању радног спора.

Кроз претходно поменутих 20 позитивно ријешених предмета обухваћено је око 1.000 радника.

У 2017. години, већински број спорова је био у јавном сектору 1.043 (57,18%), док је било 781 (42,82%) предмета из приватног сектора, у којима је предмет спора различит (плате, отказ, отпремнина, регрес) и тиче се истих права и потраживања радника²¹.

Поред чињенице која се односи на мирно рјешавање радних спорова, новину представља и рјешење у Закону о парничном поступку којим је омогућено да „у радним споровима бесплатно радника може заступати и лице запослено за пружање правне помоћи при синдикату, под условом да је дипломирани правник и да има положен правосудни испит, тј. да раднике у парницама могу заступати представници синдиката“²². До оваквог законског рјешења углавном се дошло захваљујући иницијативи и активностима Савеза синдиката Републике Српске.

Закључак

Остваривање и заштита права запослених у Републици Српској уређена је Законом о раду и посебним законима којима се регулише рад државних службеника и службеника у јединицама локалне самоуправе и Законом о мирном рјешавању радних спорова. Из одредаба тих прописа видљиво је да се заштита права запослених који су у радном односу остварује конвенционалним и алтернативним методама.

Конвенционалне методе подразумевају заштиту права из радног односа, код надлежног органа послодавца, код суда, и код инспекције рада. Алтернативне методе заштите права односе се на мирно рјешавање радних спорова.

²¹ Извјештај о раду Агенције за мирно рјешавање радних спорова за 2017. годину.

²² Члан 301 Закона о парничном поступку.

Законом о судовима Републике Српске и Законом о парничном поступку уређена је надлежност судова за рјешавање радних спорова и поступак остваривања заштите.

Питање судске заштите и остваривања права у споровима насталим поводом колективних уговора у Републици Српској сада је квалитетније ријешено с обзиром на новине у Закону о мирном рјешавању радних спорова, према којима је радни спор сада и колективни радни спор, било да је ријеч о правним или интересним колективним радним споровима.

Питањем остваривања и заштите права радника у Републици Српској баве се социјални партнери, који су се у процесу колективног преговарања и социјалног дијалога определијелили, поред конвенционалне заштите права, и за алтернативну заштиту. Социјални партнери кроз анализу извјештаја о раду, судова, Инспекције рада и Агенције за мирно рјешавање радних спорова дају смјернице и иницијативе за унапређење система заштите и права запослених.

На крају рада може се закључити да остваривање и заштита права запослених у Републици Српској, и поред значајног напретка, нису на задовољавајућем нивоу, без обзира на то о којем режиму рада је ријеч. Такво стање дијелом је посљедица одређених нормативних недоречености, нарочито у прописима којима се уређује надлежност и поступак пред судовима и недовољне активности и залагање контролно-надзорних органа и самих судова.

У наредном периоду би требало, кроз доградњу нормативног оквира, посебно у дијелу који се односи на надлежност и поступак пред судовима, ојачати судску заштиту колективних права, чиме би се обезбиједила квалитетнија примјена закона и других прописа којима су утврђена колективна права радника и послодаваца.

Литература

Гајић Б., „Судско рјешавање радних спорова, Радни односи у Републици Српској“, *Зборник радова, ИП „Глосаријум“*, Београд, 2006.

Живковић Р., „Уговор о раду и социјално законодавство“, *Архив*, бр. 1-2/1938, Београд.

Ивошевић З., *Радно право*, четврто измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2009.

Лубарда Б., *Лексикон индустријских односа, субјекти, институције и колективна права у индустријским односима*, Радничка штампа, Београд, 1997.

Кличковић Р., Радић Б., *Коментар Закона о раду Републике Српске*, Центар за демократизацију друштва, Бања Лука 2016.

Мирјанић Ж., *Радни односи: Индивидуални радни односи*, друго измијењено допуњено издање, Бањалука 2004.

Шундерић Б., *Радни однос (теорија, норма пракса)*, Култура, Београд, 1990.

Правни извори

Закон о раду („Службени гласник Републике Српске“ број 1/16).

Закон о државним службеницима („Службени гласник Републике Српске“, број: 118/08, 37/12 и 57/16), 12.

Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе („Службени гласник Републике Српске“, број 97/16).

Закон о мирном рјешавању радних спорова Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 91/16).

Закон о судовима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 37/12, 44/15 и 100/17).

Закон о парничном поступку („Службени гласник Републике Српске“ бр. 85/03, 74/05, 63/07, 63/13 и 67/13.

EXERCISE AND PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS OF EMPLOYEES IN REPUBLIC OF SRPSKA

Rajko Kličković, PhD, Assistant Professor*
Irina Šolaja, MA **

Summary

Exercise and protection of rights of employees in the Republic of Srpska, is a very complex question of exercising total labor rights and freedom of work thereby and socio-economic and social relations. When we talk about protection and exercise of rights of employees in the Republic of Srpska, we have in mind individual, and collective rights as well. Individual rights are exercised in the workplace. Collective rights are exercised in the workplace and in a particular sphere of work. Individual rights are protected in the procedure of contractual, arbitration, and judicial protection, as well as in the supervision of the implementation of regulations by the labor inspectorate. Collective rights are protected in the procedure of contractual, arbitration, and judicial protection. What is particularly emphasized in this paper is the importance of exercise and protection of the rights for total labor and employment policies that should be improved through dialogue of social partners, as for employees and employers and with harmonization of legislation with regulations of European Union. Considering present situation and the fact that many employers violate legal rights of employees, we can conclude that the realization and protection of employees, especially the ones who work outside of labour relation are insufficient. At the end, and what should be followed by professional discussion, guidelines and recommendations for the promotion of these rights are proposed in order to provide decent work in the Republic of Srpska.

Key words: *labour relation, exercise of rights, protection of rights, work outside of labour relation, contractual protection, arbitration protection, labour dispute, judicial protection.*

* University of Business Studies, Faculty of Legal Sciences Banja Luka

** University of Business Studies Banja Luka Faculty of Legal Sciences

ЗАШТИТА ПРАВА ПАЦИЈЕНТА

Др Недељко З. Милаковић*

***Апстракт:** Права пацијената и заштита права пацијената дио су основних људских права примијењено на област медицине односно здравствене заштите. Права пацијената представљају правила која уређују поступање са пацијентом у поступку пружања здравствених услуга и према којима се пацијент третира као равноправан партнер током лијечења. Заштита права пацијената саставни је дио права пацијената а односи се на: право на приговор, право на компензацију, заштитника права пацијената, заштитника права осигураника, инспекцијски надзор, омбудсмана за људска права и судску заштиту. Упоредноправни преглед прописа о заштити права пацијената у Републици Српској и државама у окружењу показује да, поред велике сличности и усаглашености прописа, постоје могућности да се квалитетнијим правним регулисањем унаприједи ова област. У том смислу, у Републици Српској потребно је донијети посебан закон о правима пацијената, у којем би и питања заштите права пацијената добила адекватнију садржину, у складу са праксом држава у окружењу.*

Кључне ријечи: заштита права пацијената, право на приговор, право на компензацију, заштитник права пацијената, заштитник права осигураника, инспекцијски надзор, омбудсман за људска права и судска заштита.

1. Права пацијената

Људска права налазе се у фокусу интересовања свјетске јавности, а тиме и право на здравље као основно људско право. У савременом

* Доктор правних наука, Бања Лука, nedeljko.milakovic@gmail.com

свијету демократски напредак огледа се и у прописивању и поштовању људских права у оквиру којих права пацијената имају посебно мјесто и значај за лица која користе здравствене услуге. Пацијенти су најбројнији и најрањивији дио здравственог система јер им од пружених здравствених услуга зависе здравље и живот. У том смислу, живот и здравље човјека постају вриједности према којима се мјере све остале вриједности и цивилизацијски напредак. Најзначајнији европски документи који су одиграли пресудну улогу у успостављању и развоју права пацијената у националним државама су *Амстердамска декларација о промовисању права пацијената у Европи /1994/* и *Европска повеља о правима пацијената*, познатија као *Римска повеља /2002/*. Европска повеља о правима пацијената препознаје 14 права пацијената који заједно имају за циљ гаранцију високог нивоа заштите људског здравља и квалитетне здравствене услуге у националним здравственим службама у Европи. Ради потпунијег сагледавања права, обавеза и одговорности пацијената неопходно је навести та права пацијената: право на превентивне мјере; право на приступ; право на информисаност; право на пристанак; право на слободу избора; право на приватност и повјерљивост; право на поштивање пацијентовог времена; право на придржавање квалитета и стандарда; право на сигурност; право на иновацију; право да се избјегне непотребна патња и бол; право на персонализовање третмана; право на жалбу и право на компензацију.¹

Многе европске земље, убрзо последице доношења наведених докумената, регулисале су права пацијената на националном нивоу, кроз законе или повеље донесене са циљем да заштите основна права пацијената. Права пацијената су у искључивој надлежности националног законодавства држава. Сваки од националних здравствених система у земљама Европске уније показује различите реалности за изградњу, поштовање односно заштиту права пацијената. Општи циљ ја 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 Европске уније и процеса проширења.

У том смислу, на основу Европске повеље о правима пацијената, донесена је *Повеља о правима пацијената у БиХ (2006)*². У Републици Српској права пацијената регулисана су у оквиру *Закона о здравственој*

¹ <http://www.pravapacijenata.ba/evropska-p-ovelja-o-pravima-pacijenata/>, приступљено 29. 5. 2018.

² <http://www.akaz.ba/Fokus/Prava/Prava.htm>, приступљено 29. 5. 2018.

заштити (2009), а у Федерацији Босне и Херцеговине донесен је посебан Закон о правима, обавезама и одговорностима пацијената (2010). Права пацијената и њихово остваривање у пракси не можемо јасно сагледати без анализе прописа о заштити права пацијената, који представљају нераздвојну цјелину.

2. Облици правне заштите права пацијената

Институт заштите права пацијената имао је дуг развојни пут. У почетној фази развоја пацијенти су заштиту својих права могли тражити и остварити једино путем суда. Покретање судског спора одувјек је изискивало знатна материјална улагања. Заштиту својих права на овај начин могле су тражити и евентуално остварити углавном двије категорије пацијената, и то: они који су били доброг материјалног стања, или они који су били толико сиромашни да су имали право на бесплатну правну помоћ и законом били ослобођени плаћања судских трошкова. Проблеми који су се рјешавали на овај начин били су најчешће љекарске грешке. У Енглеској, пацијенти су заштиту својих загарантованих права из области здравствене заштите почели да траже и остварују путем редовног суда, уз велика новчана улагања. Убрзо се родила идеја о помоћи пацијентима у остваривању њихових права. Крајем прошлог вијека неколико земаља уведе алтернативни начин рјешавања приговора пацијената без икаквих трошкова по пацијенте. У тим активностима водеће су биле скандинавске земље³.

Заштита права пацијената означава заштиту људских права оних који су у тренутку кад им се та права крше уједно и најнемоћнији да се сами томе одупру или за њих изборе. Притиснути су често озбиљним поремећајима здравља, који су заједно неријетко повезани с појмом, а каткада и непосредним узроком лошег имовинског стања. Свијест о потреби заштите других заправо је свијест о правовременој заштити себе самих, а у заштити права пацијената можемо препознати битне елементе којима се може валоризовати степен демократије једне заједнице⁴. Увођење заштите права пацијената било је неопходно због све чешћих љекарских грешака и непоштовања закона. Идеје о помоћи пацијентима

³ Љиљана Никић Совиљ, „Заштита права пацијената у здравственом систему Србије и земљама Европе“, *Правни живот*, број 9/2005, стр. 541.

⁴ Ђула Рушиновић Сунара, „Права пацијената и партнерски односи у суставу здравства“, *Сестринство, сигурност и права пацијената*, Здравствено велеучилиште, Опатија 2006, стр. 30.

у остваривању њихових права родила се и учврстила у седамдесетим годинама прошлог вијека, стога што је у земљама Западне Европе (а нарочито у Њемачкој) јавност била суочена са честим судским споровима због љекарских грешака. Најважнији непосредни облици правне заштите права пацијената су: право на приговор, право на компензацију, заштита помоћу заштитника (савјетника) за права пацијената, заштитник права осигураника, инспекцијски надзор, омбудсман за људска права и судска заштита права пацијената. Право пацијента и заштита права пацијента остварују се непосредном примјеном прописа којима је регулисана ова материја. Међутим, у здравственом систему постоје елементи система који на посредан начин доприносе остваривању и заштити права пацијента. Ови елементи здравственог система имају своју законном одређену улогу и указују на сложеност система, велику повезаност његових дијелова и њихову неопходност за добро функционисање здравственог система. Иако нису предмет овог рада, навешћемо најзначајније посредне механизме заштите права пацијената, који се односе на сљедеће: унутрашњи надзор, стручни надзор, надзор над законитошћу рада и аката, стандарди и нормативи у здравству, увођење система квалитета, кодекси медицинске етике, удружења пацијената, професионална удружења здравствених радника, здравствене коморе, одбор за здравље локалне самоуправе, „узбуњивачи“ и заштита права пацијената и друго⁵.

3. Европски приступ заштити права пацијената

Здравствени системи у земљама Европске уније показују различит однос према заштити права пацијента. Неки системи имају повељу права пацијента, неки посебне законе, неки у оквиру постојећих закона (најчешће закона о здравственој заштити), а неки административне прописе, повеље услуга, тијела попут омбудсмана, процедуре као што су алтернативно рјешавања спорова (медијација) и слично. Општи циљ је да се ојача степен заштите пацијента и његових права, усклађивањем националних здравствених система. *Европска повеља права пацијената* садржи 14 права која су важећа у свим системима земаља Европске уније, која морају бити призната и поштована независно од финансијских, економских или политичких ограничења, узимајући у обзир квалитет здрав-

⁵ Имајући у виду оквир теме овог рада, као и обим и сложеност наведених посредних облика заштите права пацијената, ова тема ће бити предмет посебног рада.

ствене услуге. Систем заштите права пацијената у европским земљама развијао се са успостављањем права пацијената, углавном кроз поступак приговарања и поступак надокнаде пацијентима.

Европска повеља права пацијената садржи дио који се односи на заштиту права пацијента путем права пацијента на жалбу (приговор) и права на компензацију, гдје сваки појединац има ова права, кад год претрпи штету, и има право на одговор или неку другу информацију. Здравствене установе морају гарантовати остваривање овог права у пракси, пружајући пацијентима информације о њиховом правима и оспособљавајући их да препознају кршење права и да формализују своје жалбе. Жалбу прати детаљни писмени одговор од стране руководства здравствене установе и то унутар дефинисаног рока. Жалба се подноси кроз стандардне процедуре и процесуирана је од стране независних тијела и/или организација грађана, а не може се прејудуцирати право пацијента да предузима законске кораке или да тражи алтернативни начин рјешења спорова. Током периода настајања, поступак приговарања развијао се као независан и неутралан. У току поступка, приговори пацијената се испитују, оцјењују и рјешавају, а често је предвиђена могућност двостепеног одлучивања за све оне који су незадовољни првостепеном одлуком. Право на компензацију прописује да сваки појединац има право на задовољавајућу компензацију, када је подвргнут физичкој, моралној или психолошкој повреди узрокованој третманом у здравственој установи. Здравствена установа мора гарантовати компензацију без обзира на тежину штете и њен узрок, чак и када се крајња одговорност не може у потпуности одредити. Поступак за надокнаду пацијентима развијао се тако да свима буде доступан и приступачан. Основни циљ је био да сваки пацијент може да оствари право на накнаду уколико се докаже узрочна веза између лијечења и штетне посљедице по његово здравље. У одређеним случајевима надокнада може бити исплаћена чак иако је утврђено да је лијечење било професионално и медицински индиковано, али да су штетне посљедице превазишле могући ризик са којим је пацијент био упознат. Надокнаде пацијентима плаћају здравствене установе или осигуравајућа друштва код којих здравствене установе имају осигурање на основу полисе одговорности из дјелатности. Заштита права пацијената као и надокнаде пацијентима уведене су најприје у јавни здравствени сектор, а потом и у приватни. Институт заштите права пацијената уведен је и финансира се у највећем броју земаља од стране државе као нпр.: земље

Скандинавије, Енглеска, Шпанија, Аустрија, Грчка, Мађарска и друге. У неким земљама заштита права пацијената финансира се двојачко, тј. од стране државе и од стране невладиних организација и удружења. Холандија је примјер једне од таквих земаља, док је у Швајцарској развијено финансирање заштите права пацијената од стране невладиних организација и разних удружења грађана⁶. У Аустрији функционише једнака и бесплатна процедура за рјешавање свих приговора који се односе на здравствене услуге. Надокнаду пацијентима исплаћује држава, а она је загарантована у свим случајевима у којима је доказана узрочна веза између неадекватног лијечења и штетних посљедица по здравље пацијента. Институт заштите права пацијента и процедура надокнаде пацијентима у здравственом систему Шпаније имају сличности са оним који успјешно функционише у земљама Скандинавије. Надокнада се исплаћује у складу са уговором о осигурању, а све што уговор не покрива упућује се одјељењу опште инспекције. У Швајцарској, правну помоћ пацијентима у остваривању њихових права пружају службе за пацијенте, као организације за самопомоћ пацијентима, које нису финансиране од стране државе, док се надокнаде пацијентима остварују путем суда. Бугарска је усвојила законску регулативу из области здравствене заштите у складу са европским стандардима, али питање заштите права пацијената и питање надокнаде пацијентима није законом регулисано. Суд је једина могућност за рјешавање наведених проблема. Такође, заштита права пацијената у Мађарској и Србији је као и у Бугарској, у развоју⁷. Надокнаде пацијентима у већини земаља исплаћују се путем суда, а у неким их исплаћују осигуравајућа друштва на основу уговора о осигурању и то чим се докаже узрочна веза између некоректног лијечења и штетних посљедица по здравље пацијента. У заштити права пацијента све више превладава став правног приступа овој проблематици⁸, а посебан значај припада уговорном концепту регулисања ових односа (тзв. „холандском“ приступу). Холандија је прва земља која је доношењем *Закона о медицинском уговору* (третману) кодификовала најесенцијалнија права медицинских радника и пацијената. Права и обавезе обје стране у медицинском уговору уређена су у једном акту. Лијечење пацијента од стране љекара сагледава се у оквиру једног правног односа⁹. *Европска повеља*

⁶ Љиљана Никић Совиљ, (2005), *op. cit.*, стр. 542 и 543.

⁷ *Ibidem*, стр. 543 и 544.

⁸ Хајрија Мујовић Зорнић, „Уговор о медицинском третману“, *Страни правни живот*, Београд, 1-3/2001, стр. 260–261.

⁹ Љиљана Никић Совиљ, (2005), *op. cit.*, стр. 547.

права пацијената може се користити за покретање активности за заштиту права пацијената у којима удружења грађана, институције и тијела попут омбудсмана, етичких одбора или алтернативних рјешења спорова путем комисија, судија мира као и судова, имају утврђену улогу. Заштита права пацијената се односи и на информисање и образовање грађана и здравствених радника, те промовисање права пацијената у медијима и здравственим установама, школама и универзитетима, као и свим другим заинтересованим странама. На тај начин успоставља се дијалог међу заинтересованим странама, који постаје дио јавне политике, програма и планова за заштиту права пацијената. Оправдана су очекивања да ће повељу о правима пацијената и њихову заштиту прихватити сви учесници у здравственом систему и организације грађана, те да ће дефинисати своје обавезе у поштовању права пацијената. Посебну улогу у праћењу стања права пацијената имају организације цивилног друштва (Хелсиншки комитет и друге), кроз периодичне извјештаје и препоруке из ове области.

Доказивање лекарске стручне грешке и њене узрочне повезаности са штетом по пацијентово здравље представљало је несавладиву тешкоћу за пацијента и његову родбину. Такво стање условило је оснивање покрета за заштиту пацијента (удружење пацијената), а у неким земљама су уведене нове институције за заштиту права пацијената (омбудсман за пацијенте, пацијентов адвокат, пацијентов правобранилац, комитет за приговоре, комисија за заштиту права пацијената и слично)¹⁰. У том правцу, осамдесетих година прошлог вијека неколико земаља увело је алтернативан начин рјешавања приговора пацијената без икаквих трошкова по пацијенте, у чему су предњачиле скандинавске земље, а сличне институције уводе се у Аустрији и Шпанији као и у осталим земљама ЕУ и у окружењу.

Послије доношења *Амстердамске декларације о промовисању права пацијента у Европи* и *Европске повеље о правима пацијената*, у већини европских земаља доносе се нови прописи који регулишу права и заштиту права пацијената у Европи. Они доприносе постизању квалитета у пружању здравствених услуга и у заштити права пацијената. Земље Скандинавије имају најдужу традицију и најразвијенији систем заштите права пацијената. Финска је прва земља која је донијела *Закон о заштити права пацијената* и то још 1987. године. Важно је нагласити

¹⁰ Љиљана Никић Совиљ, „Заштитник пацијентових права у здравству Србије“, *Правни живот*, бр. 9/2003, стр. 351–355.

да је имплементација права и заштите права пацијента у прописима примарно проблем сваке државе.

4. Заштита права пацијената – упоредноправни преглед

Пацијент је обично медицински, али и правни лаик који не познаје начин како да заштити своја права или чак и не познаје своја права. Стога је важно регулисање заштите права пацијената и успостављање механизма за њихову заштиту.

Повеља о правима пацијената у БиХ садржи дио који се односи на заштиту права пацијента путем права пацијента на жалбу и права на компензацију. Ови институти садржани су у *Закону о здравственој заштити Републике Српске* као и у *Закону о правима, обавезама и одговорностима пацијената Федерације БиХ*.

4.1. Право на приговор: најважнији облик правне заштите права пацијената јесте право на приговор, стога што омогућава пацијенту да добије компензацију кад претрпи оштећење здравља односно повреду права. У складу са *Закон о здравственој заштити Републике Српске* пацијент подноси приговор у року од осам дана од дана учињене повреде, када је незадовољан пруженом здравственом услугом или поступком здравственог радника или другог радника здравствене установе. Приговор се подноси директору здравствене установе, који у року од 15 дана од дана подношења приговора доноси коначну одлуку. Пацијент незадовољан коначном одлуком директора може покренути спор код надлежног суда. Право покретања управног спора има појединац ако сматра да му је управним актом повријеђено неко право или непосредан лични интерес заснован на закону. Управне спорове у Републици Српској рјешавају окружни судови. Наведеним законским рјешењем у погледу приговора није обезбијеђена двостепеност поступка у заштити права пацијента у оквиру здравствене установе. У оквиру рјешавања спорова из ове области није предвиђена могућност медијације, која би умногоме допринијела ефикасности рјешавања спорова.

У *Закону о правима, обавезама и одговорности пацијената Федерације БиХ* регулисано је право на приговор. Пацијент коме је ускраћено право на здравствену заштиту или који није задовољан пруженом здравственом услугом односно поступком здравственог или другог радника здравствене установе може поднијети приговор директо-

ру здравствене установе, односно носиоцу одобрења приватне праксе. О поднијетом приговору пацијента директор, без одлагања, прибавља изјашњење комисије за приговоре пацијената која утврђује све битне околности и чињенице изнијете у приговору и то најкасније у року три дана од дана поднијетог приговора. Изјашњење комисије се, без одлагања, доставља директору здравствене установе који, најкасније у року од седам дана од дана подношења приговора, доноси одлуку. Пацијент који није задовољан одлуком директора здравствене установе има право заштиту својих права затражити код надлежног министра здравства, у року од 15 дана од дана пријема одлуке. Уколико се наведени приговор улаже на одлуку директора здравствене установе чији је оснивач, односно суоснивач Федерација, рјешавање приговора је у надлежности федералног министра здравства, а уколико се приговор улаже против одлуке директора здравствене установе чији оснивач је кантон, односно општина, рјешавање приговора је у надлежности кантоналног министра здравства. Против коначног рјешења надлежног министра здравства пацијент може тражити заштиту својих права код надлежног суда у складу са законом. Прије отпочињања судског поступка, односно у току судског поступка, пацијент заштиту својих права може остварити и у поступку медијације, сагласно прописима о поступку медијације¹¹.

Заштита права пацијента може се тражити код суда, без обзира на то да ли се ради о прекршајној, кривичној или грађанској одговорности – парници. За остваривање заштите права пацијената важно је да су надлежни законодавни органи донијели законе о бесплатној правној помоћи и што су успостављене институције и мреже давалаца бесплатне правне помоћи, а што омогућава грађанима доступност права и могућност да штите своја права у случају повреде.

У закону о правима пацијената у Србији, Црној Гори, Хрватској и Словенији регулисано је право пацијента на приговор, ако је пацијент незадовољан пруженом здравственом услугом или поступком здравственог или другог радника здравствене установе.

4.2. Право на накнаду штете: *Закон о здравственој заштити Републике Српске* прописује да пацијент, који због стручне грешке здравственог радника односно здравственог сарадника, у остваривању здравствене заштите претрпи штету на свом тијелу или се стручном грешком проузрокује погоршање његовог стања, има право на накнаду штете у складу са законом. Надлежна здравствена комора ће на захтјев ди-

¹¹ Закон о правима, обавезама и одговорностима пацијента, „Службене новине Федерација БиХ“, бр. 40/10, чл. 41–43.

ректора здравствене установе именовати комисију од пет чланова за утврђивање стручне грешке. Надлежна здравствена комора доставља налаз и мишљење комисије Министарству здравља и социјалне заштите и подносиоцу захтјева ради остваривања права на накнаду штете. Право на накнаду штете не може се унапријед искључити или ограничити¹².

У закону о правима пацијената у Федерацији БиХ, Србији, Црној Гори, Хрватској и Словенији регулисано је право пацијента на накнаду штете. Пацијент има право на накнаду штете у складу са законом и општим правилима о одговорности за штету. Такође, право на накнаду штете не може се унапријед искључити или ограничити.

4.3. Заштитник за права пацијената: у већини анализираних закона држава у окружењу, предвиђена је институција заштитника/ савјетника за права пацијената у здравственој установи. Међутим, није довољно само регулисати права пацијента, већ је неопходно помоћи пацијентима да их остваре, а посебно у случају кршења тих права.

Закон о здравственој заштити Републике Српске није прописао обавезу да свака здравствена установа мора имати заштитника/ савјетника за права пацијената с циљем обезбјеђења заштите права пацијента. У Републици Српској не постоји институција као што је заштитник/ савјетник за права пацијената, али је у Фонду успостављен систем заштите права осигураника путем заштитника права осигураника¹³. *Закон о здравственој заштити* Републике Српске не прописује шта конкретно здравствена установа треба да уради да би заштитила права пацијената, нити одређује шта се сматра довољним.

Закон о правима, обавезама и одговорностима пацијената Федерације Босне и Херцеговине прописује да су јавне и приватне здравствене установе дужне формирати комисију за приговоре пацијената ради осигурања примјене и праћења поштивања права пацијената. Такође, Комисија за квалитет и безбједност здравствених услуга, која је именована у здравственој установи сагласно прописима о систему побољшања квалитета, безбједности и о акредитацији у здравству, може обављати послове и задатке и у области заштите права пацијента, а сагласно општим актима здравствене установе. Здравствене установе обавезне су једном у шест мјесеци достављати надлежном здравственом савјету јединице локалне самоуправе, као и надлежном здравстве-

¹² Закон о здравственој заштити, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/09, 44/15, чл. 31 и 32.

¹³ Види званичну веб-презентацију Фонда здравственог осигурања Републике Српске: <https://www.zdravstvo-srpske.org/>, приступљено 29. 5. 2018.

ном савјету кантоналног министарства здравства, према сједишту здравствене установе, извјештај о запримљеним и ријешеним приговорима пацијената, укључујући и увезивање података о приговорима са подацима о инцидентима (неповољним догађајима) и судским поступцима. У циљу остваривања и унапређења права пацијената оснивају се здравствени савјети јединица локалне самоуправе, кантоналног министарства и Федералног министарства здравства и утврђује њихова надлежност. Примјера ради, поред осталог, здравствени савјет јединице локалне самоуправе прати повреде појединачних права пацијената за подручје јединице локалне самоуправе, предлаже предузимање мјера за заштиту и унапређење права пацијената те обавјештава здравствени савјет у кантоналном министарству о случајевима тежих повреда права пацијената као и јавност о повредама права пацијената.

Закон о правима пацијената у Србији прописује да заштиту права пацијената обезбјеђује јединица локалне самоуправе, одређивањем лица које обавља послове савјетника за заштиту права пацијената и образовање Савјета за здравље. Пацијент који је незадовољан извјештајем савјетника пацијената може се обратити Савјету за здравље, здравственој инспекцији односно надлежном органу организације здравственог осигурања код које је пацијент осигуран.

Црној Гори, *Закон о правима пацијената* прописује да директор здравствене установе одређује заштитника права пацијената у здравственој установи, која је дужна да организује његов рад. Пацијент коме је ускраћено право на здравствену заштиту или неко друго право може поднијети приговор директору здравствене установе или заштитнику права пацијената. Пацијент који је незадовољан налазом по приговору, може се обратити здравственој инспекцији.

Хрватској, *Закон о заштити права пацијената* прописује да јединице подручне (регионалне) самоуправе оснивају повјереништва за заштиту права пацијената које дјелују при управном тијелу јединице надлежном за послове здравља, тако што прате примјену прописа, предлажу предузимање мјера за заштиту и промовисање прва пацијената на свом подручју¹⁴.

¹⁴ Надлежни министар именује повјереништво „за заштиту и промицање права пацијената“ које прати провођење остваривања права пацијената, расправља о извјештајима „повјеренства јединице подручне (регионалне) самоуправе“, даје мишљења, препоруке и приједлоге надлежним тијелима и предлаже предузимање мјера за изградњу cjеловитог система заштите и промоције права пацијената.

Словенији, *Закон о правима пацијената* прописује оснивање Комисије Републике Словеније за заштиту права пацијената, надлежност, састав и поступак.

4.4. Заштитник права осигураника: у Републици Српској, пацијенти су у највећем броју и осигураници Фонда здравственог осигурања Републике Српске. Промоцију и заштиту права осигураних лица обезбјеђује Фонд, који је у том циљу донио *Правилник о заштити права осигураних лица*¹⁵, а којим се уређују начела заштите права осигураних лица, садржај заштите права и начин заштите и промоције тих права. Увођење заштите права пацијената било је неопходно због нагомиланих проблема у здравственом систему, због све чешћих љекарских грешака, због непрофесионалног односа према пацијентима, због самовоље појединаца и непоштовања закона¹⁶. Према чл. 18 овог правилника, промоција права обезбјеђује се: обавјештавањем јавности о правима из здравственог осигурања; подршком и подстицањем развоја удружења грађана за заштиту права осигураних лица, односно пацијената; едукацијом осигураних лица, односно пацијената; едукацијом особља које пружа услуге осигураним лицима; унапређењем партнерског односа са здравственим установама и невладиним сектором. Заштита права осигураних лица спроводи се у складу са начелима хуманости, доступности и једнакости. Начело хуманости се остварује обезбјеђењем поштовања осигураних лица као људских бића, поштовања физичког и менталног интегритета осигураних лица, те поштовања приватности, моралних и вјерских увјерења. Начело доступности и начело једнакости заштите права осигураних лица остварују се тако што свако осигурано лице има једнаке могућности заштите својих права¹⁷.

¹⁵ *Правилник о заштити права осигураних лица*, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 26/11, 21/14

¹⁶ Љиљана Никић Совиљ (2005), *op.cit.*, стр. 547.

¹⁷ Према наведеном Правилнику права осигураних лица, у ширем смислу су право на: доступност здравствене заштите у садржају и обиму и на начин прописан општим актима Фонда, на рефундацију средстава, на информисање о правима из здравственог осигурања и остваривању тих права, на стручну помоћ радника Фонда при остваривању права из здравственог осигурања, на приједлоге и иницијативе у вези са садржајем и обимом права из здравственог осигурања и начином њиховог остваривања, на слободан избор доктора на примарном нивоу здравствене заштите и здравствене установе на секундарном нивоу, на правовремену, квалитетну и ефикасну здравствену услугу, на обавијештеност о референцама здравствене установе и медицинског особља које пружа здравствене услуге, да тражи и добије мишљење и других љекара у здравственој установи у којој се лијечи, на поштовање времена, на приговор и обавијештеност о томе коме може да уложи приговор у вези са остваривањем права, на љубазан и професионалан однос здравствених радника и радника Фонда, на тајност података о здравственом стању.

Заштита права осигураних лица обезбјеђује се у поступку контроле, у управном поступку и казним мјерама које се изричу прекршиоцима права осигураних лица. У чл. 20 наведеног правилника прописано је да се ефикасна заштита права осигураних лица у Фонду обезбјеђује оснивањем посебне организационе јединице за заштиту права осигураних лица, која организационо обухвата све општине у Републици Српској на начин да за сваку општину буде именован заштитник права осигураних лица. Заштитник права осигураних лица надлежан је за: давање савјета у вези са заштитом утврђених права; обезбјеђење пружања стручне и техничке помоћи осигураном лицу код остваривања права из здравственог осигурања; отклањање неспоразума између осигураних лица и особља у здравственој установи или Фонду; анкетирање осигураних лица и вођење евиденције о повредама права осигураних лица и узроцима који доводе до неспоразума, незадовољства и повреде права. Осигурано лице има право да од заштитника права осигураних лица, усмено или писмено, тражи мишљење у вези с његовим правима, да саопшти или упути пријаву повреде права, а исти је обавезан и да писмено одговори најкасније у року од пет дана¹⁸. У свакој здравственој установи с којом Фонд има закључен уговор, као и у свакој пословној јединици Фонда, на видном мјесту мора да буде истакнуто име и презиме заштитника права осигураних лица, адреса, број канцеларије и вријеме у којем је заштитник права доступан, те број телефона путем којег осигурано лице може да контактира заштитника права осигураника.

Осигурано лице може пријавити кршење права из обавезног здравственог осигурања писмено, путем инфо-телефона, електронском поштом и лично службенику контроле или заштитнику права. Пријава треба да садржи име и презиме подносиоца пријаве, адресу и број телефона, назив здравствене или друге установе на коју се односи пријава, те опис повреде права, мјесто и вријеме када је повријеђено право са фотокопијом медицинске или друге документације која указује или потврђује наводе из пријаве¹⁹.

¹⁸ Овим правилником је као надлежност организационе јединице за заштиту прва пацијената одређено: праћење примјене правилника; усмјеравање, координација и праћење рада заштитника права осигураних лица; анализа повреда права и узрока који доводе до повреде права; давање приједлога за побољшање заштите права и отклањање узрока повреде права; иницирање измјена и допуна општих аката; предлагање санкција против прекршилаца права осигураних лица, те извјештавање органа Фонда о примјени Правилника и заштити права осигураних лица.

¹⁹ У поступку одлучивања о пријави кршења права, службеници контроле ће провјерити све наводе из пријаве и о томе обавијестити подносиоца пријаве у року не дужем од 15 дана. Уколико буде установљена повреда права, подносилац пријаве ће бити обавијештен о томе како би требало да поступи. Такође, у потврђеним случајевима кршења права осигураних лица, Фонд

Анализа приговора осигураних лица Фонда здравственог осигурања заштитнику права осигураних лица показује да постоји тенденција пада укупног броја приговора у посматраном периоду од 2012. до 2014. године²⁰. Приговори осигураника већим дијелом се односе на здравствене установе а мањим дијелом на Фонд.

Узимајући у обзир приговоре осигураних лица Фонда у посматраном периоду, може се констатовати да су заштитници права осигураних лица испунили свој задатак, у смислу своје улоге у обавјештавању здравствених установа, надлежних сектора и органа Фонда о узроцима приговора и приједлозима за њихово отклањање, уз напомену да су одређене приговоре рјешавали на мјесту настајања, тј. у здравственој установи без подношења пријава о повреди права из здравственог осигурања²¹. Међутим, поред тога што се нека права пацијената и права осигураника Фонда преплићу, не треба занемарити потребу увођења заштитника/ савјетника за права пацијената у здравствене установе, а у складу са добром праксом и искуствима држава у окружењу.

4.5. Инспекцијски надзор је врста управног надзора над активностима државних и недржавних органа и организација, као и над пословањем и поступањем правних лица и грађана у погледу поштовања закона, других прописа и општих аката. Основни метод рада инспектора је инспекцијски преглед, који се огледа у непосредном увиду у рад и пословање правних и физичких лица. Здравствени инспектор дужан је да води рачуна прије него што се одлучи за забрану обављања здравствене дјелатности јер би последице у конкретном случају могле погодити здравствену установу и пацијенте. На здравственој инспекцији је велика одговорност да не би примијенила ту мјеру и онда када би она била у несразмјери са тежином конкретног прекршаја. Приликом тога, инспек-

²⁰ Приговори осигураних лица Фонда уносе се у обрасце који се на крају сваког мјесеца достављају Служби за заштиту права осигураних лица, гдје се обрађују и анализирају. Они садрже информације о здравственој установи на коју се приговор односи, предмет пријаве или приговора, коме је конкретно упућен и које су активности заштитници права осигураника на терену предузели након обраћања осигураног лица.

²¹ Приговори упућени на рад Фонда најчешће се односе на: нову листу лијекова који се издају на рецепт, овјеру здравствене књижице (пољопривредници изнад 65 година живота), бањско лијечење, чекање на рјешење Фонда преко 60 дана, чекање на дијагностичке процедуре, рефундација трошкова за лијекове, ценовник појединих лијекова, цијене медицинских средстава, дужина чекања за одобрено бањско лијечење, немогућност избора доктора специјалисте за консултативно-специјалистичке прегледе, жалбе на рјешење Фонда и друго. У погледу здравствених установа на које су се односили приговори, исти су најчешћи по редослиједу: домови здравља, болнице, универзитетски клинички центар, бање, произвођачи ортопедских помагала, приватне здравствене установе и апотеке.

тор мора узети у обзир и у рјешењу навести све околности конкретног случаја због којег уводи ту мјеру²².

Примјеном прописа о инспекцијском надзору здравствена заједница и законодавац утичу на оптимализацију рада здравствених радника и здравствених сарадника. Истовремено, обезбјеђује се заштита одређених права пацијената у складу са надлежностима здравствене инспекције, те пружање рационалније и квалитетније здравствене услуге.

У Републици Српској инспекцијски надзор у обављању здравствене дјелатности врши се у складу са *Законом о инспекцијама*²³. Законодавац се определио да се инспекцијски надзор уреди у једном закону и на функционалном принципу, односно, у оквиру једног органа управе, јер се тиме постиже ефикасан, рационалан и ажуран рад инспекцијских органа. Предност овог начина организовања инспекцијских органа је што су овлашћења, одговорности и предузимање управних и других мјера утврђени у оквиру једног закона, уз истовремену примјену и других прописа који, као посебни закони, уређују права и обавезе инспектора у појединим областима инспекцијског надзора. Предности овог организовања односе се и на техничке аспекте спровођења инспекцијског надзора, бољу међусобну сарадњу, стручно оспособљавање и усавршавање инспектора као лица са посебним овлашћењима²⁴. Према овом закону (чл. 27), здравствени инспектор обавља инспекцијски надзор у погледу придржавања прописа који се односе на обављање здравствене дјелатности, лијекове и медицинска средства, љековите воде, воде за санитарно-рекреативне потребе, предмете опште употребе, надзор над санитарно-хигијенским условима објеката, нејонизујуће зрачење, хемикалије и биоциде, социјалну, породичну и дјечју заштиту и у другим управним подручјима када је то одређено посебним прописом. Поред права и дужности прописаних законом који уређује област инспекције у Републици Српској, здравствени инспектор је овлашћен да предузима мјере у складу са *Законом о здравственој заштити* Репу-

изриче казну према здравственој или другој установи у којој је право прекршено. У складу са чл. 25 истог правилника, прописано је да ће уговор који Фонд закључује са здравственим и другим установама које пружају услуге здравствене заштите садржавати поглавље које носи назив „заштита права осигураних лица“. Овим уговором ће се дефинисати и санкције за кршење права из наведеног правилника, види: *Пакет права ФЗО*.

²² Звонко Бошкових, *Медицина и право*, Пергамена, Загреб, 2007, стр. 60–62.

²³ Закон о инспекцијама у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“, бр. 74/10, 109/12, 117/12).

²⁴ Недим Мухић, *Приручник о практичном провођењу инспекцијског надзора у Федерацији БиХ*, Федерална управа за инспекцијске послове, Сарајево, 2005, стр. 9.

блике Српске²⁵: забрани обављање здравствене дјелатности без рјешења о упису у судски регистар; забрани рад здравствене установе која не испуњава услове; забрани обављање здравствене дјелатности која није одобрена законом, односно рјешењем; забрани ангажовање здравственог радника, односно сарадника из друге здравствене установе без сагласности директора те установе; забрани приватној здравственој установи извођење експеримената супротно закону и закону који уређује област услуга; забрани пружање услуга алтернативне медицине ако није прибављена сагласност; забрани рад здравственом раднику, односно сараднику који нема положен стручни испит, важећу лиценцу и друге доказе о стручној оспособљености за послове које обавља; забрани рекламирање обављања здравствене дјелатности; забрани извођење одређених третмана и експеримената без писаног пристанка пацијента, односно његовог родитеља, стараоца или законског заступника; наложи директору здравствене установе да поднесе захтјев надлежној комори за утврђивање стручне грешке; наложи организовање етичког одбора у установи; наложи здравственој установи да обезбиједи здравствену заштиту 24 часа дневно; наложи обављање обдукције; наложи доношење акта о унутрашњем надзору и спровођење унутрашњег надзора; забрани рад здравствене установе или пружање одређених здравствених услуга ако се у остављеном року не изврши рјешење инспектора којим је наређено отклањање недостатака и неправилности. Здравствени инспектор је овлашћен да забрани спровођење и других радњи супротно закону и прописима; као и да наложи спровођење других мјера. За мјере и радње које треба предузети инспектор доноси рјешење против којег се може изјавити жалба другостепеном органу у прописаном року. Против рјешења донесеног по жалби може се покренути управни спор. Здравствена инспекција на општинском, односно градском нивоу, има надлежност надзора над производњом и прометом предмета опште употребе, санитарно-хигијенским стањем објеката, предузимањем противепидемијских мјера ван здравствених установа и прометом хемикалија/биоцида на мало. У Федерацији БиХ²⁶, између осталог, прописано је да у случају стручног пропуста здравственог радника или повреде принципа етике и медицинске деонтологије, надлежни здравствени инспектор ће предмет уступити на поступање надлежној комор-

²⁵ Закон о измјенама и допунама Закона о здравственој заштити („Службени гласник Републике Српске“, бр. 44/15), чл. 66.

²⁶ Закон о здравственој заштити Федерације БиХ, „Службене новине ФБиХ“, бр. 46/10, чл. 194.

ри. Такође, у Хрватској²⁷, прописано је да ће у случају стручног пропуста здравственог радника или повреде принципа етике и медицинске деонтологије, здравствени инспектор предмет уступити на поступање надлежној комори. Значајна је и одредба према којој се здравствени инспекцијски надзор над здравственим установама обавезно проводи најмање једном годишње.

Из годишњих извјештаја о раду здравствене инспекције Републике Српске може се видјети да су најчешће области надзора биле: производња и промет лијекова и медицинских средстава; здравствена и противепидемијска заштита у здравственим установама; заштита од нејонизујућег зрачења; производња и промет хемикалија, биоцида; противепидемијска заштита у другим објектима²⁸. Такође, у многим областима у здравству потребно је организовати надзор над стручним радом, јер инспекција нема надлежност да контролише начин поступања здравствених радника у смислу обухватности прегледа, постављања дијагнозе, одређивања терапије, давања боловања и слично. На основу наведених извјештаја важна је констатација да не постоји непосредна надлежност инспекције у области остваривања права пацијената и заштите права пацијената, осим одређених мјера које је здравствени инспектор овлашћен да предузима, као на примјер да: забрани извођење одређених третмана и експеримената без писаног пристанка пацијента, односно његовог родитеља, стараоца или законског заступника, наложи директору здравствене установе да поднесе захтјев надлежној комори за утврђивање стручне грешке, наложи организовање етичког одбора у установи у складу са овим законом, наложи одређеним здравственим установама да обезбиједи здравствену заштиту 24 часа дневно, забрани спровођење других радњи супротно овом закону и прописима донесеним на основу закона. У пракси, здравствена инспекција добија мало представки које се односе на кршење или угрожавање права пацијената у здравственим установама. У тим и другим случајевима инспекција реагује на тај начин да саслуша обје стране, настојећи да дође до неке врсте поравнања или упозорава здравствену установу да проведе поступак по притужбама грађана, упућује странке на могућност приговора директору здравствене установе или могућност обраћања надлежном суду. У Републици Српској, мањи број представки грађана које се упућују здравственој инспекцији, једним дијелом, резултат су рјешавања спо-

²⁷ Закон о здравственој заштити Републике Хрватске, „Народне новине Републике Хрватске“, бр. 150/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12, чл. 171.

²⁸ Види: <http://www.inspektorat.vladars.net/>, приступљено 29. 5. 2018.

рова у складу са правилом да пацијент може поднијети проговор директору здравствене установе, а у другим случајевима да се могу обратити заштитнику права осигураника. Ако здравствени инспектор основано посумња да је повредом прописа учињен прекршај или кривично дјело, тада је обавезан поднијети захтјев за покретање прекршајног поступка, односно пријаву за покретање поступка због основане сумње за учињено кривично дјело.

4.6. Омбудсман за људска права: Институција омбудсмана за људска права БиХ (у даљем тексту: Омбудсман), успостављена је 1996. године као независна институција за промовисање и заштиту људских права, а са циљем промовисања добре управе и владавине права и слобода физичких и правних лица, како је гарантовано Уставом БиХ и међународним споразумима који се налазе у додатку Устава. Према *Закону о Омбудсману за људска права БиХ*²⁹, Омбудсман надгледа активности институција БиХ, њених ентитета³⁰ и Брчко дистрикта БиХ, а поступа у оквиру Устава, закона, других прописа и општих аката, као и ратификованих међународних уговора и општеприхваћених правила и стандарда међународног права. Институција омбудсмана у заштити основних људских права и слобода узима у обзир *Европску конвенцију о заштити људских права и слобода*, њене протоколе, као и друге међународне изворе који се баве заштитом људских права и слобода. Дјелујући као потпуно независна и самостална институција, она је од великог значаја, како за појединачна права појединаца, тако и за све облике органа власти. Њеним дјеловањем, односно извршавањем препорука које ова институција доноси, у значајној мјери се смањује и број покретања спорова пред међународним Судом правде за људска права у Стразбуру³¹. Заштитник људских права је независна институција која помаже грађанима и правним лицима да остваре или заштите своја права, слободе и законите интересе, у случајевима кад их крше органи власти или организације које врше јавне послове. Наведени закон прописује да је Омбудсман надлежан за разматрање предмета који се односе на сла-

²⁹ Закон о Омбудсману за људска права БиХ („Службени гласник БиХ”, бр. 32/00, 19/02, 35/04, 32/06, 38/06).

³⁰ Закон о Омбудсману Републике Српске је престао да важи доношењем Закона о престанку важења Закона о Омбудсману Републике Српске — заштитнику људских права („Службени гласник Републике Српске“, број 118/09), али тим чином није укинута ова институција, него је ступила на снагу нова организација, према којој је сједиште Омбудсмана БиХ у Бањој Луци, са својим канцеларијама у Сарајеву, Мостару и Брчко дистрикту БиХ. Закон о измјенама и допунама Закона о Омбудсману БиХ („Службени гласник БиХ, бр. 32/06).

³¹ Витомир Поповић, „Институције омбудсмана у заштити људских права“, *Правни живот*, број 12/2005, стр. 1003.

бо функционисање или повреде људских права и слобода почињених од било којег органа. Он може поступати по пријему жалбе или по службеној дужности, а након спроведене истраге, може препоручити одговарајуће појединачне и опште мјере. Такође, може прослиједити предмете о наводним повредама људских права највишим судским органима који су надлежни за питања људских права, у складу са правилима којима се регулише улагање жалбе тим органима, када установи да је то неопходно за ефикасно обављање његових дужности³².

Примљене жалбе у Институцији омбудсмана региструју се по областима људских права³³. По пријему жалбе, Омбудсман обавјештава жалиоца о пријему жалбе и органе на које се жалба односи. Од органа се тражи одговор на жалбу, уз доставу одређених информација, података из списка и одговарајућих докумената. У току овог дијела поступка, органи имају могућност да, по добијању обавјештења о жалби и захтјеву Омбудсмана за одговоре и информације, сами предузму мјере на отклањању кршења права жалиоца. Органи такође имају могућност да обавијесте о томе Омбудсмана и жалиоца. Омбудсман, по добијању обавјештења да су отклоњена кршења права указана жалбом, завршава поступак Одлуком о затварању предмета, те обавјештавањем жалиоца о извршеном отклањању повреде права.

Омбудсман сваке године сачињава извјештај о резултатима својих активности који доставља Предсједништву БиХ, Парламентарној скупштини БиХ, Народној скупштини Републике Српске и Парламенту Федерације БиХ. Из података које ова институција доставља сваке године путем извјештаја о свом раду, може се закључити да је у БиХ, у континуитету, евидентирана појава повреда људских права, а забиљежени су и случајеви повреде права из области здравствене заштите. У овим извјештајима нису посебно идентификована права пацијената у односу на права која произлазе из прописа у области здравства, него се користи јединствени термин – здравствена заштита. Овдје је потребно на-

³² Омбудсман одлучује и о покретању поступка по жалбама, предлаже медијацију, прикупља и анализира статистичке податке, подноси годишњи извјештај о појавама дискриминације, даје мишљење и препоруке с циљем сузбијања и спречавања дискриминације, прати законодавство, унапређује праксу која има за циљ да обезбиједи једнако поступање. С циљем заштите права грађана, Омбудсман поступа по појединачним и групним жалбама, предузима мјере на заштити права, обавјештава физичка и правна лица о предузетим мјерама, о њиховим правима и обавезама, упознаје их са могућностима судске и друге заштите, предлаже поступак медијације и слично.

³³ Жалбе могу достављати физичка и правна лица, без обзира на националност, држављанство, мјесто боравка, пол, пунољетство, етничко поријекло, религију, правну способност, те боравак у затвору било које врсте. Другим ријечима, не постоји ограничење права на подношење жалбе Омбудсману.

поменути да ови извјештаји не садрже конкретне статистичке податке о броју поднесених жалби у области здравствене заштите (осим навођења појединачних случајева), него је приказана генерализација посматраних појава, без могућности конкретног закључивања у односу на ентитете БиХ и/или Брчко дистрикт. Према годишњим извјештајима о резултатима активности Институције омбудсмана за људска права БиХ³⁴, када се говори о здравственој заштити, речено је да је евидентиран све већи број грађана који траже заштиту права због онемогућавања остваривања права на здравствену заштиту. Разлози због којих су се грађани обраћали Омбудсману из области здравствене заштите су различити, а најчешће због чињенице да послодавци нису извршили уплате доприноса за пензијско и инвалидско осигурање, а што запосленима онемогућава приступ здравственој заштити. Затим, постоје обраћања грађана чијим захтјевима за осигурање преко члана породице није удовољено због неизмирених доприноса. Омбудсман посебно указује на то да се смањује ниво здравствене заштите за грађане, кроз редуковање листе есенцијалних лијекова, повећање броја медицинских интервенција за које грађани морају платити партиципацију, неједнак ниво здравствене заштите с обзиром на територију гдје грађанин живи, дуге листе чекања за велики број медицинских услуга, итд. Поред претходно наведених констатација, грађани су се жалили и на рад здравствених установа, квалитет здравствене заштите, те пружање услуга од стране здравствених радника. Према годишњем извјештају за 2015. годину, поред претходно наведених констатација, потврђен је континуитет жалби грађана које се односе на проблем уплате доприноса за пензионере, зато што је споран надлежни носилац за осигурање здравствене заштите пензионера Федерације БиХ, који су радни стаж и пребивалиште имали на подручју Републике Српске и који су се преселили на подручје Хрватске, односно Србије. Такође, за примљене жалбе односе се на остваривање права на здравствено осигурање, плаћање партиципације, квалитет остваривања здравствене заштите и непрофесионално опхођење љекара према пацијентима. Сљедећи проблем представљају лијекови који нису регистровани, нити доступни, а одобрила их је Свјетска здравствена организација. То су углавном лијекови друге, треће и четврте генерације за лијечење мултипле склерозе, а према наводима грађана, ријеч је о терапији која би битно успорила ток болести. Годишња потрошња наведених лијекова је релативно мала, што доводи до незаинтересованости

³⁴ Види: <http://www.ombudsmen.gov.ba/Dokumenti.aspx?id=27&tip=1&lang=BS>, приступљено 29. 5. 2018.

добављача за њихову набавку. Из годишњих извјештаја о резултатима активности Институције омбудсмана за људска права БиХ, може се констатовати да је број предмета повреде људских права у области здравствене заштите релативно мали, просјечно око 40 предмета. Институција омбудсмана утиче на позитивно рјешавање предмета у случајевима повреде људских права, а тиме и права пацијената у области здравствене заштите.

4.7. Судска заштита права пацијената: права пацијената су утужива, а што значи да ће на тражење свог носиоца, у случају повреде или угрожавања, бити судски заштићена. Право треба да осигура квалитетну медицинску услугу те подвргавање понашања здравствених радника према пацијенту друштвеној контроли од стране суда, јер пацијент има право на заштиту здравља³⁵. Постоје јавноправна заштита (међународноправна, уставноправна, управноправна и кривичноправна) и приватноправна заштита (грађанскоправна). Права личности се међусобно не искључују, већ обје, свака на свој начин, штите лична добра и права личности у погледу тих добара (позитиван сукоб надлежности) тако да се овдје у ствари ради о специфичном споју јавног и приватног права³⁶.

Дисциплинска одговорност је правна одговорност, као што су прекршајна и кривична одговорност. Имајући у виду оптерећеност и спорост редовних судова, управо је дисциплинска одговорност та која највише погађа здравствене раднике и здравствене сараднике. Дисциплинска одговорност има значајан утицај на рад и поштовање радне дисциплине, а тиме непосредно утиче на пружање здравствених услуга и заштиту права пацијената. У складу са законом, дисциплински поступак се проводи у здравственим установама уз обезбијеђену и судску заштиту.

Закон о здравственој заштити Републике Српске, између осталог, прописује прекршаје за повреде права пацијента за које може одговорати здравствена установа као правно лице, одговорно лице у правном лицу, те здравствени радник и здравствени сарадник. У судском поступку остварује се заштита права пацијента и одговорност за прекршај.

Предност грађанскоправне заштите права личности у односу на друга средства правне заштите је та што је она у рукама оштећеног, тако

³⁵ Звонимир Бошковић, „Закон о заштити права пацијената: реформа здравственог законодавства Републике Хрватске“, *Хрватска правна ревија*, 5/200, стр. 94.

³⁶ Душко Медић, „Прилог расправи о концепту нематеријалне штете у Републици Српској *de lege ferenda*“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 35/2013, стр. 72.

да од њега зависи хоће ли или неће тражити заштиту повријеђеног личног добра, јер је управо оштећени (као и његови блиски сродници) тај кога ова повреда највише погађа. Због тога, грађанскоправна заштита права личности треба да иде „најдубље“ и покрије све могуће ситуације повреде личних добара³⁷. Уколико је посебним законом (*lex specialis*) регулисан посебан пут правне заштите за повријеђено/угрожено право личности, онда ће се правна заштита остварити према правилима тог закона. Тако, на примјер, *Закон о здравственој заштити Републике Српске* регулише да пацијент, коме је у остваривању здравствене заштите повријеђено неко његово право, има право да се приговором обрати директору здравствене установе, а тек уколико је пацијент незадовољан одлуком директора, може покренути спор код надлежног суда.

Тужба за надокнаду материјалне штете може се поднијети због проузроковања смрти лица, тјелесне повреде и/или оштећења здравља. Разликује се неколико облика надокнаде материјалне штете због проузроковања смрти лица, и то: надокнада трошкова сахране, неуспјелог лијечења умрлог, других потребних трошкова учињених у вези с тим лијечењем, изгубљене зараде због неспособности за рад коју би умрли остварио у периоду од наношења тешке тјелесне повреде па до наступања смрти, изгубљеног издржавања које је умрли давао или је био дужан да даје другим лицима и изгубљено помагање које је умрли редовно давао другим лицима. Поред тога, постоји и неколико облика надокнаде материјалне штете због тјелесне повреде и/или оштећења здравља, и то: надокнада трошкова лијечења, других потребних трошкова насталих у вези с тим лијечењем, изгубљене зараде због неспособности за рад за вријеме трајања лијечења, изгубљене зараде због потпуне или дјелимичне неспособности за рад које су се показале као посљедице задобијене тјелесне повреде или оштећења здравља у виду трајне или привремене неспособности за рад оштећеног лица, повећаних издатака које оштећено лице има због трајно повећаних потреба које су настале због наношења тјелесне повреде или оштећења здравља и новчаног губитка које оштећено лице има због уништене или смањене могућности његовог даљег развоја и напредовања. Као примјер може се навести *Закон о облигационим односима Републике Српске* у којем су таксативно набројани облици нематеријалне штете за које се могу досудити новчане накнаде. Од тих правно признатих облика нематеријалне штете, а које се односе на предмет овог рада, регулисани су: физички болови, душевни

³⁷ Aldo Radolović, „Prava ličnosti u građanskom pravu Hrvatske“, *Vladavina prava*, бр. 1/1998, стр. 90.

болови због умањења животних активности, душевни болови због наружености, душевни болови због повреде слободе, душевни болови због повреде права личности, душевни болови због смрти блиског лица, душевни болови због нарочито тешког инвалидитета блиског лица, душевни болови због кривичних дјела против полног интегритета и страх. Општи правни основ за подношење тужби за накнаду (не)материјалне штете је *Закон о облигационим односима* (чл. 154/1): Ко другоме проузрокује штету, дужан је надокнадити је уколико не докаже да је штета настала без његове кривице³⁸.

Ако пацијент у остваривању здравствене заштите због стручне грешке претрпи штету на свом тијелу или се проузрокује погоршање његовог здравственог стања, има право на надокнаду штете у складу са законом, како је то прописано у *Закону о здравственој заштити* Републике Српске. У казним одредбама овог закона прописано је да ће се за повреду људских права и вриједности у остваривању здравствене заштите, као и за друге повреде права пацијента, казнити правно лице за прекршај новчаном казном. Такође, за прекршај закона могу се казнити новчаном казном и одговорно лице у правном лицу као и здравствени радник и здравствени сарадник.

Кривична дјела против здравља људи усмјерена су прије свега против људског здравља, а у оквиру пружања здравствених услуга. Кривично-правна одговорност здравствених радника посљедња је инстанца за рјешавање оних случајева који превазилазе одговорност предвиђену прописима здравственог законодавства. У питању је одговорност за повреде права пацијента квалификована као кривично дјело. У *Кривичном закону Републике Српске*³⁹, у оквиру посебне главе, прописана су кривична дјела против здравља људи. Тиме је наглашена посебна улога и одговорност свих оних који непосредно или посредно учествују у поступцима лијечења људи.

Право на здравље, односно његову правну заштиту, један је од сегмената у међународном и националном законодавству коме се даје приоритет. На међународном плану то је видљиво из бројних иницијатива *Свјетске здравствене организације*, као што су *Здравље за све* и *21*

³⁸ Поред тога, постоје посебни правни основи за накнаду материјалне штете (чл. 193–197) и накнада нематеријалне штете (чл. 199–205 *Закон о облигационим односима*). Сама штета се одређује као умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење друге физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета, чл. 155 *Закон о облигационим односима*, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 03/96).

³⁹ „Службени гласник Републике Српске“ бр. 49/03.

циљ за XXI вијек. У Закону о здравственој заштити Републике Српске прихваћени су основни принципи које промовише Свјетска здравствена организација, а посебно принцип да се у закону пацијент третира као равноправан партнер приликом одлучивања о свему што се тиче његовог живота и здравља.

Судску заштиту у Републици Српској пацијенти су тражили само изузетно, у ријетким случајевима, код произашле штете усљед неодговорног или погрешног лијечења. Посебно ријетко пацијенти су тражили заштиту права на приватност, повреде достојанства, повреде права на самоопредјељење, повреда права на информацију, те права на одлуку у вези са лијечењем, и друго.

5. Закључна разматрања

Развој института заштите права пацијената трајао је дуго, а почео је правом пацијената да заштиту својих права траже и остварују путем суда, као и доношењем повеља и закона о правима пацијената. Због тешкоћа у остваривању заштите права пацијената само судским путем, родила се идеја да се уведу алтернативни начини рјешавања приговора пацијената без икаквих трошкова по пацијенте. У тим активностима водеће су биле скандинавске земље. Упоредна анализа прописа о заштити права пацијената у државама у окружењу показује одређене специфичности и карактеристике условљене њиховим правним поретком. Увођење, поред осталог, права пацијента на приговор и права пацијента на компензацију у закон у Републици Српској показује да је извршено усаглашавање прописа са *Европском повељом о правима пацијената*. Међутим, није довољно само декларативно утврдити права пацијената већ је неопходно обезбиједити и механизме за заштиту тих права и пратити њихову реализацију у пракси. Практика држава у окружењу показује да је и у Републици Српској потребно донијети посебан закон о правима пацијената, у којем ће бити много боље систематизована, потпуно и уједначено дефинисана права пацијената, заштита права пацијената и њихова одговорност. Да би се обезбиједила потпуна примјена Закона о правима пацијената и системски уредила ова област, неопходно је донијети и посебне законе о професионалној дјелатности, као нпр.: закон о докторској дјелатности, закон о стоматолошкој дјелатности, закон о сестринству и др. Ово је значајно због тога што се права, обавезе и одговорност пацијената не могу посматрати одвојено од права, обаве-

за и одговорности здравствених радника. Партнерски однос пацијента и здравственог радника јесте правни однос који као такав треба потпуније правно регулисати.

Листа права пацијената је значајно увећана, али стање у пракси не одговара третману пацијената према закону. Већи број права има за посљедицу веће могућности за њихову повреду. Томе доприноси чињеница недовољног познавања права пацијената, како од стране здравствених радника који пружају здравствене услуге тако и од стране пацијената. У Републици Српској није уведена медијација за рјешавање спорова о правима пацијената, недостаје савјетник/заштитник права пацијената те удружење пацијената које би допринијело бољем информисању о правима пацијената и њиховој заштити у пракси. Поред наведеног, за ефикасну заштиту права пацијената треба јачати и друге механизме здравственог система који на посредан начин утичу на ову област.

Литература

Бошковић З., „Закон о заштити права пацијената: реформа здравственог законодавства Републике Хрватске“, *Хрватска правна ревија*, 5/2005.

Бошковић, Звонко, *Медицина и право*, Пергамена, Загреб, 2007.

Медић Д., „Прилог расправи о концепту нематеријалне штете у Републици Српској de lege ferenda“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 35/2013, стр. 72.

Мујовић Зорнић Х., „Уговор о медицинском третману“, *Страни правни живот*, 1-3/2001, Београд.

Мухић Н., *Приручник о практичном провођењу инспекцијског надзора у Федерацији БиХ*, Федерална управа за инспекцијске послове, Сарајево 2005.

Никић Совиљ Љ., „Заштита права пацијената у здравственом систему Србије и земљама Европе“, *Правни живот*, број 9/2005.

Никић Совиљ Љ., „Заштитник пацијентових права у здравству Србије“, *Правни живот*, бр. 9/2003.

Поповић В., „Институције омбудсмана у заштити људских права“, *Правни живот*, број 12/2005.

Радоловић А., „Права личности у грађанском праву Хрватске“, *Владавина права*, бр. 1/1998.

Рушиновић Сунара Ђ., „Права пацијената и партнерски односи у суставу здравства“, *Сестринство, сигурност и права пацијената*, Здравствено велеучилиште, Опатија 2006.

Правни извори:

Кривични закон Републике Српске, „Службени гласник РС“ бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13.

Закон о здравственој заштити, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/09, 44/15.

Закон о здравственој заштити Федерације БиХ, „Службене новине ФБиХ“, бр. 46/10.

Закон о здравственој заштити Републике Хрватске, „Народне новине Републике Хрватске“, бр. 150/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12.

Закон о заштити права пацијената, Република Хрватска, „Народне новине“, бр. 169/04.

Закон о инспекцијама у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“, бр. 74/10, 109/12, 117/12).

Закон о правима пацијената, „Службени лист Републике Црне Горе“, бр. 40/2010.

Закон о правима, обавезама и одговорностима пацијената, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 40/10.

Закон о правима пацијената, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 45/13.

Закон о прекршајима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 34/06, 1/09, 29/10, 109/11 и 63/14.

Закон о облигационим односима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 03/96.

Закон о омбудсману за људска права БиХ („Службени гласник БиХ“, бр. 32/00, 19/02, 35/04, 32/06, 38/06).

Закон о раду, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/16.

Правилник о заштити права осигураних лица, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 26/11, 21/14.

Интернет извори:

<http://www.pravapacijenata.ba/evropska-p-ovelja-o-pravima-pacijenata/>

<http://www.akaz.ba/Fokus/Prava/Prava.htm>

<http://www.cpme.eu/>

<http://www.ombudsmen.gov.ba/Dokumenti.aspx?id=27&tip=1&lang=BS>,

<http://www.inspektorat.vladars.net/>

PROTECTION OF THE RIGHTS OF PATIENTS

Nedeljko Z. Milaković*

Summary

The rights of patients and the protection of the patients are part of the basic human rights applied to the area of medicine in other words health protection. The rights of patients represent the rules which regulate the treatment of the patient in the process of providing health services according to which the patient is treated as an equal partner during treatment. The protection of the rights of patients is an integral part of the rights of patients and refers to: the right to a complaint, the right to compensation, the protector of the rights of patients, the protector of the rights of insurees, inspection supervision, human rights ombudsman and judicial protection. Comparative legal review of regulations on the protection of the rights of patients in the

* Doctor of Legal Sciences, Banja Luka, former Assistant Minister in the Ministry of Health and Social Protection of the Republic of Srpska

Republic of Srpska and the surrounding countries shows that in addition to the big similarity and the harmonization of regulations there are possibilities to improve this area by more qualitative legal regulating. In that sense, in the Republic of Srpska, there is need to make a special law about the rights of patients in which the issues of protection of the rights of patients would get more adequate content, in accordance with the practice in the surrounding countries.

Key words: *the protection of the rights of patients, the right to a complaint, the right to compensation, protector of the rights of patients, protector of the rights of insurees, inspection supervision, human rights ombudsman and judicial protection.*

ЗАШТИТА ЗАПОСЛЕНИХ ЛИЦА КОЈА ПРИЈАВЉУЈУ КОРУПЦИЈУ

Доц. др Александра Вуковић*

Апстракт: У овом раду аутор, са становишта заштите запослених лица која пријављују корупцију, обрађује заштиту лица која пријављују корупцију, обавезе надлежног ауторитета, односно одговорног лица (послодавца) у поступку заштите, штетне посљедице за пријавиоца у погледу његовог радног ангажовања, као и права пријавиоца корупције. Са циљем сузбијања корупције, као глобалне и негативне друштвене појаве која изазива крупне посљедице у друштву и обезбјеђења механизма заштите права лица која у доброј намјери пријављују корупцију, у Босни и Херцеговини донесен је Закон о заштити лица које пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине, а у Републици Српској и Брчко дистрикту закони о заштити лица која пријављују корупцију. Тим законима обезбијеђена је заштита права лица од било којег облика угрожавања или повреде права која би могла бити у вези са пријавом корупције, те развој и учвршћивање осјећаја друштвене одговорности сваког лица да пријави било који облик корупције. Законима су предвиђени системи заштите лица која пријављују корупцију и то – на нивоу Босне и Херцеговине и Брчко дистрикта додјељивање статуса узбуњивача, односно звиждача, а у Републици Српској систем интерне заштите код одговорног лица које руководи субјектом у вези са чијом дјелатношћу је покушана или извршена корупција, односно у којем је дошло до повреде или угрожавања права пријавиоца корупције и систем екстерне заштите путем суда.

Са становишта антидискриминацијског законодавства овим законима дат је допринос препознавању штетних посљедица које може

*Универзитет за пословни инжењеринг и менаџмент Бања Лука, Студијски центар Требиње, e-mail: saskavkv@yahoo.com

имати пријавилац корупције у вези са сопственим интегритетом и радним статусом, као што су мобинг, узнемиравање или пријетње пријавиоцу од одговорног лица или других лица која су радно ангажована код истог послодавца, као и друге штетне посљедице у вези са различитим односима у друштву, попут обављања рада и радног ангажовања, и осталих бројних области које су од стране законодавца процијењене као најподложније ризицима од корупције.

Кључне ријечи: корупција, заштита радног статуса пријавиоца корупције, обавезе одговорног лица, штетне посљедице, поступци заштите.

Увод

Корупција је глобална друштвена појава која изазива негативне посљедице у друштву и има тенденцију да прерасте у друштвени обичај и латентно правило понашања, које постаје (опште)прихваћен, универзални образац понашања у многим сферама друштвеног живота. Етимолошки посматрано, ријеч корупција потиче од латинске ријечи *corruptio*, што значи подмитљивост, поткупљивост, поквареност.¹ Корупција подразумијева незаконито коришћење друштвеног и државног положаја и моћи ради стицања личне користи. Она обухвата радње и активности, углавном подмићивање, проневјеру, прање новца и давање поклона са циљем добијања, односно пружања одређених услуга или уступака на основу успостављених веза и познанстава. Корупцију је тешко доказати, јер се у већини случајева обавља без свједока, евентуално са једним посредником, а обје стране, на одређени начин, остварују корист од таквих радњи. Она нарушава универзални принцип једнакости свих грађана пред законом, који је у Босни и Херцеговини превасходно гарантован уставним одредбама на свим нивоима.

Корупција спада у појмове којима је тешко дефинисати садржај с обзиром на то да је њено значење промјенљиво у различитом временском друштвеном и политичком контексту.² Под корупцијом се

¹ Корупција датира још од античке Грчке. Ријеч „корупција“ први пут је употребио грчки филозоф Аристотел, а касније и Цицерон, римски филозоф, државник, правник, политички теоретичар и говорник, који је корупцији додао термине мито и напуштање добрих навика. У филозофским, теолошким, или моралним расправама, корупција се одређује као духовна или морална нечистоћа или одступање од идеала.

² Класично схваћање корупције у политичкој науци полази од идеје о томе да је корупција израз кварења моралних вриједности друштва (Аристотел, Макијавели, Монтескје). Корупција

подразумијева злоупотреба јавне службе ради остварења личне користи. Међутим, постоје разлике у одређењу које наглашавају сложеност феномена корупције.

Развојем модерног и демократског друштва све више се корупција не сматра само морално штетном, већ једним од узрока неефикасности државе. Корупција је понашање које представља девијацију од нормалног обављања јавне дужности, ради стицања личне или друге користи и подразумијева кршење норми ради остварења личног интереса. То укључује радње као што су подмићивање (примање новца или друге бенефиције, чиме се утиче на одлуку јавне власти), непотизам (примјењивање породичних критеријума у одлучивању о јавној ствари), те злоупотребу положаја за личну корист (нелегално коришћење јавног добра или услуге).

Са правног аспекта, корупција се посматра и у оквиру различитих кривичних дјела, с обзиром на то да не постоји стандардно одређење корупције као кривичног дјела.³ Иако се у предмодерној држави сматрало оправданим куповати јавне положаје, бирати службенике према поријеклу или страначком критеријуму и третирати грађане као објекат владања, а не као носиоце суверенитета, чињеница је да данас и у Босни и Херцеговини такви случајеви нису изузетак. Систем професионалне управе, без политичког волунтаризма, у којем је селекција и напредовање у служби утемељено на способности, стручности и непристраности носиоца функција у којем јавне службе дјелују према објективним правилима, под хијерархијским надзором, и у којима се ради за тачно одређену плату, не подноси одступања ради личне користи односно корупције. Међутим, у Босни и Херцеговини подмићивање, непотизам или злоупотреба јавне власти најчешће се само декларатив-

је патолошка појава у којој владајућа политичка класа лични интерес ставља изнад интереса политичке заједнице. У таквом приступу корупција се осуђује као неморална и штетна по политичку конституцију друштва. Политичка легитимизација власти темељи се на захтјеву да носиоци политичких функција треба да превасходно заступају интересе цјелокупне друштвено-политичке заједнице, а не да заступају личне или групне интересе.

³ Кривичним законом Босне и Херцеговине („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) XIX глава, прописана су кривична дјела која се могу довести у везу са корупцијом и кривична дјела против службене и друге одговорне дужности. То су: 1. Примање дара и других облика користи; 2. Давање дара и других облика користи; 3. Примање награде или другог облика користи за трговину утицајем; 4. Давање награде или другог облика користи за трговину утицајем; 5. Злоупотреба положаја или овлашћења; 6. Проневјера у служби; 7. Превара у служби; 8. Послуга у служби; 9. Несавјестан рад у служби; 10. Кривотворење службене исправе; 14. Противзаконита наплата и исплата; 12. Противзаконито ослобађање лица лишене слободе; 13. Противзаконито присвајање ствари при претресању или извршењу.

но не сматрају нормалним и функционалним, односно сматрају штетним и забрањеним у друштвеној заједници, с обзиром на то да у погледу процесуирања и санкционисања дјела коруптивне радње остају, углавном, некажњене.

1. Осврт на међународне акте за заштиту од корупције у Босни и Херцеговини

Изградња и функционисање Босне и Херцеговине, као демократске и социјално праведне државе, захтијева дугорочно и интензивно ангажовање владајућих структура на успостављању и реализацији економских и социјалних права, како би се грађанима обезбиједила могућност да се издржавају од свога рада и да живе у друштву у коме су демократски, институционални и вриједносни системи довољно изграђени да могу да представљају јаку брану различитим корупцијским радњама.

Корупција представља посебну опасност за државе у транзицији, попут Босне и Херцеговине, које би, поред дјелотворних механизма који би гарантовали контролу располагања јавним овлашћењима, чију злоупотребу ради остварења личне користи корупција у суштини и представља, требало да имају довољно развијену друштвену свијест о њеној штетности и грађане ослобођене од страха да пријаве корупцију.

Иако Босна и Херцеговина предузима одређене системске радње на сузбијању корупције, у сузбијању корупције неопходно је предузети бројне конкретне и дјелотворне активности у превенцији, репресији и координацији, како би се корупција свела у оквире који би представљали „разумну мјеру“, с обзиром на то да ју је као негативну друштвену појаву немогуће искоријенити.⁴

Забрана корупције и начело једнакости налазе се у основи заштите темељних људских права, прокламованих и низом међународних и регионалних докумената, који обавезују и Босну и Херцеговину.

На међународном нивоу донесен је низ међународних докумената којим се наглашава важност лица која пријављују корупцију и подстичу земље потписнице да заштите пријаве корупције учињене у заштити јавног интереса. Посебан значај на пољу борбе против корупције и заштите звиждача имају Конвенција Уједињених нација против корупције,

⁴ Оквир за антикорупцијске мјере у Босни и Херцеговини, углавном, има упориште у одредбама кривичног законодавства, те међународним правним инструментима којима је Босна и Херцеговина приступила. У том смислу кључни међународни документи су Кривичноправна конвенција о корупцији, Додатни протокол уз Кривичноправну конвенцију о корупцији, Грађанскоправна конвенција о корупцији, те Конвенција Уједињених нација против корупције.

те акти Савјета Европе, гдје посебно мјесто заузима Грађанскоправна конвенција за борбу против корупције, Резолуција 1729/2010 о заштити звиждача, као и Препорука о заштити звиждача 1916 (2010).

1. Конвенцијом Уједињених нација против корупције прописано је да ће свака држава уговорница размотрити могућност да у свом унутрашњем правном систему предвиди одговарајуће мјере пружања заштите од било којег неоправданог поступка према било ком лицу које надлежним органима пријави, у доброј вјери и на разумним основама, било које чињенице које се односе на дјела утврђена у складу са овом конвенцијом.⁵

2. Грађанскоправна конвенција о корупцији Савјета Европе⁶ има посебан значај за сузбијање корупције, јер указује на потребу да се заштите запослени који своје право на изражавање мишљења остварују у својству запосленог – пријавиоца корупције. Наведеном конвенцијом у оквиру заштите запослених, прописано је да „свака страна уговорница треба да обезбиједи у домаћем праву одговарајућу заштиту од било које неоправдане санкције против запослених, који имају основаног разлога да сумњају у корупцију и који, у доброј вери, своју сумњу пријаве одговорним лицима или органима“.⁷

3. Кривичноправна конвенција о корупцији Савјета Европе⁸ прописује обавезу сваке потписнице да би требало да усвоји такве мјере које могу бити неопходне да би се пружила одговарајућа заштита онима који пријаве коруптивна кривична дјела прописана у тој конвенцији или на неки други начин сарађују са истражним органима или органима гоњења, као и заштиту свједоцима који свједоче у вези са тим кривичним дјелима.

4. Европска конвенција о људским правима и основним слободама у контексту борбе против корупције такође има одређени значај. С обзиром на мјесто у хијерархији правних аката које јој је уставотворац у Босни и Херцеговини дао, битно је напоменути да је том конвенцијом прописано да „свако има право на слободу изражавања.

⁵ Члан 33 Конвенције Уједињених нација против корупције *Convention against Corruption* („Службени гласник БиХ“ – Међународни уговори, бр. 05/2006). Конвенција је ступила на снагу 14.12.2005. године, а у односу на БиХ ступила је на снагу 26.10.2006. године.

⁶ Грађанскоправна конвенција о корупцији (*Civil Law Convention on Corruption, Strasbourg*), од 4.11.1999. године, ступила је на снагу 1.11.2003. године. У Босни и Херцеговини Конвенција је ступила на снагу 1.11.2003. године („Службени гласник БиХ“, бр. 36/2001).

⁷ Члан 9 Грађанскоправне конвенције о корупцији регулише заштиту запослених.

⁸ Члан 22 Кривичноправне конвенције о корупцији, од 27. јануара 1999. године (ступила на снагу 1.7.2002. године). У Босни и Херцеговини Конвенција је ступила на снагу 1.7.2002. године, („Службени гласник БиХ“, бр. 36/2001).

Ово право укључује слободу мишљења и слободу примања и преношења информација и идеја, без мијешања јавне власти и без обзира на границе.“ Право на слободу изражавања се тако најтешње повезује са Уставом гарантованим правом на слободу мисли и опредјељења, савјести и увјерења, јавног изражавања мишљења, као и правом на рад и правом запосленог на изражавање мишљења на мјестима рада и ван послодавца, односно „правом на узбуњивање“.

Са аспекта сузбијања и борбе против корупције, у Савјету Европе донесени су Резолуција Парламентарне скупштине Савјета Европе 1729/2010 о заштити звиждача и Препорука Савјета Европе о заштити звиждача.

5. Резолуцијом о заштити звиждача 1729/2010⁹, усвојеном од Парламентарне скупштине Савјета Европе, указано је на значај оглашавања забринутих појединаца ради заустављања понашања која излажу или би могла да изложе друге људе опасностима – као прилику за јачање одговорности и интензивирање борбе против корупције и лошег управљања, како у јавном, тако и у приватном сектору. Према поменутој резолуцији, пријављивање неправилности одувијек је захтијевало храброст и одлучност, да је пријавиоцима као минимум потребно изборити да се њихова упозорења прихвате без опасности за властиту егзистенцију и егзистенцију њихових породица, те да примјерено законодавство мора могућим пријавиоцима првенствено осигурати сигурну замјену за ћутање, а не само створити лажни осјећај сигурности.

6. Препоруком Савјета Европе о заштити звиждача¹⁰ у дијелу у којем се разматра значај звиждача (узбуњивача, лица која пријављују корупцију) наглашено је да је њихово иступање саставни дио права на слободу изражавања и да је њихова улога веома битна у борби против корупције. Дакле, у многим међународним инструментима и препорукама звиждачи или пријавиоци корупције издвајају се као једно од најефикаснијих механизма у превенцији и борби против корупције.

У синтези посматрано, корупцијом се, директно или индиректно, често угрожавају основна људска права и слободе, као што су: права и слободе по основу рада, забрана дискриминације, достојанство и слободан развој личности, неповредивост физичког и психичког интегри-

⁹ Резолуција 1729 (2010) Парламентарне скупштине Савјета Европе – Заштита узбуњивача (Resolution 1729 (2010) – on the Protection of „whistle-blowers“), доступно на: <https://www.coe.int> > ... > Parliamentary Assembly Adopted Texts.

¹⁰ Препорука Савјета Европе из 2014. године о заштити звиждача (Recommendation 1916 (2010) - Protection of „whistle-blowers“), доступно на: <https://www.coe.int> > ... > Parliamentary Assembly Adopted Texts.

тета, слобода савјести и увјерења и слобода мишљења и изражавања. Запосленим лицима – пријавиоцима корупције потребна је посебна заштита због тога што су потенцијално изложенији дискриминацији, односно могу бити стављени у неповољнији положај у погледу низа права из радног односа, попут изложености мобингу, повреди права личности (приватности), отказу уговора о раду, па и угрожавању безбједности (посебно у случају указивања на корупцију). Уз то, неопходна је посебна заштита да би се запослени подстакли на борбу против корупције, на заштиту јавног интереса, који је примаран у односу на приватни интерес (добит) послодавца.

7. На нивоу Босне и Херцеговине, поред Закона о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине, постоји значајан законодавни оквир, који се односи или доводи у везу са превенцијом и заштитом од корупције.¹¹ У Републици Српској, као једном од ентитета Босне и Херцеговине и у Брчко дистрикту Босне и Херцеговине, такође постоји изграђен нормативни оквир који представља пред услов за ефикасно спречавање и сузбијање корупције. Наведени оквир посебно је учвршћен доношењем Закона о заштити лица која пријављују корупцију¹² и у Републици Српској и у Брчко дистрикту.¹³

¹¹ Поред Закона о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 100/13), значајно је поменути сљедеће законе: Закон о агенцији за превенцију корупције и координацију борбе против корупције („Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 103/09 и 58/13), Кривични закон Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине”, 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), Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13), Закон о сукобу интереса у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 16/02, 14/03,12/04, 63/08,18/12, 87/13, 41/16), Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини („Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13).

¹² Поред Закона о заштити лица која пријављују корупцију („Службени гласник Републике Српске“, бр. 62/17), поменутим законским оквиром обухваћени су сљедећи значајни закони: Кривични закон Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 49/03, 70/06, 73/10), Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/12), Закон о сукобу интереса у органима власти Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 73/08), Закон о слободи приступа информацијама („Службени гласник Републике Српске“, бр. 20/01). Поред наведеног, и на нивоу Босне и Херцеговине и на нивоу Републике Српске усвојене су Стратегије за борбу против корупције и донесени акциони планови за провођење стратегије за борбу против корупције. Стратегија за борбу против корупције 2015–2019. и Акциони план за провођење стратегије за борбу против корупције 2015–2019. Доступно на: https://www.parlament.ba/sadrzaj/ostali_akti/strategije. Стратегија борбе против корупције у Републици Српској 2013–2017. године („Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/13).

¹³ Закон о заштити лица која пријављују корупцију („Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, бр. 25/18).

2. Значајни закони за заштиту запослених лица која пријављују корупцију

Босна и Херцеговина је земља са највишим процентом незапосленог радноактивног становништва у Европи, јер се процјењује да је готово четвртина радноактивног становништва незапослена. Проблем корупције, који пријети да прерасте у тзв. „друштвену врједност“, посебно је изражен у области рада (приликом заснивања, трајања и престанка радног односа). Корупција у области рада, као и пристанак појединаца на различите коруптивне активности током самог процеса рада, најчешће је проузрокована високом стопом незапослености. Висока незапосленост чест је узрок за многе форме кршења радног законодавства, а посебно непријављивање кршења радних права од стране самих радника због страха од губитка посла. Међутим, проблеми корупције у области рада знатно су шири од самог кршења радних права.

Првобитно, на нивоу Босне и Херцеговине корупција је уређена Законом о агенцији за превенцију корупције и координацију борбе против корупције. Према наведеном закону, корупција је свака злоупотреба моћи повјерене јавном службенику или лицу на политичком положају на државном, ентитетском, кантоналном нивоу, те нивоу Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, градском или општинском нивоу, која може довести до приватне користи. Корупција посебно може укључивати директно или индиректно захтијевање, нуђење, давање или прихватање мита или неке друге недопуштене предности или њену могућност, којима се нарушава одговарајуће обављање било какве дужности или понашања очекиваних од примаоца мита.

Наочиглед, суштински сличну, али обухватнију дефиницију корупције садржи Закон о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине. Према том закону, корупција је „свака злоупотреба моћи повјерене државном службенику, запосленику, савјетнику, изабраном или именованом званичнику која може довести до приватне користи тог лица, домаћег или страног физичког или правног лица. Корупција посебно може укључивати директно или индиректно захтијевање, нуђење, давање или прихватање мита или неке друге недопуштене предности или њену могућност, чиме се нарушава одговарајуће обављање било какве дужности или понашање очекивано од примаоца мита. Корупција је и повреда закона, другог прописа, као и неправилности у раду и преваре које указују на постојање корупције“ (чл. 2). Наве-

дени закон даје ширу дефиницију корупције тако да се заштита, која обухвата ограничени круг лица (запослених у државним институцијама и њиховим основаним правним лицима), односи и на различите појаве и облике корупције, јер обухвата и „повреду закона, другог прописа, као и неправилности у раду и преваре које указују на постојање корупције“.

У Републици Српској, Законом о заштити лица која пријављују корупцију корупција је дефинисана као „свако чињење или нечињење, злоупотребом службених овлашћења или службеног положаја у приватне сврхе, ради стицања противправне имовинске или било које друге користи за себе или другог, коју предузима одговорно лице или лице које је радно ангажовано у јавном или приватном сектору“ (чл. 12).¹⁴ Наведеном дефиницијом корупција се фактички ограничава на критеријум злоупотребе службених овлашћења или службеног положаја у приватне сврхе.

У Брчко дистрикту Босне и Херцеговине, Законом о заштити лица која пријављују корупцију,¹⁵ корупција је одређена на исти начин као што је то учињено Законом о агенцији за превенцију корупције и координацију борбе против корупције, као „свака злоупотреба моћи повјерена државном службенику, запосленику, савјетнику, изабраном или именованом лицу у законодавној, извршној или судској власти у дистрикту, укључујући јавна предузећа, установе и друга правна лица које је основао дистрикт, и послодавцу и раднику, која може довести до приватне користи тог лица, или било којег другог физичког или правног лица. Према закону, корупција посебно може укључивати директно или индиректно захтијевање, нуђење, давање или прихватање мита или неке друге недопуштене предности или њену могућност, чиме се нарушава одговарајуће обављање било какве дужности или понашање очекивано од примаоца мита“ (чл. 2).

За разлику од нивоа Босне и Херцеговине, Републике Српске и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, у Федерацији Босне и Херцеговине не постоји посебан закон, којим се предвиђа заштита лица која пријављују корупцију.

Корупција која се у области рада може јавити приликом запошљавања, током трајања радног односа и приликом отпуштања радника, између осталог, крши основно људско право – право на рад. Она, с једне стране, онемогућава остваривање права на запослење и права на

¹⁴ Закон о заштити лица која пријављују корупцију („Службени гласник Републике Српске“, бр. 62/17).

¹⁵ Закон о заштити лица која пријављују корупцију („Службени гласник Брчко дистрикта“, бр. 25/18).

равноправан приступ слободним радним мјестима, а с друге стране ограничава права запослених на достојанствен рад и право на напредовање на основу успостављених критеријума.

Корупција подстиче дискриминацију, негативно утиче на свакодневни живот грађана, спречава остваривање основних људских права и доводи до још већег продубљивања социјалних разлика. Приликом запошљавања корупција има много веће последице него што је то на први поглед видљиво, јер најчешће у пракси доводи до запошљавања радника који нису квалификовани за посао који треба да обављају, што даље утиче на ефикасност и продуктивност свих запослених, самог привредног друштва и на крају цјелокупне привреде. Поред наведеног, она подстиче и шири незадовољство и неповјерење у радној организацији, доприноси стварању осјећаја немоћи и друштвене искључености међу појединцима који нису или не желе да буду извршиоци коруптивних радњи. Корупција приликом запошљавања присутна је како у јавном, тако и у приватном сектору, а обично је праћена непотизмом и дискриминацијом.

У Босни и Херцеговини је Законом о заштити лица које пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине и Законом о заштити лица која пријављују корупцију у Републици Српској и Брчко дистрикту Босне и Херцеговине, несумњиво дат допринос и обезбијеђена заштита права (запослених) лица од било којег облика угрожавања или повреде права која би могла бити у вези са пријавом корупције, те развој и учвршћивање осјећаја друштвене одговорности сваког лица да пријави било који облик корупције. Иако је доношењем наведених закона направљен корак од изузетне важности за потпуније остварење владавине права, потребна је цјеловита критичка анализа да ли су наведени закони довољни за борбу против корупције и да ли запослени радник, који се стави у позицију лица које пријављује корупцију, ужива правну заштиту, гарантовану тим законским прописима.

2.1. Закон о заштити лица које пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине

Законом о заштити лица које пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине уређује се статус лица која пријављују корупцију у институцијама и правним лицима која оснивају институције Босне и Херцеговине, поступак пријављивања, обавезе институција у вези са пријављивањем корупције, поступак заштите лица која пријављују корупцију, те прописују санкције за повреде одредаба закона.

Према наведеном закону, узбуњивач¹⁶ је лице које је запослено у институцијама Босне и Херцеговине и правним лицима која оснивају институције Босне и Херцеговине, које због оправдане сумње или околности на постојање корупције у било којој институцији Босне и Херцеговине у доброј вјери поднесе пријаву одговорним лицима или институцијама у складу са законом.

Дакле, у улози узбуњивача који подноси пријаву против корупције, може да се јави само појединац запослен у институцијама Босне и Херцеговине, а не друго лице, при чему је важно да пријава буде поднесена у доброј вјери, која је законом одређена као „став узбуњивача који се заснива на чињеницама и околностима о којима он има властита сазнања и које сматра истинитим”. Овај закон пружа заштиту у случају пријављивања информација и материјалних доказа надлежном ауторитету због сумње или околности на постојање корупције, али и прописује да ће се злоупотреба права пријављивања сматрати тешком повредом радне дужности.

Законом је предвиђена могућност интерног и екстерног пријављивања, као и посебан облик заштићеног пријављивања.

Лице запослено у институцијама Босне и Херцеговине подноси интерну пријаву на начин уређен интерним актом институције. Пријава се подноси надређеном или другом лицу у институцији, односно лицу или руководиоцу институције који је одговоран за законит рад институције или лицу или органу који обавља послове надзора или ревизије у институцијама Босне и Херцеговине.

Изузетно, пријава се може поднијети непосредно руководиоцу институције у случају да руководилац институције није донио интерни акт, или поступак интерног пријављивања није познат, односно ако у просторијама и на интернет страници институције није јасно и на видном мјесту истакнуто обавјештење о надлежној служби, тијелу или лицу за пријем и разматрање пријаве или узбуњивач има разлога да вјерује да се овлашћено лице којем се према интерном акту подноси пријава директно или индиректно доводи у везу с коруптивном радњом.

Екстерно пријављивање подразумеива подношење пријаве органу надлежном за провођење кривичне истраге и гоњење починилаца кри-

¹⁶ У компаративном праву се, поред термина „узбуњивач“ користе и други термини за лице које пријављује корупцију, као што су: инсајдер, дувач у пиштаљку, звиждач (*whistle-blower*). Термин „звиждач“ прихваћен је у Закону о заштити лица која пријављују корупцији у Брчко дистрикту, док се у Републици Српској користи термин „пријавилац корупције“.

вичних дјела или Агенцији за превенцију корупције и координацију борбе против корупције и јавности.

Подношење интерне пријаве је правило, а екстерне изузетак, с обзиром на то да је законом прописано да се екстерно пријављивање врши у случају да поступак по интерном пријављивању траје дуже од 15 дана или узбуњивач сматра да је интерни поступак по пријави био неправилан или има разлога да вјерује да се овлашћено лице којем се подноси пријава директно или индиректно доводи у везу с коруптивном радњом.

Закон штити узбуњивача (запосленог у институцијама Босне и Херцеговине) од штетне радње која је дефинисана као радња којом „послодавац наноси штету запосленом доношењем рјешења о престанку радног односа, отказом уговора о раду, суспензијом с радног мјеста, постављањем на ниже радно мјесто, проглашавањем прекобројним, покретањем дисциплинског поступка, уцјењивањем или давањем негативне оцјене, стварањем непријатељског радног окружења, изостанком пословног ангажмана, а све како би запосленог одвратио од заштићеног пријављивања или која представља чин одмазде против запосленог који је пријавио сумњу на корупцију.” У случају да узбуњивач обавијести Агенцију за превенцију корупције и координацију борбе против корупције да је према њему предузета нека од штетних радњи, Агенција је дужна затражити од институције релевантну документацију, затражити од Управне инспекције Министарства правде Босне и Херцеговине да испита наводе и утврди чињенице, те предузме законом предвиђене мјере.

Статус узбуњивача запосленом у институцијама Босне и Херцеговине додјељује Агенција за превенцију корупције и координацију борбе против корупције у року од 30 дана од дана обраћања Агенцији, без обзира на то јесу ли штетне мјере наступиле или се само сумња да би до њих могло доћи, о чему обавјештава узбуњивача. Уколико се тај захтјев одобри, Агенција може да изда налог послодавцу да престане са осветом, или да врати запосленог на позицију на којој је био уколико је отпуштен или деградиран на нижу позицију. Закон предвиђа новчане казне како за одговорно лице које не поступи у складу са законом и не поступи према инструкцији Агенције, односно не проведе наложену корективну мјеру, тако и у случају да не донесе интерне акте у складу са законом.

2.2. Закон о заштити лица која пријављују корупцију у Брчко дистрикту Босне и Херцеговине

Законом о заштити лица која пријављују корупцију¹⁷ у Брчко дистрикту уређени су: статус лица која пријављују корупцију у органима јавне управе и институцијама, јавним предузећима, јавним установама, фондовима и другим правним лицима које је основао Брчко дистрикт Босне и Херцеговине, правним лицима и самосталним предузетницима, поступак пријављивања, обавезе органа јавне управе, институција и других правних лица које је основао дистрикт, правних лица и предузетника у вези с пријављивањем корупције, поступак заштите лица која пријављују корупцију, као и санкције за повреду наведеног закона.

За разлику од Закона о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине, према коме у улози узбуњивача може да се јави само појединац запослен у институцијама Босне и Херцеговине, Закон о заштити лица која пријављују корупцију у Брчко дистрикту шири круг лица која могу поднијети пријаву, тако да се у улози звиждача, поред лица запослених у органима јавне управе, институцијама, јавним предузећима, установама, правним лицима и код предузетника, може наћи свако друго пунољетно лице без обзира на радноправни статус, које због оправдане сумње или околности на постојање корупције у доброј вјери поднесе пријаву одговорним лицима или институцијама у складу са законом.

Заштићено пријављивање може бити интерно и екстерно. Код интерног пријављивања пријава се подноси надлежном лицу, односно органу одређеном законом.¹⁸ Пријављивање се врши на начин уређен интерним актом органа, који мора бити видно истакнут у њиховим просторијама и на интернет страници.

¹⁷ Закон о заштити лица која пријављују корупцију („Службени гласник Брчко дистрикта“, бр. 25/18).

¹⁸ У складу са чланом 5 Закона о заштити лица која пријављују корупцију у Брчко дистрикту, пријава се подноси:

а) надређеном или другом лицу органа јавне управе и институције, јавног предузећа, установе и другог правног лица које је основао Дистрикт, правног лица и предузетника у којој је лице које подноси пријаву запослено, а које је по овлашћењима одговорно за законит рад лица против којег се подноси пријава;

б) лицу или руководиоцу органа јавне управе и институције, јавног предузећа, установе и другог правног лица које је основао Дистрикт, правног лица и предузетника који је одговоран за законит рад лица против којег се подноси пријава;

ц) лицу или органу који обавља послове надзора или ревизије у органу јавне управе и институцији, јавном предузећу, у станова и другом правном лицу које је основао Дистрикт, правним лицима и предузетницима.

Екстерним пријављивањем сматра се пријављивање: органу надлежном за провођење кривичне истраге и гоњења починилаца кривичних дјела, Уреду и јавности, у складу са законом. Интерно пријављивање би требало да претходи екстерном пријављивању, што произлази из законске норме којом је прописано да се екстерно пријављивање врши у случају да: а) поступак по интерном пријављивању траје дуже од 15 дана; б) звиждач сматра да је интерни поступак по пријави био неправилан; в) звиждач има разлога да вјерује да се овлашћено лице којем се према интерном акту подноси интерна пријава директно или индиректно доводи у везу с корупцијском радњом.

Изузетно, звиждач може извршити екстерно пријављивање, уколико постоји непосредна опасност од предузимања штетних радњи или се пријављује неправилност од ширег друштвеног значаја. Уред ће на основу пријаве поднесене у доброј вјери додијелити статус звиждача лицу које је поднијело пријаву, у року од 30 дана од дана обраћања, без обзира на то да ли су штетне радње наступиле или се само сумња да би се оне могле десити. Ако звиждач обавијести Уред да је према њему предузета штетна радња, Уред је дужан затражити од надлежног органа релевантну документацију у року од 15 дана. Ако се на основу наведене документације утврди да је према звиждачу предузета нека од штетних радњи, која је у вези с подношењем пријаве, Уред доноси инструкцију руководиоцу, са циљем отклањања штетне посљедице нанесене звиждачу. Руководилац је дужан извршити корективну мјеру у року од три дана од дана заступања инструкције, с циљем отклањања учињене штетне радње. Корективна мјера мора бити укидање штетне радње и враћање у претходно стање.

У случају да се у току поступка који води Уред докаже да звиждач приликом подношења пријаве није поступао у доброј вјери, Уред ће обуставити пружање заштите звиждачу доношењем одлуке о обустави пружања заштите. Ако се током испитивања открије да звиждач није поступао у доброј вјери, односно да је свјесно поднио лажну пријаву, Уред ће, ако утврди да ова радња садржи елементе кривичног дјела, поднијети кривичну пријаву против тог лица. Осим тога, законом је прописана новчана казна за прекршај лица које свјесно лажно пријави корупцију.

Непоступање одговорног лица према инструкцији Уреда и, с тим у вези, неизвршавање наложене корективне мјере, као и недоношење интерног акта од стране одговорног лица, законом су одређени као прекршаји, за које је прописана санкција новчана казна.

С обзиром на вријеме када је донесен, ефекти примјене овог закона тек се очекују. Органи, институције и правна лица на које се односи примјена овог закона дужни су, у року од 90 дана од дана ступања на снагу закона, донијети интерне акте у складу са законом, док је сама примјена закона везана за рок од 90 дана од дана оснивања Уреда за превенцију корупције и координацију активности на сузбијању корупције.

2.3. Закон о заштити лица која пријављују корупцију у Републици Српској

Са циљем сузбијања корупције и обезбјеђења ефикасног механизма заштите права лица која у доброј намјери пријављују корупцију од било којег облика угрожавања или повреде права која би могла бити у вези са пријавом корупције, у Републици Српској донесен је Закон о заштити лица која пријављују корупцију.¹⁹

Тим законом обезбијеђена је заштита права лица која пријављују корупцију у јавном или приватном сектору, чија повреда или угроженост је узрочно-посљедично у вези са пријавом корупције. Пријавилац корупције је законом заштићен и не смије имати штетне посљедице због пријаве корупције и у случају да се утврди да наводи пријаве учињени у доброј намјери нису тачни.

Пријава корупције, која може бити интерна или екстерна, јесте писмено или усмено обавјештење које садржи податке о чињењу или нечињењу одговорног лица или лица које је радно ангажовано, злоупотребом службених овлашћења или службеног положаја у приватне сврхе у циљу стицања противправне имовинске или било које друге користи за себе или другога.

Интерном пријавом пријавилац обавјештава одговорно лице о чињеницама на основу којих сумња да је покушана или извршена корупција на раду или у вези са радом код субјекта којим одговорно лице руководи. Екстерном пријавом пријавилац обавјештава органе унутрашњих послова, тужилаштво или организације цивилног друштва које се баве заштитом људских права и борбом против корупције о чињеницама на основу којих сумња да је покушана или извршена корупција.

Пријава обавезно мора да садржи: опис чињења или нечињења које представља корупцију, чињенице и околности на основу којих

¹⁹ Закон о заштити лица која пријављују корупцију („Службени гласник Републике Српске“, бр. 62/17).

пријавилац сумња да је покушана или извршена корупција и податке о пријавиоцу.

Уколико пријавилац у моменту подношења пријаве има информације о лицу за које постоји сумња да је извршило корупцију, пријава треба да садржи и те податке. Ако посједује материјалне доказе из којих произлази сумња да је покушана или извршена корупција, пријавилац уз пријаву треба да достави те доказе.

Подношењем пријаве пријавилац корупције ризикује да сноси или буде изложен штетним посљедицама. Те посљедице прописане су законом, а са радноправног аспекта, у смислу подношења пријаве за корупцију од стране запослених најзначајније су: 1) мобинг, узнемиравање или пријетње пријавиоцу од одговорног лица или других лица која су радно ангажована код истог послодавца, 2) стварање лоших међуљудских односа у радном окружењу или услова у којима је пријавилац у неравноправном положају у односу на друга радно ангажована лица код истог послодавца, као чин одмазде због пријаве коју је поднио, 3) довођење пријавиоца у незаконит, неповољан, неравноправан или неправичан положај у вези са остваривањем његових права која се, између осталог, могу односити на: радно ангажовање, и то: учешће и успјех на јавним конкурсима за запошљавање, друге облике заснивања радног односа, стицање својства приправника или волонтера, рад ван радног односа, оспособљавање или стручно усавршавање, напредовање или оцјењивање на послу, стицање или губитак звања, дисциплинске мјере и казне, услове рада, престанак радног ангажовања, плату и друге накнаде по основу рада, исплату јубиларне награде или отпремнине, распоређивање или премјештај на друго радно мјесто или мјесто рада и друга права у вези са радом, у складу са законом.

Пријава корупције ужива заштиту ако је учињена у доброј вјери, односно ако садржи чињенице на основу којих пријавилац сумња да је покушана или извршена корупција, о којима он има властита сазнања и које сматра истинитим и уколико је штетна посљедица у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или пријавом корупције, пријавилац остварује права прописана законом. То су прије свега право на интерну и екстерну заштиту, право на бесплатну правну помоћ, право на обезбјеђење и заштиту анонимности и заштиту личних података код одговорног лица и надлежних органа којима пријављује корупцију, право на обавјештење о активностима и мјерама предузетим по пријави, право на обавјештење о исходу поступка по пријави и право на накнаду штете по правилима о одговорности за накнаду штете.

3. Поступци заштите запослених лица која пријављују корупцију Републици Српској

У радном законодавству Републике Српске прописани су сви видови заштите права радника, интерни, судски и алтернативни. Као једна од обавеза послодавца, Законом о раду прописана је обавеза да раднику обезбједи услове рада и организује рад ради безбједности и заштите живота и здравља на раду, у складу са законом и другим прописима. С обзиром на бројне штетне посљедице које може имати запослени радник – пријавилац корупције, почев од мобинга, узнемиравања или пријетњи, стварања лоших међуљудских односа у радном окружењу или услова у којима је пријавилац у неравноправном положају у односу на друга радно ангажована лица код истог послодавца, као чин одмазде због пријаве за корупцију коју је поднио, неспорно је да оне негативно утичу на безбједност и заштиту живота и здравља на раду запосленог радника, који се налази у улози пријавиоца корупције.

С обзиром на то да је Закон о заштити лица која пријављују корупцију *lex specialis* у односу на Закон о раду и да поступак екстерне заштите покреће лице које трпи наведене штетне посљедице, подношењем тужбе надлежном суду у року од 30 дана од дана сазнања за штетну посљедицу, а најкасније у року од годину дана од дана настанка штетне посљедице, важно је нагласити да запослени радник – пријавилац корупције заштиту од штетних посљедица у погледу рокова остварује на начин прописан одредбама Закона о заштити лица која пријављују корупцију, а не Закона о раду као општег закона, који прописује знатно краће рокове за заштиту права запослених.²⁰

У складу са одредбама Закона о заштити лица која пријављују корупцију, ако пријавилац поднесе пријаву за корупцију у доброј намјери

²⁰ Према одредбама Закона о раду, радник који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа може остварити заштиту права из радног односа подношењем захтјева за заштиту права послодавцу, подношењем приједлога за мирно рјешавање радног спора надлежном органу или подношењем тужбе надлежном суду за заштиту тог права. Независно од поступка за заштиту права који је покренуо код послодавца или других надлежних органа, радник се може обратити инспектору рада ради заштите права у роковима прописаним законом. Интерна заштита права радника остварује се захтјевом за заштиту права радника. За разлику од земаља у окружењу, интерна заштита није процесна претпоставка за покретање судског (радног) спора. У случају повреде права радника, законом је загарантована судска заштита, која се остварује кроз парнични поступак. Радник који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа може да поднесе тужбу надлежном суду за заштиту тог права, најкасније у року од шест мјесеци од дана сазнања за повреду права или од дана учињене повреде. Тужбу за заштиту права радник може да поднесе уколико претходно предмет спора није ријешен у поступку мирног рјешавања спора код надлежног органа.

и ако је штетна посљедица у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или пријавом корупције, остварује право на интерну и екстерну заштиту, право на бесплатну правну помоћ, право на обезбјеђење и заштиту анонимности и заштиту личних података код одговорног лица и надлежних органа којима пријављује корупцију, право на обавјештење о активностима и мјерама предузетим по пријави, право на обавјештење о исходу поступка по пријави и право на накнаду штете по правилима о одговорности за накнаду штете.

3.1. Поступак интерне заштите код одговорног лица

Законом о заштити лица која пријављују корупцију таксативно су прописане обавезе одговорног лица, а то су: 1) да омогући подношење пријаве на видном мјесту доступном сваком радно ангажованом лицу и грађанима, са јасном назнаком „за пријаву корупције“, 2) да прими пријаву корупције, 3) да врати пријаву подносиоцу са позивом на допуну уколико утврди да пријава не садржи све елементе прописане законом, 4) да без одгађања обезбиједи заштиту личних података и анонимност пријавиоца, 5) да поступи по пријави, односно почне да ради на откривању, спречавању, сузбијању и кажњавању штетног чињења или нечињења које је означено као корупција, у року од седам дана од дана пријема пријаве, 6) да без одгађања предузме мјере и активности којима ће се: а) отклонити акт, чињење или нечињење које је утврђено као штетна посљедица којом је угрожено или повријеђено право пријавиоца корупције, б) обезбиједити заштита и остваривање права пријавиоца корупције, 7) да предузме мјере за утврђивање дисциплинске и материјалне одговорности лица које је извршило корупцију, 8) да обавијести пријавиоца о мјерама и активностима предузетим по поднесеној пријави у року од 15 дана од дана подношења захтјева за достављање обавјештења, 9) да достави пријавиоцу одлуку или обавјештење о исходу поступка у року од осам дана од дана окончања поступка по пријави, 10) да пријаву без одгађања прослиједи надлежном органу уколико сумња да пријављено чињење или нечињење има обиљежја кривичног дјела, 11) да доставља законом прописане извјештаје Министарству правде.

Обавеза је одговорног лица које руководи са 15 или више радно ангажованих лица да доноси Упутство о поступању са пријавом корупције и обезбјеђењу заштите лица која пријављују корупцију, којим се регулишу начин поступања са пријавом корупције, те начин остваривања права

пријавиоца корупције и обавеза одговорног лица, а нарочито обезбјеђење и заштита анонимности пријавиоца.

Одговорно лице чини прекршај, ако одбије да прими пријаву корупције, не поступи благовремено по пријави корупције, не обезбједи заштиту личних података и анонимност пријавиоца, не предузме мјере за обезбјеђење заштите права пријавиоца корупције, у оквиру својих овлашћења, не предузме мјере за утврђивање дисциплинске и материјалне одговорности лица које је извршило корупцију, не обавијести благовремено подносиоца пријаве о исходу поднесене пријаве и не донесе Упутство о поступању са пријавом корупције и обезбјеђењу заштите лица која пријављују корупцију.²¹

Пријавилац корупције који због поднесене пријаве за корупцију трпи штетне посљедице код одговорног лица, као што су мобинг, узнемиравање, пријетње пријавиоцу од одговорног лица или других лица која су радно ангажована код истог послодавца, лоши међуљудски односи у радном окружењу, довођење у неравноправан положај пријавиоца корупције у односу на друга радно ангажована лица код истог послодавца, као чин одмазде због пријаве коју је поднио, као и довођење пријавиоца у незаконит, неповољан, неравноправан или неправичан положај у вези са остваривањем његових права која се односе на радно ангажовање, има право да покрене поступак интерне заштите.

Поступак интерне заштите покреће се захтјевом који се подноси одговорном лицу у року од 30 дана од дана сазнања за штетну посљедицу, а најкасније у року од годину дана од дана настанка штетне посљедице. Одговорно лице обавезно је да одлучи о захтјеву у року од 30 дана од дана његовог подношења.

3.2. Поступак екстерне заштите

Поступак екстерне заштите покреће лице које трпи штетне посљедице подношењем тужбе надлежном суду. Тужба се подноси у року од 30 дана од дана сазнања за штетну посљедицу, а најкасније у року од годину дана од дана настанка штетне посљедице. Тужбом за заштиту права у вези са корупцијом или пријавом корупције пријавилац захтијева утврђење да је у вези са корупцијом или пријавом корупције дошло до угрожавања или повреде његових права или да је стављен у неповољнији положај, односно да је настала нека од штетних посљедица

²¹ За наведене прекршаје изричу се новчане казне од 5.000 КМ до 15.000 КМ.

као што су: мобинг, узнемиравање или пријетње пријавиоцу од одговорног лица или других лица која су радно ангажована код истог послодавца, стварање лоших међуљудских односа у радном окружењу или услова у којима је пријавилац у неравноправном положају у односу на друга радно ангажована лица код истог послодавца због пријаве коју је поднио, довођење пријавиоца у незаконит, неповољан, неравноправан или неправичан положај у вези са остваривањем његових права. Законом је прописано да пријавилац у тужби или пријави поставља један или више сљедећих захтјева: 1. да суд поништи конкретан акт, забрани вршење или понављање радње или наложи предузимање других конкретних мјера и радњи ради уклањања штетне посљедице, укључујући и успостављање пријашњег стања, 2. накнаду материјалне и нематеријалне штете од туженог, 3. објављивање пресуде донесене у том поступку у средствима јавног информисања, на терет туженог.

Пријавилац може захтијевати екстерну заштиту и ако претходно није тражио интерну заштиту. Тужба није допуштена уколико је у току поступак интерне заштите. Уколико пријавилац није задовољан одлуком или обавјештењем које је донијело одговорно лице у поступку интерне заштите или уколико одговорно лице не доносе одлуку или обавјештење у законом прописаном року, пријавилац може тражити судску заштиту у даљем року од 30 дана од дана примања те одлуке или обавјештења, односно од дана истека тог рока. Тужилац је ослобођен од плаћања судске таксе и трошкова поступка, осим у случају губитка спора. У поступку судске заштите права лица која пријављују корупцију и права других лица, који се проводи по начелу хитности, мјесно је надлежан основни суд према мјесту настанка штетне посљедице или према мјесту пребивалишта, односно боравишта тужиоца. Против првостепене одлуке суда допуштена је жалба, која се може поднијети у року од 15 дана од дана достављања одлуке суда. Против другостепене одлуке суда увијек је допуштена ревизија.

Међутим, значајно је подсјетити да је један од услова за остваривање права пријавиоца корупције чињеница да је пријава извршена у доброј намјери. Прецизније речено, то је нешто што се „поставља” као претходно питање, односно нешто што се мора претходно утврдити како би подносилац пријаве уживао права прописана законом. Иако је законом дефинисано шта то представља пријаву у доброј намјери, управо је то једно од кључних питања које може доћи до изражаја у ситуацији када је пријава корупције заиста извршена у доброј намјери, а током поступања

по пријави од стране надлежног органа утврди се да пријава није извршена у доброј намјери. У том случају пријавилац корупције остаје лишен свих права гарантованим наведеним законом и зависно од одређених околности може бити тужен за накнаду штете, клевету итд. Према Закону о заштити лица која пријављују корупцију, пријавилац корупције не смије имати штетне посљедице уколико се утврди да наводи пријаве учињени у доброј намјери нису тачни.

У поступку екстерне заштите одговорно лице чини прекршај ако не поступи у складу са рјешењем о изрицању мјере обезбјеђења и не предузме мјере за уклањање штетне посљедице утврђене пресудом суда којим је тужбени захтјев усвојен.²²

Поред поступака заштите који су обрађени у овом раду, а кроз које се остварује право пријавиоца корупције на интерну и екстерну заштиту, важно је направити осврт и на друга поменута права пријавиоца, и то: право на бесплатну правну помоћ, право на обезбјеђење и заштиту анонимности и заштиту личних података код одговорног лица и надлежних органа којима пријављује корупцију, право на обавјештење о активно-стима и мјерама предузетим по пријави, право на обавјештење о исходу поступка по пријави и право на накнаду штете по правилима о одговорности за накнаду штете.

3.3. Право на бесплатну правну помоћ

Законом о заштити лица која пријављују корупцију прописано је право пријавиоца корупције на бесплатну правну помоћ органа надлежног за пружање те помоћи. Међутим, остваривање наведеног права у пуном обиму упитно је из више разлога.

Прво, Законом о бесплатној правној помоћи²³ као надлежни орган за пружање правне помоћи одређен је Центар за пружање бесплатне правне помоћи, чије се овлашћење састоји у обавези пружања бесплатне правне помоћи корисницима, у обиму и облицима предвиђеним законом. Као облици остваривања правне помоћи законом су прописане радње и поступци којима се кориснику правне помоћи омогућава заштита права на правично суђење и једнак приступ правди. Такође, Законом о бесплатној правној помоћи прописано је да је корисник правне помоћи свако физичко лице које испуњава законом прописане услове за бесплат-

²² За наведене прекршаје изричу се новчане казне од 5.000 КМ до 15.000 КМ.

²³ Закон о бесплатној правној помоћи („Службени гласник Републике Српске“, бр. 120/08 и 89/13).

ну правну помоћ.²⁴ Статус корисника правне помоћи физичко лице стице под условом да кумулативно испуњава а) финансијски критеријум, б) критеријум очигледне основаности и в) критеријум обавезности по другим законима и међународним конвенцијама.

Друго, шта ако је пријавилац корупције лице које не испуњава услове за додјелу статуса корисника правне помоћи прописане Законом о бесплатној правној помоћи. Наведено питање једноставно би било ријешено примјеном правила да у случају сукоба правних норми, 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 се у конкретном случају ради о оба посебна закона, пријавилац корупције који не испуњава услове за додјелу статуса корисника правне помоћи прописане Законом о бесплатној правној помоћи не би могао остварити право на бесплатну правну помоћ које му је дато Законом о заштити лица која пријављују корупцију.

Треће, Законом о бесплатној правној помоћи одређено је да је корисник правне помоћи свако физичко лице којем је одобрена правна помоћ на основу наведеног закона, док је Законом о заштити лица која пријављују корупцију прописано да је пријавилац корупције физичко или правно лице које у доброј намјери пријави корупцију у јавном или приватном сектору. У овом случају, примјеном Закона о заштити лица која пријављују корупцију даје се могућност и правном лицу да оствари право на бесплатну правну помоћ у случају да, као пријавилац корупције, трпи штетне посљедице усљед незаконитог, неповољног, неравноправног или неправичног положаја у вези са остваривањем његових права која се могу односити на јавне набавке, спорт, науку или културу, док то према одредбама Закона о бесплатној правној помоћи није могуће остварити, јер поменути закон као корисника правне помоћи одређује само физичко лице.

Имајући у виду изнесено, видљиво је да Законом о заштити лица која пријављују корупцију није одређено да ће се у случају неусаглашености других закона са тим законом у поступцима по том закону, примјењивати његове одредбе, што би такође представљало један од на-

²⁴ У складу са законом право на правну помоћ имају: а) држављани Републике Српске и грађани Републике Српске и друга физичка лица која се налазе на територији Републике Српске, а која се идентификују као угрожене категорије и б) физичка лица која се налазе на територији Републике Српске, под међународном заштитом у складу са међународним стандардом, а нарочито избјеглице, лица под привременим прихватам, жртве трговине људима, а која нису у стању да измирују трошкове правне помоћи.

чина за превазилажење колизије наведених норми. Са циљем разрјешења наведених правних питања и ситуација које могу настати у практичној примјени овог закона, најбоље рјешење представљало би доношење измјена и допуна Закона о заштити лица која пријављују корупцију у дијелу који се односи на право пријавиоца корупције на бесплатну правну помоћ, у смислу да право на бесплатну правну помоћ имају само физичка лица, пријавиоци корупције, у складу са одредбама Закона о бесплатној правној помоћи.

3.4. Право на обезбјеђење и заштиту анонимности и заштиту личних података код одговорног лица

Пријавилац корупције има право на обезбјеђење и заштиту анонимности и заштиту личних података код одговорног лица. Уколико је пријава корупције извршена у доброј намјери и уколико је штетна посљедица у узрочно-посљедичној вези са корупцијом или пријавом корупције, пријавилац корупције право на обезбјеђење и заштиту анонимности и заштиту личних података остварује код одговорног лица у складу са одредбама Закона о заштити личних података и интерног Правилника о заштити личних података послодавца – одговорног лица, којима је регулисана заштита личних података, осим у случају да пријавилац изричито дозволи откривање података о свом идентитету. Поред наведених аката, одговорно лице које руководи са 15 или више радно ангажованих лица дужно је да доноси Упутство о поступању са пријавом корупције и обезбјеђењу заштите лица која пријављују корупцију, којим се такође може прецизирати начин остварења наведеног права, с обзиром на то да је одговорно лице дужно да без одгађања обезбиједи заштиту личних података и анонимност пријавиоца. Тим актом утврђује се начин поступања са пријавом корупције, те начин остваривања права пријавиоца корупције и обавеза одговорног лица, а посебно обезбјеђење и заштита анонимности пријавиоца.

3.5. Право на обавјештење о активностима, мјерама и исходу поступка по пријави

Одговорно лице дужно је по закону да у року од седам дана од дана пријема пријаве поступи по пријави и предузме активности на откривању, спречавању, сузбијању и кажњавању штетног чињења или

нечињења које је означено као корупција. С тим у вези, пријавилац корупције има право да од стране одговорног лица буде обавијештен о мјерама и активностима предузетим по поднесеној пријави у року од 15 дана од дана подношења захтјева за достављање обавјештења. Ако одговорно лице не доноси одлуку или обавјештење у року од 30 дана од дана подношења захтјева, пријавилац може тражити судску заштиту у даљем року од 30 дана од дана примања те одлуке или обавјештења, односно од дана истека тог рока.

3.6. Право на на накнаду штете по правилима о одговорности за накнаду штете

Захтјев за накнаду штете у облику материјалне, односно нематеријалне штете, која је проузрокована повредом права на једнако поступање, пријавилац корупције може истаћи тужбом за заштиту права у вези са корупцијом или пријавом корупције, којом тражи да се утврди да је у вези са корупцијом или пријавом корупције дошло до угрожавања или повреде његових права или да је стављен у неповољнији положај, односно да је настала нека од штетних посљедица одређених Законом о заштити лица која пријављују корупцију.

Законом о облигационим односима²⁵ одређено је да „ко другоме проузрокује штету, дужан ју је надокнадити, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице“, при чему се као облици штете у закону наводе обична штета, измакла добит и нематеријална штета (чл. 154). Довођење пријавиоца у незаконит, неповољан, неравноправан или неправичан положај у вези са остваривањем његових права, као једна од штетних посљедица прописаних законом може за посљедицу имати обичну штету или измаклу корист, чија се накнада остварује у складу са одредбама Закона о облигационим односима.

У односу на неке од штетних посљедица прописаних законом, као што су мобинг, узнемиравање или пријетње пријавиоцу од одговорног лица или других лица која су радно ангажована код истог послодавца, јасно произлази да се њиховим вршењем проузрокује повреда угледа, части, људског достојанства и интегритета, које представљају нематеријалне вриједности за које је Законом о облигационим односима предвиђена накнада нематеријалне штете за претрпљене душевне болове.

²⁵ Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и 31/93 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04).

Законом о облигационим односима (чл. 200) одређени су услови који треба да буду испуњени да би се новчана накнада за овај вид штете могла досудити (трпљење душевних болова, околности конкретног случаја). Ако оштећени не трпи душевне болове због повреде права личности или уколико су ти болови незнатни, новчана накнада се не може досудити, јер би то било неспојиво са природом накнаде и њеном друштвеном сврхом. Да би се досудила новчана накнада нематеријалне штете због повреде права личности, потребно је да оштећено лице због повреде моралних и духовних вриједности трпи душевне болове јачег интензитета и дужег трајања, при чему се јачина и трпљење тих болова морају процјењивати по објективном критеријуму.²⁶

4. Умјесто закључка

У Босни и Херцеговини у посљедње вријеме учињен је велики напредак у правном регулисању борбе против корупције, тако да сада постоји значајан законодавни оквир који се односи или доводи у везу са превенцијом и заштитом од корупције.

Крајем 2013. године на нивоу Босне и Херцеговине донесен је Закон о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине, а односи се на запослене у институцијама Босне и Херцеговине и правна лица која оснивају ове институције. У Републици Српској и Брчко дистрикту Босне и Херцеговине такође постоји изграђен нормативни оквир, као предуслов за ефикасно сузбијање корупције. Наведени оквир посебно је учвршћен доношењем Закона о заштити лица која пријављују корупцију, чији се ефекти примјене очекују.

Такође, и у области кривичног законодавства учињени су значајни помаци прописивањем нових кривичних дјела која се могу довести у везу са корупцијом.

Суштински, сви поменути закони захтијевају да пријава корупције мора бити поднесена у доброј намјери или доброј вјери, чиме се онемогућава заштита пријавиоца који не поступају у таквој намјери. Поред разлике у дефинисању корупције, основне разлике између наведених најзначајнијих антикорупцијских прописа у Босни и Херцеговини су у одређењу круга лица који се могу појавити у улози пријавиоца корупције и моделима правне заштите коју обезбјеђују.

²⁶ М. Рмуш, „Новчана накнада нематеријалне штете“, *Проузроковање штете и њена накнада*, PERIMEX, Будва, 1998, стр. 56.

За разлику од Закона о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине, према коме у улози узбуњивача може да се јави само појединац запослен у институцијама Босне и Херцеговине, Закон о заштити лица која пријављују корупцију у Брчко дистрикту шири круг лица која могу поднијети пријаву, тако да се у улози звиждача, поред лица запослених у органима јавне управе, институцијама, јавним предузећима, установама, правним лицима и код предузетника, може наћи свако друго пунољетно лице без обзира на радноправни статус, које због оправдане сумње или околности на постојање корупције у доброј вјери поднесе пријаву одговорним лицима или институцијама у складу са законом. Слично рјешење је и у Републици Српској, гдје према Закону о заштити лица која пријављују корупцију пријавилац корупције може бити свако физичко или правно лице које у доброј намјери пријави корупцију у јавном или приватном сектору.

У погледу начина заштите сва три закона предвиђају могућност подношења интерне и екстерне пријаве. За разлику од поступка по интерној пријави, који је суштински сличан, одређене разлике постоје код поступања по екстерној пријави. С тим у вези, код екстерног пријављивања према одредбама Закона о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине и Закона о заштити лица која пријављују корупцију у Брчко дистрикту, постоји могућност пријављивања органу надлежном за провођење кривичне истраге и гоњење починилаца кривичних дјела, надлежном тијелу за превенцију корупције, као и пријављивање јавности. Закон о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине екстерну заштиту пружа путем специјализованог тијела, односно Агенције за превенцију корупције и координацију борбе против корупције, која има могућност да додијели статус узбуњивача на захтјев пријавиоца, али и да инструкцијом отклони посљедице штетних радњи. Административни метод заштите на државном нивоу подразумијева и могућност да управни инспектор, који је такође надлежан за надзор над провођењем закона, изда прекршајни налог руководиоцу институције ако не поступи према инструкцији Агенције. У Брчко дистрикту Уред на основу пријаве поднесене у доброј вјери додјељује статус звиждача лицу које је поднијело пријаву, у року од 30 дана од дана обраћања без обзира на то да ли су штетне радње наступиле или се само сумња да би се оне могле десити.

За разлику од наведених закона, у погледу екстерне заштите у Републици Српској закон упућује пријавиоце на заштиту путем надлеж-

ног суда, подношењем тужбеног захтјева на начин и у роковима прописаним законом, при чему пријавилац може поднијети суду приједлог за изрицање мјера обезбјеђења права прије покретања поступка екстерне заштите права или у току тог поступка.

Када је у питању заштита и борба против корупције, и поред критика у овом раду, истакнутих са циљем побољшања постојеће легислативе, које се односе на проширење круга лица која могу пријавити корупцију у институцијама Босне и Херцеговине, начин утврђивања да ли је пријава поднесена у доброј вјери или намјери, те могућност остварења права на бесплатну правну помоћ, према одредбама закона у Републици Српској, може се истаћи да у највећем дијелу Босне и Херцеговине постоји добар законодавни оквир за борбу против корупције. Адекватна легислатива, која углавном постоји, ефикасан рад јавних служби, грађани ослобођени од страха да пријаве корупцију, те одговорно и у складу са законским оквирима, благовремено поступање судова по поднесеној тужби, као и тужилаштва у по поднесеним кривичним пријавама, претпоставке су да ће се у скорој будућности направити заокрет по питању смањења случајева корупције у нашем друштву.

Само на тај начин корупција као друштвена појава неће више имати тенденцију да прерасте у друштвени обичај и латентно правило понашања, које би постало (опште) прихваћен, универзални образац понашања у многим сферама друштвеног живота.

Литература

Конвенција Уједињених нација против корупције. *Convention against Corruption* („Службени гласник БиХ“ – Међународни уговори, бр. 05/2006).

Грађанскоправна конвенција о корупцији (*Civil Law Convention on Corruption*), („Службени гласник БиХ“, бр. 36/2001).

Кривичноправна конвенција о корупцији („Службени гласник БиХ“, бр. 36/2001).

Резолуција 1729 (2010) Парламентарне скупштина Савјета Европе – Заштита узбуњивача (Resolution 1729 (2010) – on the Protection of „whistle-blowers“), доступно на: <https://www.coe.int> › ... › Parliamentary Assembly Adopted Texts.

Препорука Савјета Европе из 2014. године о заштити звиждача (Recommendation 1916 (2010) – Protection of „whistle-blowers”), доступно на: <https://www.coe.int> › ... › Parliamentary Assembly Adopted Texts.

Закон о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 100/13).

Закон о агенцији за превенцију корупције и координацију борбе против корупције („Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 103/09 и 58/13).

Кривични закон Босне и Херцеговине („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).

Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13).

Закон о сукобу интереса у институцијама Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 16/02, 14/03, 12/04, 63/08, 18/12, 87/13, 41/16).

Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини („Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13).

Закон о заштити лица која пријављују корупцију („Службени гласник Републике Српске“, бр. 62/17).

Кривични законик Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 64/17).

Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/12).

Закон о сукобу интереса у органима власти Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 73/08).

Закон о слободи приступа информацијама („Службени гласник Републике Српске“, бр. 20/01).

Стратегија за борбу против корупције 2015–2019. и Акциони план за провођење стратегије за борбу против корупције 2015–2019, доступно на: https://www.parlament.ba/sadrzaj/ostali_akti/strategije.

Стратегија борбе против корупције у Републици Српској 2013–2017. године („Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/13).

Закон о заштити лица која пријављују корупцију („Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, бр. 25/18).

Закон о бесплатној правној помоћи („Службени гласник Републике Српске“, бр. 120/08 и 89/13).

Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и 31/93 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04).

М. Рмуш, „Новчана накнада нематеријалне штете“, *Проузроковање штете и њена накнада*, PERIMEX, Будва, 1998.

PROTECTION OF EMPLOYEES THAT REPORT CORRUPTION

Aleksandra Vuković PhD*

Abstract

In this work author is, based on the protection of the employed personnel that reports corruption, discussing protection of the employees that report corruption, mandates of the authorities or responsible person (employer) in procedure of protection, damaging consequences for the person that reports it regarding their work engagement, as well as the rights of the corruption reporter. Having a goal to suppress corruption as global and negative social occurrence that causes substantial consequences in society and securing the mechanism for protection of rights to persons that report corruption in good will, in Bosnia and Herzegovina a Law on protection of persons who report corruption in Bosnia and Herzegovina institutions is adopted, and for in

* Docent of the University for business engineering and management Banja Luka, Study center Trebinje

Republic of Srpska and Brcko District The Law on protection of persons that report corruption. These laws provide protection of person's rights from any type of endangerment or breach of rights that may be related to corruption report, also development and consolidation of social responsibility feeling for any person to report any form of corruption. Law provides system of protection for persons who report corruption at Bosnia and Herzegovina level and Brcko District level as providing status of whistleblower, and in Republic of Srpska there is a system of internal protection at responsible person who manages the subject who's duties are related to attempt or execution of corruption, or where it came to breach or endangerment of the reporters rights and also a system of external protection trough Court actions.

From point of view of anti discriminatory legislations these laws gave contribution to recognition of damaging consequences which person reporting corruption may suffer to his/hers integrity and workplace status such as mobbing, disturbing or threatening to reporter by responsible person or other subjects employed at the same employer and also other damaging consequences related to different relations in society, as are performing work and work engagement and other numerous areas which are estimated by the legislator as most susceptible to corruption risks.

Key words: *corruption, protection of workplace status of the corruption reporter, mandates of the responsible person, damaging consequences, protection procedures.*

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 категорично у сљедеће врсте: оригинални научни рад, прегледни научни чланак, кратко или претходно саопштење, научна критика, информативни прилог, приказ књиге.

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;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив адресу установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), (преведено и на енглески језик на крају рада) излагање суштине рада и закључак (до једне странице).

Извори (литература) се наводе у фуснотама, списак кориштене литературе на крају рада;

- 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
Немања Штакић
Драгиша Благић

Штампа:
ППГД „Комесграфика“ д.о.о. Бања Лука

За штампарију:
Звонко Савић, дипломирани правник

Тираж:
400 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.