



УНИВЕРЗИТЕТ У БАЊОЈ ЛУЦИ

UNIVERSITY OF BANJA LUKA

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

FACULTY OF LAW



ISSN 3029-3529 (Online) ISSN 2831-1310 (Print)

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП

„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”

ЗБОРНИК РАДОВА

Година IV, број 4 (2024) - Том I

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

“CHALLENGES AND PERSPECTIVES
OF THE DEVELOPMENT OF LEGAL
SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”

CONFERENCE PROCEEDINGS

Year IV, No. 4 (2024) - Vol. I

Бања Лука, Banja Luka
2024.

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП
„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”

ЗБОРНИК РАДОВА

MEĐUNARODNI NAUČNI SKUP
„IZAZOVI I PERSPEKTIVE RAZVOJA
PRAVNIH SISTEMA U XXI VIJEKU”

ZBORNİK RADOVA

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
“CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT
OF LEGAL SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”

CONFERENCE PROCEEDINGS



ПОСЕБНУ ЗАХВАЛНОСТ ИСКАЗУЈЕМО ПРЕДСЈЕДНИКУ РЕПУБЛИКЕ
СРПСКЕ, ГОСПОДИНУ МИЛОРАДУ ДОДИКУ ЗА ФИНАНСИЈСКУ ПОДРШКУ У
ОРГАНИЗАЦИЈИ IV МЕЂУНАРОДНОГ НАУЧНОГ СКУПА „ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ
РАЗВОЈА ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ“, КАО И МИНИСТАРСТВУ ЗА
НАУЧНОТЕХНОЛОШКИ РАЗВОЈ И ВИСОКО ОБРАЗОВАЊЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ.

СУОРГАНИЗАТОР / CO-ORGANIZER



INTERNATIONAL CHAIR IN BIOETHICS

ПАРТНЕРИ КОНФЕРЕНЦИЈЕ :
PARTNERI KONFERENCije :
CONFERENCE PARTNERS :





УНИВЕРЗИТЕТ У БАЊОЈ ЛУЦИ
UNIVERSITY OF BANJA LUKA
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
FACULTY OF LAW



ISSN 3029-3529 (Online) ISSN 2831-1310 (Print)

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП
„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”
ЗБОРНИК РАДОВА
Година IV, број 4 (2024)
Том I

MEĐUNARODNI NAUČNI SKUP
„IZAZOVI I PERSPEKTIVE RAZVOJA
PRAVNIH SISTEMA U XXI VIJEKU”
ZBORNİK RADOVA
Godina IV, broj 4 (2024)
Tom I

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
“CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT
OF LEGAL SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”
CONFERENCE PROCEEDINGS
Year IV, No. 4 (2024)
Vol. I

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП
**„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”**
ЗБОРНИК РАДОВА

ИЗДАВАЧ:

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци
Булевар војводе Степе Степановића 77, Бања Лука
телефон: +387 (51) 339-002
е пошта: info@pf.unibl.org
веб: <https://pf.unibl.org/>

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Проф. др Жељко Мирјанић

УРЕДНИЦИ:

Проф. др Игор Милинковић

Доц. др Бојан Влашки

Доц. др Стојана Петровић

ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК:

Санда Гверо, ма

ЛЕКТУРА:

Проф. Драгана Брковић

Проф. Мирјана Гаћановић Борић

ШТАМПА:

Графид д.о.о. Бања Лука

ЗА ШТАМПАРИЈУ:

Бранислав Иванковић

Тираж: 100

НАУЧНИ ОДБОР:

Проф. др Жељко Мирјанић, Универзитет у Бањој Луци
Проф. др Руи Нуњеш, Универзитет у Порту
Проф. др Игор Милинковић, Универзитет у Бањој Луци
Проф. др Бојан Милисављевић, Универзитет у Београду
Проф. др Војин Ракић, Центар за биоетичке студије
Др Марта Сјеничић, Институт друштвених наука у Београду
Проф. др Франческо Палермо, Институт за упоредни федерализам
Проф. др Јенс Воелк, Универзитет у Тренту
Проф. др Владимир Ђурић, Институт за упоредно право у Београду
Проф. др Матеја Ђуровић, Кингс Колеџ Лондон
Проф. др Снежана Пантовић, Универзитет Црне Горе
Проф. др Ивана Туцак, Универзитет у Осиеку
Проф. др Ајелет Блецер-Пригат, Колеџ у Ход Хашарону
Проф. др Катаржина Миасковска Даскијевиц, Универзитет у Лублину
Проф. др Јоле Фарњоли, Универзитет у Берну
Проф. др Малина Новкиришка, Универзитет у Софији
Проф. др Јанез Крањц, Универзитет у Љубљани
Проф. др Дијана Зрнић, Универзитет у Бањој Луци
Проф. др Нина Кршљанин, Универзитет у Београду
Проф. др Анатолијс Кривинш, Универзитет Даугавпилс
Доц. др Бојан Влашки, Универзитет у Бањој Луци
Доц. др Анка Кекез Коштро, Универзитет у Загребу
Доц. др Маја Сахацић, Универзитет у Утрехту

ОРГАНИЗАЦИОНИ ОДБОР:

Проф. др Жељко Мирјанић, декан
Проф. др Зоран Васиљевић, продекан за наставу
Доц. др Бојан Влашки, продекан за научно-истраживачки рад
Проф. др Игор Милинковић
Проф. др Милијана Буха
Проф. др Мирјана Мишкић
Доц. др Стојана Петровић
Санда Гверо, ма
Игор Поповић, ма
Драган Миличић
Сузана Бабић

СЕКРЕТАРИЈАТ:

Дејан Пилиповић, ма
Роберт Шврака, ма
Босиљка Чубриловић Стаменић, ма
Милица Костовски, ма
Марко Ромић, ма
Игор Мирјанић, ма

MEĐUNARODNI NAUČNI SKUP
**„IZAZOVI I PERSPEKTIVE RAZVOJA
PRAVNIH SISTEMA U XXI VIJEKU”**
ZBORNİK RADOVA

IZDAVAČ:

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci
Bulevar vojvode Stepe Stepanovića 77, Banja Luka
telefon: +387 (51) 339-002
e poшта: info@pf.unibl.org
veb: <https://pf.unibl.org/>

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK:

Prof. dr Željko Mirjanić

UREDNICI:

Prof. dr Igor Milinković

Doc. dr Bojan Vlaški

Doc. dr Stojana Petrović

TEHNICKI UREDNIK:

Sanda Gvero, ma

LEKTURA:

Prof. Dragana Brković

Prof. Mirjana Gaćanović Borić

ŠTAMPA:

Grafid d.o.o. Banja Luka

ZA ŠTAMPARIJU:

Branislav Ivanković

Tiraž: 100

NAUČNI ODBOR:

Prof. dr Željko Mirjanić, Univerzitet u Banjoj Luci
Prof. dr Rui Nunješ, Univerzitet u Portu
Prof. dr Igor Milinković, Univerzitet u Banjoj Luci
Prof. dr Bojan Milisavljević, Univerzitet u Beogradu
Prof. dr Vojin Rakić, Centar za bioetičke studije
Dr Marta Sjeničić, Institut društvenih nauka u Beogradu
Prof. dr Frančesko Palermo, Institut za uporedni federalizam
Prof. dr Jens Voelk, Univerzitet u Trentu
Prof. dr Vladimir Đurić, Institut za uporedno pravo u Beogradu
Prof. dr Mateja Đurović, Kings Koledž London
Prof. dr Snežana Pantović, Univerzitet Crne Gore
Prof. dr Ivana Tucak, Univerzitet u Osijeku
Prof. dr Ajelet Blecer-Prigat, Koledž u Hod Hašaronu
Prof. dr Kataržina Miaskovska Daskievic, Univerzitet u Lublinu
Prof. dr Jole Farnjoli, Univerzitet u Bernu
Prof. dr Malina Novkiriška, Univerzitet u Sofiji
Prof. dr Janez Kranjc, Univerzitet u Ljubljani
Prof. dr Dijana Zrnić, Univerzitet u Banjoj Luci
Prof. dr Nina Kršljanin, Univerzitet u Beogradu
Prof. dr Anatolijs Krivinš, Daugavpils Univerzitet,
Doc. dr Bojan Vlaški, Univerzitet u Banjoj Luci
Doc. dr Anka Kekez Koštro, Univerzitet u Zagrebu
Doc. dr Maja Sahadžić, Univerzitet u Utrehtu

ORGANIZACIONI ODBOR:

Prof. dr Željko Mirjanić, dekan
Prof. dr Zoran Vasiljević, prodekan za nastavu
Doc. dr Bojan Vlaški, prodekan za naučno-istraživački rad
Prof. dr Igor Milinković
Prof. dr Milijana Buha
Prof. dr Mirjana Miškić
Doc. dr Stojana Petrović
Sanda Gvero, ma
Igor Popović, ma
Dragan Miličić
Suzana Babić

SEKRETARIJAT:

Dejan Pilipović, ma
Robert Švraka, ma
Bosiljka Čubrilović Stameniće, ma
Milica Kostovski, ma
Marko Romić, ma
Igor Mirjanić, ma

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
**“CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT
OF LEGAL SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”**
CONFERENCE PROCEEDINGS

PUBLISHER:

Faculty of Law, University of Banja Luka
Bulevar vojvode Stepe Stepanovića 77, Banja Luka
phone: +387(51)339-002
email: info@pf.unibl.org
web: <https://pf.unibl.org/>

EDITOR IN CHIEF:

Prof. Željko Mirjanić, PhD

EDITORS:

Prof. Igor Milinković, PhD
Asst. Prof. Bojan Vlaški, PhD
Asst. Prof. Stojana Petrović, PhD

TECHNICAL EDITOR:

Sanda Gvero, MA

PROOFREADING:

Prof. Dragana Brković
Prof. Mirjana Gaćanović Borić

PRINT:

Grafid d.o.o. Banja Luka

FOR PRINT:

Branislav Ivanković

Edition: 100

SCIENTIFIC COMMITTEE:

Prof. Željko Mirjanić, PhD, University of Banja Luka
Prof. Rui Nunes, PhD, University of Porto
Prof. Igor Milinković, PhD, University of Banja Luka
Prof. Bojan Milisavljević, PhD, University of Belgrade
Prof. Vojin Rakić, PhD, Center for Bioethical Studies
Marta Sjeničić, PhD, Institute of Social Sciences in Belgrade
Prof. Francesco Palermo, PhD, Institute for Comparative Federalism
Prof. Jens Woelk, PhD, University of Trento
Prof. Vladimir Đurić, PhD, Institute for Comparative Law in Belgrade
Prof. Mateja Đurović, PhD, King's College London
Prof. Snežana Pantović, PhD, University of Montenegro
Prof. Ivana Tucak, PhD, University of Osijek
Prof. Ayelet Blecher-Prigat, PhD, College of Law and Science in Hod Hasharon
Prof. Katarzyna Miaskowska-Daszkiewicz, PhD, University of Lublin
Prof. Iole Fagnoli, PhD, University of Bern
Prof. Janez Kranjc, PhD, University of Ljubljana
Prof. Malina Novkirishka, PhD, University of Sofia
Assoc. Prof. Dijana Zrnić, PhD, University of Banja Luka
Assoc. Prof. Nina Kršljanin, PhD, University of Belgrade
Assoc. Prof. Anatolijs Krivins, Daugavpils University
Asst. Prof. Bojan Vlaški, PhD, University of Banja Luka
Asst. Prof. Anka Kekez Koštro, PhD, University of Zagreb
Asst. Prof. Maja Sahadžić, PhD, University of Utrecht

ORGANIZING COMMITTEE:

Prof. Željko Mirjanić, PhD, Dean
Prof. Zoran Vasiljević, PhD, Vice dean for teaching
Asst. Prof. Bojan Vlaški, PhD, Vice dean for scientific research
Prof. Igor Milinković, PhD
Assoc. Prof. Milijana Buha, PhD
Assoc. Prof. Mirjana Miškić, PhD
Asst. Prof. Stojana Petrović, PhD
Sanda Gvero, MA
Igor Popović, MA
Dragan Miličić
Suzana Babić

SECRETARIAT:

Dejan Pilipović, MA
Robert Švraka, MA
Bosiljka Čubrilović Stamenić, MA
Milica Kostovski, MA
Marko Romić, MA
Igor Mirjanić, MA

УРЕДНИЧКИ УВОДНИК

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци и Међународна катедра за биоетику, у партнерству са Правним факултетом Универзитета у Београду, Институтом за упоредно право из Београда, Центром за биоетичке студије из Београда и Удружењем правника за медицинско и здравствено право Србије, а под покровитељством Институције Председника Републике Српске и Министарства за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске и ове године, 17. маја организовао је за домаћу и међународну научну и стручну јавност значајан и већ традиционалан, четврти међународни научни скуп „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“.

Овако широко постављена тема скупа обухватила је презентовање истраживања учесника из већег броја ужих правних области, као што су: право и биоетика, право и дигитализација, правни аспекти заштите животне средине, право и здравље, актуелни међународно-правни односи, правни изазови процеса европских интеграција, реформа јавне управе, борба против корупције, право и финансије, право и тржишна привреда, право и миграције, социолошки аспекти развоја правних система, право и књижевност, и друге.

Значај скупа препознало је 112 учесника из 16 држава. Научне сесије паралелно су се одвијале уживо и електронски на даљину, те су и ове године домаћи учесници резултате својих истраживања размијенили са учесницима из сусједних држава (Србије, Хрватске, Црне Горе, Сјеверне Македоније) и држава иностранства (Италије, Пољске, Русије, Аустрије, Мађарске, Грузије, САД, Словачке, Бразила, Холандије и Португала).

Циљ организатора скупа био је стварање оптималне академске атмосфере за размјену и упоређивање резултата истраживања домаћих учесника са резултатима истраживања учесника из иностранства о темама које актуелне друштвене појаве рефлектују на скоро све области права.

Таква радна атмосфера изнедрила је Зборник радова који научној и стручној јавности нуди 55 реферата објављена у два тома, груписана по сродним гранама права. Поред чињенице да се на овогодишњем научном скупу сусрео велики број квалитетних домаћих и иностраних научних имена, Зборник радова резултат је напорног и несебичног рада чланова организационог одбора и секретаријата на његовом техничком уређивању, те њихове добре сарадње са домаћим и иностраним рецензентима чије су сугестије учиниле бољима пристигле реферате. Научни скуп је од ове године код ресорног министарства у Републици Српској категорисан и класификован као Међународни научни скуп прве категорије.

Главни и одговорни уредник Зборника
Уредници Зборника

Бања Лука, 20. децембар 2024. године

UREDNIČKI UVODNIK

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci i Međunarodna katedra za bioetiku, u partnerstvu sa Pravnim fakultetom Univerziteta u Beogradu, Institutom za uporedno pravo iz Beograda, Centrom za bioetičke studije iz Beograda i Udruženjem pravnika za medicinsko i zdravstveno pravo Srbije, a pod pokroviteljstvom Institucije Predsjednika Republike Srpske i Ministarstva za naučnotehnološki razvoj i visoko obrazovanje Republike Srpske i ove godine, 17. maja organizovao je za domaću i međunarodnu naučnu i stručnu javnost značajan i već tradicionalan, četvrti naučni skup „Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku“.

Ovakvo široko postavljena tema skupa obuhvatila je prezentovanje istraživanja učesnika iz većeg broja užih pravnih oblasti, kao što su: pravo i bioetika, pravo i digitalizacija, pravni aspekti zaštite životne sredine, pravo i zdravlje, aktuelni međunarodno-pravni odnosi, pravni izazovi procesa evropskih integracija, reforma javne uprave, borba protiv korupcije, pravo i finansije, pravo i tržišna privreda, pravo i migracije, sociološki aspekti razvoja pravnih sistema, pravo i književnost, i druge.

Značaj skupa prepoznalo je 112 učesnika iz 16 država. Naučne sesije paralelno su se odvijale uživo i elektronski na daljinu, te su i ove godine domaći i učesnici iz susjednih država (Republika Srbije, Hrvatske, Crne Gore, Sjeverne Makedonije) rezultate svojih istraživanja razmijenili sa učesnicima iz država inostranstva (Italije, Poljske, Rusije, Austrije, Mađarske, Gruzije, SAD, Slovačke, Brazila, Holandije i Portugala).

Cilj organizatora skupa bio je stvaranje optimalne akademske atmosfere za razmjenu i upoređivanje rezultata istraživanja domaćih učesnika sa rezultatima istraživanja učesnika iz inostranstva o temama koje aktuelne društvene pojave reflektuju na skoro sve oblasti prava.

Takva radna atmosfera iznjedrila je Zbornik radova, koji naučnoj i stručnoj javnosti nudi 55 referata objavljena u dva toma, grupisana po srodnim granama prava. Pored činjenice da se na ovogodišnjem naučnom skupu susreo veliki broj kvalitetnih domaćih i inostranih naučnih imena, Zbornik rada rezultat je napornog i nesebičnog rada članova organizacionog odbora i sekretarijata na njegovom tehničkom uređivanju, te njihove dobre saradnje sa domaćim i inostranim recenzentima čije su sugestije učinile boljima pristigle referate. Naučni skup je od ove godine kod resornog ministarstva u Republici Srpskoj klasifikovan i kategorisan kao Međunarodni naučni skup prve kategorije.

Glavni i odgovorni urednik Zbornika
Urednici Zbornika

Banja Luka, 20. decembar 2024. godine

EDITORIAL INTRODUCTION

The Faculty of Law of the University of Banja Luka and the International Department of Bioethics, in partnership with the Faculty of Law of the University of Belgrade, the Institute for Comparative Law from Belgrade, the Center for Bioethical Studies from Belgrade and the Association of Lawyers for Medical and Health Law of Serbia, under the auspices of the Institution of the President of the Republic of Srpska and the Ministry for Scientific and Technological Development and Higher Education of the Republic of Srpska organized, on May 17th this year, a significant and already traditional fourth scientific conference titled “Challenges and Perspectives of Legal System Development in the 21st Century” for the domestic and international scientific and professional public.

This broadly framed theme of the conference covered the presentation of research from participants in a number of specific legal fields, such as: law and bioethics, law and digitization, legal aspects of environmental protection, law and health, current international legal relations, legal challenges in the process of European integration, public administration reform, the fight against corruption, law and finance, law and market economy, law and migration, sociological aspects of the development of legal systems, law and literature, and others.

The importance of the meeting was recognized by 112 participants from 16 states. The scientific sessions were held both in-person and electronically, allowing domestic participants and those from neighboring countries (Republic of Serbia, Croatia, Montenegro, North Macedonia) to exchange research results with participants from foreign countries (Italy, Poland, Russia, Austria, Hungary, Georgia, USA, Slovakia, Brasil, Netherlands and Portugal).

The aim of the conference organizers was to create an optimal academic atmosphere for exchanging and comparing the research results of domestic participants with those of foreign participants on topics that reflect contemporary societal phenomena across almost all areas of law.

Such a working atmosphere resulted in the publication of the Proceedings, which offers the scientific and professional public 55 papers published in two volumes, grouped by related branches of law. In addition to the fact that a large number of high-quality domestic and international scientific figures participated in this year’s conference, the Proceedings is the result of the hard and selfless work of the members of the organizing committee and the secretariat in its technical editing, as well as their good cooperation with domestic and foreign reviewers, whose suggestions improved the submitted papers.

The Scientific Conference from this year has been categorised and classified by the relevant ministry of the Republic of Srpska as an International Scientific Conference of the First Category.

Editor-in-Chief of the Proceedings
Editors of the Proceedings

In Banja Luka, 20th of December 2024

Садржај / Contents / Sadržaj

УРЕДНИЧКИ УВОДНИК	11
UREDNIČKI UVODNIK	12
EDITORIAL INTRODUCTION	13
<i>Igor Milinković</i> ONE HEALTH APPROACH: LEGAL AND ETHICAL PERSPECTIVES.....	19
<i>Драгутин Аврамовић</i> МЕРЕЊЕ НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА DE IURE У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ НАКОН УСТАВНИХ ПРОМЕНА 2022. ГОДИНЕ.....	37
<i>Csaba Varga</i> HUMAN RIGHTS BETWEEN DREAMS AND REALITY	57
<i>Iván Halász</i> THE RELATIONSHIP BETWEEN THE OLD(INTERWAR) AND THE NEW (POST-TRANSITIONAL) CONSTITUTIONS IN CENTRAL EUROPE: CONTINUITY VERSUS DISCONTINUITY?	79
<i>Nora Bán-Forgács</i> <i>Kitti Mezei</i> <i>Iván Halász</i> ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE RIGHT OF THE CHILD	91
<i>Nora Ban-Forgacs</i> THE ROLE OF THE HUNGARIAN OMBUDSMAN IN HANDLING THE CORONAVIRUS CRISIS IN HUNGARY FROM 2020-2023.....	101
<i>Драгана Вилић</i> МОЋ ПРАВА У САВРЕМЕНОМ ДРУШТВУ – СОЦИОЛОШКИ АСПЕКТ	113
<i>Dijana Zrnić</i> “THE TROUBLE WITH GENDER” IN THE CONSTITUTION ACT OF THE REPUBLIC OF SRPSKA (BOSNIA AND HERZEGOVINA)	123
<i>Brano Hadži Stević</i> THE PROTECTION OF HEALTH-RELATED DATA IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW	145

Роберт Шврка

ДИСЦИПЛИНСКА ОДГОВОРНОСТ ТУЖИЛАЦА У ПРАВОСУДНОМ
СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ..... 161

Nevenko Vranješ

IZAZOVI REFORME OPŠTEG UPRAVNOG POSTUPKA U BOSNI I
HERCEGOVINI..... 173

Бојан Влашки

КООРДИНАЦИЈА ПРОЦЕСА ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА У БОСНИ И
ХЕРЦЕГОВИНИ – ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ 189

Admir Selesković

Edina Šehrić

Ervina Ibrahimović

UTICAJ PRAVNIH PRAVILA EVROPSKE UNIJE NA RJEŠAVANJE UPRAVNIH
STVARI U RAZUMNOM ROKU U BOSNI I HERCEGOVINI..... 211

Дражен Миљих

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНКЕ У ПОСЕБНИМ УПРАВНИМ ПОСТУПЦИМА
У ОБЛАСТИ УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА..... 225

Миле Дмичић

ИЗАЗОВИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ... 243

Милан Пилиповић

ПРОМУЛГАЦИЈА ЗАКОНА И СУСПЕНЗИВНИ ВЕТО ПРЕДСЈЕДНИКА
РЕПУБЛИКЕ У ДРЖАВАМА, БИВШИМ ЈУГОСЛОВЕНСКИМ
РЕПУБЛИКАМА..... 267

Милан Рапајић

Дејан Логарушић

О ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ У СРБИЈИ СА ОСВРТОМ НА ЛОКАЛНИ
ИЗБОРНИ СИСТЕМ..... 289

Mijodrag Radojević

Petar Matić

CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT OF DIRECT
DEMOCRACY IN COMPARATIVE LEGAL SYSTEMS – CASES OF GERMANY
AND UNITED STATES OF AMERICA 321

Nikola Perišić

IZMENE ZAKONA U VEZI SA IZBORNIM PROCESOM KAO POSLEDICA
DIJALOGA IZMEĐU RELEVANTNIH POLITIČKIH AKTERA I ORGANIZACIJA
CIVILNOG DRUŠTVA U PERIODU OD 2019. DO 2022. GODINE U REPUBLICI
SRBIJI..... 335

Данило Брајовић

АКТУЕЛНА СТАМБЕНА ПОЛИТИКА РЕПУБЛИКЕ АУСТРИЈЕ У СКЛОПУ
ШИРИХ АНТИ-КРИЗНИХ МЕРА 351

Владимир Микић

НОВИ УСТАВНИ ИНСТИТУТИ У ЕВРОПИ: ЗАПАЖАЊА О КОРИСНИМ И
НЕПОВОЉНИМ АСПЕКТИМА ШИРЕЊА УСТАВНЕ МАТЕРИЈЕ 361

Ана Пећо

Стефан Иветић

СУВЕРЕНИТЕТ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА
БОСНУ И ХЕРЦЕГОВИНУ 371

Marinko D. Učur

STVARANJE NOVOG ZAKONODAVSTVA O RADU PUTEM DIGITALNIH
RADNIH PLATFORMI 387

Helga Špadina

Marijana Ljubić

PRAVO NA DIGITALNU NEDOSTUPNOST RADNIKA 399

Ивана Грубешић

Радислав Лале

ПРАВО НА ПЕНЗИЈУ КАО СТЕЧЕНО ПРАВО 419

Санда Гверо

ОСТВАРИВАЊЕ РАВНОПРАВНОСТИ ПУТЕМ ПОСЕБНИХ МЈЕРА У
РАДНОМ ПРАВУ – ДОМАЋЕ И УПОРЕДНО ПРАВО 441

ONE HEALTH APPROACH: LEGAL AND ETHICAL PERSPECTIVES

Igor Milinković¹

Faculty of Law of the University of Banja Luka

Summary: *The One Health approach emphasizes the interconnectedness and interdependence between human, animal, and environmental health. It represents an integrated and unifying approach that aims to sustainably balance and optimize the health of people, animals, and ecosystems. This concept, introduced at the beginning of the 2000s, has gained prominence over the past decade, particularly following the outbreak of the COVID-19 pandemic.*

The relevance of the One Health approach is particularly evident in the prevention of zoonotic diseases—infectious diseases that are transmissible between vertebrates and humans. The COVID-19 pandemic, widely believed to have originated from zoonotic sources, has underscored the critical need for collaborative and interdisciplinary strategies in preventing and controlling such diseases. However, the application of the One Health approach in managing zoonotic diseases does not necessarily mean respecting the moral status of animals, and mutual benefit of such measures is not always evident (these measures are consistent with the anthropocentric approach and instrumental treatment of animals). Nevertheless, the One Health concept can be interpreted through a broader ethical lens, emphasizing the need to acknowledge and respect the intrinsic moral value of non-human animals and the environment. This paper deals with the place of the One Health approach within the framework of global health law and its integration into national strategies. Special attention will be paid to the application of the One Health concept in the draft of the Pandemic Treaty developed by WHO. The paper will also consider the possibility of incorporating the concept of One Health in the legal system of Bosnia and Herzegovina (its entities: the Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina).

Key words: *One Health, pandemics, zoonotic diseases, moral status, global health law, Pandemic Treaty, national strategies, Bosnia and Herzegovina*

¹ Full professor, Full Professor, Faculty of Law of the University of Banja Luka, igor.milinkovic@pf.unibl.org, ORCID iD:0000-0002-7804-3866

1. INTRODUCTION: HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE ONE HEALTH APPROACH

Emerging global challenges faced by humankind highlight the interdependence of human, animal, and environmental health, indicating that discipline-specific, local-level approaches are insufficient to address the growing complexity of contemporary health issues.² These challenges are particularly associated with global health crises caused by pandemics on a global scale. The COVID-19 pandemic “not only exposed the fragility of global preparedness and response to public health emergence, but also illustrated the fragmentation and gaps of research and development ecosystem”³

The One Health concept represents an integrated and unifying approach to health that aims to sustainably balance and optimize the health of humans, animals, and ecosystems.⁴ This holistic framework transcends anthropocentrism⁵, recognizing the intricate interconnections between the health of humans, domestic and wild animals, plants, and the broader environment, aiming to achieve optimal health outcomes for all these interconnected entities in alignment with the principles of sustainable development. The One Health approach is founded on several key principles, including interdisciplinary collaboration, systems thinking, and a strong commitment to sustainability.⁶

The One Health approach promotes multidisciplinary collaboration among physicians, veterinarians, environmental scientists, public health professionals, wildlife experts, as well specialists from other disciplines, such as medical ethics, bioethics, and law (given the importance of an appropriate legal framework for the effective implementation of the One Health concept). Through a multisectoral and transdisciplinary approach, it enhances the monitoring and control of public health threats, facilitating a deeper understanding of zoonotic diseases (those diseases or infections that can be reciprocally transmitted between vertebrates and humans), and advancing

2 Joana C. Prata, Ana Isabel Ribeiro, Teresa Rocha-Santos, “An Introduction to the Concept of One Health”. In *One Health Integrated Approach to 21st Century Challenges to Health*, eds. Joana C. Prata, Ana Isabel Ribeiro, Teresa Rocha-Santos (Elsevier, 2022), 1.

3 Chen, Jin, Jian He, and Robert Bergquist, “Challenges and response to pandemics as seen in a One Health perspective”. *Science in One Health* 1 (2022): 100010, 1.

4 In 2022, the One Health High-Level Expert Panel (OHHLEP), an expert group consisting of 24 experts from 26 countries which coordinate collaboration among the “Quadripartite” members—the World Health Organization (WHO), the World Organisation for Animal Health (WOAH), the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), and the United Nations Environment Programme (UNEP)—presented a definition of One Health which states: “One Health is an integrated, unifying approach that aims to sustainably balance and optimize the health of people, animals and ecosystems”. (Thomas C. Mettenleiter, et al., “The one health high-level expert panel (OHHLEP)”, *One Health Outlook* 5.1 (2023), 3). Available at: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1186/s42522-023-00085-2.pdf> (Accessed: 17.09.2024)

5 Prata, Ribeiro, Rocha-Santos, “An Introduction to the Concept of One Health”, 1. Anthropocentrism, as a traditionally dominant value theory, “confers intrinsic value on human beings and regards all other things, including other forms of life, as being only instrumentally valuable, i.e., valuable only to the extent that they are means or instruments which may serve human beings”. (Baird J. Callicott, “Non-Anthropocentric Value Theory and Environmental Ethics”, *American Philosophical Quarterly* 21(4) (1984), 299.

6 Abdifetah Mohamed, “The synergies between international health regulations and One Health in safeguarding global health security”, *Science in One Health* 3 (2024): 100078.

optimal health outcomes.⁷ The need for such a holistic strategy is becoming increasingly evident, as it is estimated that approximately 75% of emerging infectious diseases are of zoonotic origin.⁸

The One Health approach, first introduced in the early 2000s, has gained significant prominence over the past decade, particularly following the outbreak of the COVID-19 pandemic (which is widely believed to have originated from zoonotic sources)⁹. However, the concept of One Health has deeper historical roots, tracing back to the late nineteenth century, a period marked by pioneering advancements in microbiology led by Louis Pasteur and Robert Koch, while Rudolph Virchow and Sir William Osler were establishing the basis of modern medical education and practice.¹⁰ Virchow, a pivotal figure in human medicine and the founder of cellular pathology, and Osler, a leading authority in medical education in the late nineteenth and early twentieth centuries, both fostered collaborative relationships that linked human and veterinary medicine.¹¹ In developing the rabies vaccine, Louis Pasteur also bridged the gap between animal and human health, embodying the One Health approach. Beginning his rabies research in 1880, Pasteur aimed to prevent a disease ravaging Europe, building on his earlier work with a Fowl Cholera vaccine. By 1894, he showed that an attenuated virus, weakened through repeated passage in rabbits, could effectively protect dogs from rabies. Pasteur then advanced to post-exposure vaccination in humans, setting the stage for modern rabies prevention in both animals and humans.¹²

Robert Koch, a physician and bacteriologist, also adopted a holistic approach to infectious diseases, not distinguishing between those affecting humans and animals. His early experiences caring for livestock and his later work as a family physician, maintaining laboratory animals at his own expense, underscored his integrated perspective on disease. Although denied the opportunity to study under Rudolph Virchow, Koch made groundbreaking contributions to microbiology, establishing that microorganisms are the causative agents of numerous human and animal diseases. In 1873, Koch began his seminal work on anthrax, culminating in his demonstration that the bacterium *Bacillus anthracis* was responsible for the disease. He subsequently studied tuberculosis in both cattle and humans, providing definitive evidence linking specific bacteria to specific diseases. This shift in understanding represented a departure from earlier understanding of disease as a disharmony between a diseased person and his/her environment, as Koch and his contemporaries demonstrated through experiments that disease could be induced by introducing a single pathogenic microorganism.¹³ Koch extended his work to infectious diseases in the developing world, focusing on animal and human health. In Africa, he addressed epidemics of rinderpest in cattle by using convalescent serum for immunization. He also studied malaria in humans, advocating

7 Paul A.M: Overgaauw, Claudia M. Vinke, Marjan A.E. van Hagen & Len J.A. Lipman, "A one health perspective on the human-companion animal relationship with emphasis on zoonotic aspects", *International journal of environmental research and public health*, 17(11) (2020), 3789.

8 Carlotta Di Bari, et al., "The global burden of neglected zoonotic diseases: Current state of evidence", *One Health* (2023): 100595, 1-2.

9 Jessica Bell Rizzolo, Annah Lake Zhu, and Ruishan Chen, "Support for wildlife consumption bans and policies in China post-Covid-19", *Oryx* 57.6 (2023), 747.

10 Ronald M. Atlas, "One Health: Its Origins and Future". In *One Health: The Human-Animal-Environment Interfaces in Emerging Infectious Diseases The Concept and Examples of a One Health Approach*, eds. John S. Mackenzie, Martyn Jeggo, Peter Daszak, Juergen A. Richt (Berlin - Heidelberg: Springer - Verlag, 2013), 2.

11 Ibid.

12 Ibid., 2-3.

13 Rene Jules Dubos (1959) *Mirage of health: utopias, progress, and biological change*. Harper and Brothers, New York. Reprinted 1987. Rutgers University Press, New Brunswick, quoted in Ibid., 5.

for quinine prophylaxis and mosquito netting to prevent transmission. Koch's contributions to understanding disease cycles, such as those of trypanosomiasis, highlighted the role of vectors and non-human reservoirs. He and his team demonstrated the developmental stages of trypanosomes in tsetse flies and attempted to control the disease through environmental interventions, including clearing vegetation and managing wildlife populations. In his efforts to control the disease, Koch recognized the critical role of the environment and how specific environmental factors influence the health of both animals and humans., a perspective foundational to modern One Health approach.¹⁴

The concept of One Health originates from the concept of One Medicine, a term coined by Calvin Schwabe. Schwabe began his career in 1956 at the American University of Beirut, where he founded departments focused on tropical health, epidemiology, and biostatistics. Later, at the University of California Davis School of Veterinary Medicine, he established the first Department of Epidemiology and Preventive Medicine in a veterinary school, pioneering the application of human disease tracking techniques in the study of animal disease and earning recognition as the founder of veterinary epidemiology. Schwabe's views on One Medicine had their origins in his work with Sudanese Dinka pastoralists and reflected his interdisciplinary interests in zoonotic diseases, veterinary and human medicine interactions, public health, and the broader philosophy of science.¹⁵ The terminological shift from One Medicine to One Health occurred during the first decade of 21st century, reflecting an expanded understanding of health. While One Medicine primarily focused on collaboration between veterinarians and physicians, One Health recognizes humans and animals as integral parts of a larger, interconnected living ecosystem, where the actions of each component affect the others. Consequently, One Health adopts a holistic perspective, addressing health as an integrated whole that encompasses humans, animals, and the environment.¹⁶

Half a century after Calvin Schwabe introduced the concept of One Medicine, the Wildlife Conservation Society convened the "One World, One Health" symposium in September 2004. The symposium addressed the transmission of diseases among humans, domestic animals, and wildlife, focusing on case studies such as Ebola, Avian Influenza, and Chronic Wasting Disease. It concluded that overcoming barriers between agencies, disciplines, and sectors is essential to harnessing the innovation and expertise needed to address the complex health challenges affecting humans, animals, and ecosystems. A key outcome of the symposium was the formulation of the *Manhattan Principles*, a set of 12 recommendations advocating for a holistic approach to preventing epidemic and epizootic diseases while maintaining ecosystem integrity. Central to these principles is the recognition of the interconnectedness of human, domestic animal, and wildlife health and the critical threat diseases pose to public health, food security, economies, and biodiversity. Key among these recommendations was the need to recognize the essential link between human, domestic animal and wildlife health, as well as the significant threat that diseases pose to people, food security, economies, and the biodiversity necessary to sustain healthy environments and functional ecosystems.¹⁷

In response to significant global changes since 2004, including accelerating climate change and biodiversity loss, the "One Planet, One Health, One Future" conference was convened on 25

¹⁴ Ibid., 4-5.

¹⁵ Ibid., 6.

¹⁶ Bruce Kaplan, Cheryl Scott, "Who coined the term one medicine?", *One Health Newsletter*, vol 4, Fall 2011, quoted in Atlas, "One Health: Its Origins and Future", 6.

¹⁷ Atlas, "One Health: Its Origins and Future", 8.

October 2019, by the Climate and Environmental Foreign Policy Division of the German Federal Foreign Office and the Wildlife Conservation Society (WCS). The conference, attended by nearly 200 participants from 47 countries representing governments, academia, policy, and civil society, aimed to unite the One Health community with proponents of related frameworks such as EcoHealth and Planetary Health to foster collaboration. Ahead of the conference, a group of 12 interdisciplinary experts—including specialists in policy, sociology, philosophy, economics, ecology, meteorology, and human and veterinary medicine—developed a Call to Action known as the *Berlin Principles on One Health*. These principles updated the *Manhattan Principles* by emphasizing ecosystem health and integrity while addressing contemporary challenges such as pathogen spillover, climate change, and antimicrobial resistance.¹⁸

2. THE ETHICAL FOUNDATIONS OF THE ONE HEALTH APPROACH

The concept of One Health raises relevant ethical questions. As a holistic approach advocating for a multidisciplinary strategy to preserve the health of humans, animals, and the environment, the One Health strategy appears, at first glance, to stand in sharp contrast to the traditionally dominant anthropocentric paradigm. Anthropocentrism, as noted above, is the ethical belief that only humans possess intrinsic value, while other entities are valued solely for their utility to humans.

However, the One Health approach is not necessarily in conflict with an anthropocentric perspective. Measures within the One Health strategy can align with the view that assigns moral status exclusively to humans if such actions are justified by their role in protecting or promoting human well-being. These measures may include the instrumentalization or potential sacrifice of non-human animals to safeguard human health. The ethical dilemma, therefore, centers on whether the One Health approach is applied solely as a means to achieve more comprehensive and effective protection of human health or whether it also reflects a recognition of the intrinsic moral value of animals and the environment. If the moral status of non-human animals and the environment is acknowledged, how should decisions be made in situations where conflicts of interest arise among these entities, necessitating a choice between effectively protecting human health and sacrificing other entities, such as non-human animals? Does the implementation of such measures reinforce an anthropocentric foundation for One Health, suggesting that the protection of animal and environmental health is motivated solely by their utility in serving human interests, with humans considered the sole bearers of intrinsic moral value?

One of the measures aligned with One Health strategy, yet clearly problematic from the perspective of respecting the moral status of animals, is animal culling. This practice involves the elimination of animals to mitigate risks to human health, even in situations where such risks are relatively low and viable alternatives are available (such as vaccination, improved surveillance, and movement control). A prominent example is culling of dogs for rabies control. Dog bites are one of

¹⁸ Kim Gruetzmacher, et al., “The Berlin principles on one health—Bridging global health and conservation”, *Science of the Total Environment* 764 (2021): 142919. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969720364494> (Accessed: 22.11.2024)

the most common modes of transmission for human rabies. A survey published in 2010 reported that 46 out of 76 countries that are members in the World Organization for Animal Health (OIE) had a policy of killing free-roaming dogs. Thousands of stray and free-roaming dogs are killed annually in countries such as Mongolia and Indonesia for the purpose of controlling rabies, even though vaccine baits were found to be more effective and cost-effective than culling in multiple locations. For instance, a rabies outbreak in Bali, Indonesia, in 2008 was first unsuccessfully controlled by culling of roughly 108,000 dogs and government run limited vaccination campaigns. National and international nongovernmental animal welfare organizations subsequently initiated mass vaccination campaigns and managed to control the outbreak.¹⁹ From a One Health perspective, vaccination provides a low-risk approach that protects both human and animal health, reflecting a shared-benefit model that acknowledges the interconnected interests of humans and animals. Another example of controversial animal culling measures has been the practice of badger culling in UK. The *Randomized Badger Culling Trial* (RBCT), conducted between 1998 and 2006 (the largest study to date comparing the effectiveness of no culling, proactive culling, and reactive culling in controlling bovine tuberculosis (bTB)), demonstrated that both proactive and reactive culling strategies were ineffective and/or cost-inefficient in mitigating bTB transmission. Despite this evidence, the English government has continued to implement badger culling practices, including shooting badgers either in the open or in cages. Between 2013 and 2017, 34,083 badgers were culled across 21 areas, including Dorset, Cornwall, Devon, Gloucestershire, Cheshire, Herefordshire, Somerset, and Wiltshire. Furthermore, projections for the autumn and winter of 2019 estimated the culling of up to 64,000 badgers across 43 areas.²⁰

While the One Health approach promotes collaboration across health domains, it raises ethical questions regarding the motivations behind protecting animal and environmental health. A key ethical question within the One Health framework is whether non-human animals and ecosystems are protected for their own sake or for their instrumental value to human health. Some authors argue that a purely instrumental view undermines genuine respect for non-human entities, reducing animal and ecosystem health to mere tools for human benefit. This debate extends to questions of “non-human dignity” which suggests an intrinsic worth in non-human life forms

¹⁹ Zohar Lederman, Manuel Magalhães-Sant’Ana, and Teck Chuan Voo, “Stamping out animal culling: From anthropocentrism to one health ethics”, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 34 (5) (2021), 28.

²⁰ Ibid. Norway’s search-and-destroy policy for addressing multi-resistant bacteria, such as livestock-associated methicillin-resistant *Staphylococcus aureus* (LA-MRSA), also exemplifies a controversial zoonotic disease control measure. While LA-MRSA poses a potential threat to human health, particularly in hospital settings where it can lead to severe or untreatable infections, its prevalence among livestock varies significantly across countries. In Norway, where LA-MRSA prevalence in pigs is very low, authorities implement strict measures, including culling all pigs on farms where LA-MRSA is detected. This policy is viewed as more cost-effective for preventing hospital outbreaks compared to expensive hospital-based measures. However, in countries like the Netherlands, where LA-MRSA prevalence exceeds 70%, such an approach would devastate the pig industry. Consequently, Dutch policies have been relaxed as research shows that LA-MRSA spreads less easily in hospitals than initially assumed. This discrepancy raises questions about the proportionality of Norway’s policy, particularly since research indicates that LA-MRSA infections in Norwegian pig farms were introduced by farm workers, not vice versa. While the policy may align with One Health principles by prioritizing human health and hospital safety, it is unclear how pigs in Norway benefit from this approach. The differences in prevalence, cost-effectiveness, and risk perception between Norway and the Netherlands illustrate the complex interplay between human, animal, and environmental health, underscoring the ethical dilemmas inherent in applying the One Health framework. (Joost van Herten, Bernice Bovenkerk, and Marcel Verweij, “One Health as a moral dilemma: Towards a socially responsible zoonotic disease control”, *Zoonoses and Public Health* 66.1 (2019), 28)

independent of their utility to humans. Switzerland's Constitution (Article 120(2)) enshrines the dignity of non-human beings (*die Würde der Kreatur*), mandating federal regulations that protect the genetic diversity and dignity of animals and plants.²¹ Such frameworks challenge anthropocentric views by suggesting that animals and ecosystems possess a moral status deserving of respect and consideration, independent of human interests.

The recognition of moral status for non-human entities still does not provide a clear guide for decision-making within the application of the One Health approach, particularly considering that the conclusion about their moral status can arise from different ethical theories. Should decisions be guided by deontological ethics, which emphasize adherence to principles and the intrinsic rights of non-human beings, or by utilitarianism, which seeks to maximize overall well-being, potentially prioritizing human health? These questions reflect deeper ethical tensions in One Health policy and practice, requiring a careful balance between human and non-human interests. Adopting a deontological approach (theory of animal dignity or rights)²² would significantly complicate the implementation of measures requiring the sacrifice of animals, such as culling, due to the perceived “impracticability” of such an ethical doctrine. Establishing the moral—and subsequently legal—status of non-human animals based on their capacity for autonomy (as suggested by thinkers like Wise)²³ could lead to both moral and legal equivalence between humans and certain animal species. This equivalence would render certain measures under the One Health framework, such as animal culling, practically inapplicable. Additionally, this perspective would raise questions about the justification for treating different animal species differently based on their respective capacities. Incorporating non-human entities into a utilitarian calculus also introduces numerous challenges, particularly regarding measures that involve taking the lives of animals, even in cases of zoonotic diseases control. If complete moral equivalence between humans and non-human entities appears problematic, how should the moral status of non-human animals be conceptualized in a way that avoids a revival of an overtly anthropocentric approach?

One ethical framework proposed in the literature to address these dilemmas is VanDeVeer's “Two-Factor Egalitarianism”, which suggests that beings with varying capacities should receive different levels of moral consideration while still recognizing the intrinsic worth of non-human entities. VanDeVeer argues that a distinction should be made regarding the weight assigned to the interests of humans and non-human animals. His theory suggests that the peripheral interests of humans should not outweigh the basic interests of animals. However, when basic interests conflict, human interests are given precedence. This prioritization is justified by the claim that beings with more complex psychological capacities deserve greater moral consideration than those with lesser capacities. As a result, the harm caused by death is generally regarded as greater for humans than for animals.

21 Peter Schaber, “Dignity only for humans? On the dignity and inherent value of non-human beings”. In *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, eds. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 546.

22 See: Tom Regan, *The case for animal rights* (Berkeley, CA: University of California Press, 2004); Gary Francione, *Why veganism matters: The moral value of animals* (Columbia University Press, 2020); Gary Francione, “Animal welfare and the moral value of nonhuman animals”. In *Exploring the animal turn*, eds. Erika Andersson Cederholm, Amelie Björck, Kristina Jennbert, Ann-Soie Lönngren (Lund, 2014);

23 See: Steven M. Wise, “Entitling non-human animals to fundamental legal rights on the basis of practical autonomy”. In *Animals, Ethics and Trade*, eds. Joyce D'Silva, Jacky Turner (Routledge, 2012).

In the context of zoonotic disease control, VanDeVeer's principle implies that culling of healthy animals is ethically justified only when fundamental human interests, such as the right to life or the avoidance of severe suffering, are at stake. However, the applicability of this principle to all moral dilemmas in zoonotic disease control remains uncertain. Furthermore, VanDeVeer's method does not sufficiently address the weighting of environmental interests, leaving a significant gap in its relevance for broader *One Health* scenarios.²⁴ Despite these limitations, this principle provides a potentially helpful ethical framework for One Health decision-making, emphasizing that basic animal and environmental interests deserve protection and cannot be overridden by peripheral human interests.

3. INTERNATIONAL AND EUROPEAN STANDARDS OF ONE HEALTH

The One Health approach is increasingly recognized and regulated at the international level. The establishment of the Tripartite in 2010, comprising the World Health Organization (WHO), the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), and the World Organisation for Animal Health (WOAH), marked a pivotal step in promoting cross-sectoral collaboration to address health threats at the human-animal-environment interface. Initially focused on zoonotic diseases, food safety hazards, and antimicrobial resistance (AMR), the Tripartite's scope was limited by insufficient representation of environmental and ecosystem-related agencies. Key issues such as climate change, biodiversity, and wildlife health—critical both in their own right and as contributors to the emergence of infectious diseases—were inadequately integrated into its agenda. The inclusion of the United Nations Environment Programme (UNEP) in early 2022 to form the Quadripartite represents a significant advancement in aligning One Health strategies with environmental priorities. The UNEP's participation enhances the capacity to address climate change, land and water management, biodiversity, and wildlife health as integral components of the One Health framework. The operational launch of the *One Health Joint Plan of Action (2022–2026)* provides a platform for more comprehensive collaboration, moving beyond the relatively modest achievements of the Tripartite era. This integration supports joint risk assessments, proactive health impact evaluations of large-scale land-use projects, and resource surveillance through systems like the FAO–WOAH–WHO Global Early Warning System.²⁵

The *One Health Joint Plan of Action* provides practical guidance for policymakers and stakeholders, supporting collaboration across sectors and regions, mobilizing investments, and fostering resource efficiency. It aligns closely with the United Nations (UN) Sustainable Development Goals, emphasizing cross-sectoral coordination and transdisciplinary approaches to global health challenges. It encompasses six interdependent Action Tracks designed to enhance One Health capacities and address critical global health challenges. These tracks focus on: strengthening health systems; reducing the risk of emerging zoonotic epidemics and pandemics; controlling

²⁴ Joost van Herten, Bernice Bovenkerk, and Marcel Verweij, "One Health as a moral dilemma: Towards a socially responsible zoonotic disease control", *Zoonoses and Public Health* 66.1 (2019), 30–31.

²⁵ Azza Elnaem, et al., "Global and regional governance of One Health and implications for global health security", *The Lancet* 401 (2023), 689–690.

and eliminating endemic zoonotic, neglected tropical, and vector-borne diseases; improving the assessment, management, and communication of food safety risks; combating the silent pandemic of antimicrobial resistance (AMR); and integrating environmental considerations into the One Health framework.²⁶

While international coordination remains pivotal, the successful implementation of One Health depends on the active involvement of national authorities in developing and executing policies tailored to their unique contexts. Recognizing this, the Quadripartite launched *The Guide to Implementing the One Health Joint Plan of Action at National Level* in December 2023. This document outlines actionable pathways, such as governance, sectoral integration, and capacity building, to support countries at various stages of implementation. By fostering teamwork across sectors such as health, agriculture, and education, the guide aligns with the Sustainable Development Goals, positioning One Health as a cornerstone of long-term global health and sustainability.²⁷

The World Health Organization (WHO) draft of Pandemic Treaty²⁸ also incorporates provisions dedicated to the implementation of the One Health approach, underscoring its significance in pandemic prevention, preparedness, and response. In this document, the One Health approach is defined as an integrated, unifying strategy aimed at sustainably balancing and optimizing the health of humans, animals, and ecosystems. This framework acknowledges the intricate interdependence of the health of humans, domestic and wild animals, plants, and the broader environment, including ecosystems, as articulated in Article 1(e) of the Treaty.

Article 5 of the Pandemic Treaty emphasizes the commitment of all parties to promote a One Health approach that is coherent, comprehensive, integrated, coordinated, and collaborative across relevant actors and sectors. This holistic vision seeks to address the complexities of pandemic threats by fostering cross-sectoral synergies and cooperation.

To operationalize this commitment, the treaty outlines specific measures that each party must undertake, taking into account their respective national circumstances and capacities:

1. Implementation of national policies reflecting One Health: the Parties are required to develop and enforce national policies, strategies, and measures that embody the principles of the One Health approach as it relates to pandemic prevention, preparedness and response;
2. Community engagement in policy development: the Treaty highlights the importance of meaningful and effective community involvement in designing and executing policies aimed at preventing, detecting, and responding to zoonotic outbreaks.
3. Workforce training and capacity building: to enhance cross-sectoral expertise, parties are encouraged to promote or establish training and continuing education programs for professionals in public health, animal health, and environmental sectors. These programs aim to build complementary skills and capabilities, fostering an integrated workforce equipped to address complex health challenges.²⁹

²⁶ Katarzyna Melgies, "The Evolution of One Health Concept-A European Perspective", *Review of European & Comparative Law*, 57 (2024), 13.

²⁷ Ibid., 14.

²⁸ Proposal for the Pandemic Agreement, WHO (2024). Available at: https://apps.who.int/gb/inb/pdf_files/inb9/A_inb9_3Rev1-en.pdf (Accessed: 17.09.2024)

²⁹ Article 5 para. 2

In addition to national measures, the treaty underscores the importance of international collaboration. Parties are tasked with contributing to the development and updating of global standards and guidelines for detecting, monitoring, and managing zoonotic spillover and spillback events. This initiative is to be conducted in collaboration with WHO and other intergovernmental organizations, ensuring a unified and science-driven response to emerging threats. Furthermore, the treaty calls for the development and strengthening of bilateral, subregional, regional, and multilateral mechanisms to enhance financial and technical support, particularly for developing countries. These mechanisms aim to provide the necessary resources and expertise to promote and implement One Health measures effectively.³⁰

The European Union (EU) has also acknowledged the relevance of the One Health approach, incorporating its principles into both policies and legislation. EU addresses One Health in its Global Health Strategy published in late November 2022. The Strategy's aim is to make health a central element of European foreign policy. It also aims to make up for failures in achieving the health-related UN Sustainable Development Goals. The Strategy is thus to be understood as an external dimension of the European Health Union, which is currently being built, but it also allows conclusions to be drawn about internal prioritizations. In terms of content, the Strategy addresses the determinants of human health; however, it also explicitly mentions climate change, environmental degradation, and food security in the context of One Health. The Global Health Strategy's discussion of the One Health approach is relevant because the document can be understood as a framework for action that sets political priorities for the EU Commission, identifies concrete fields of action in the area of One Health, and calls on EU member states to support individual measures.

The Global Health Strategy of the EU comprises three basic priorities and 20 Guiding Principles. In the third priority, the document refers to One Health; this approach is to be pursued, it says, in order to prevent or combat future health threats. In addition, the individual Guiding Principles also make references to the approach. However, a distinction must be made between the varying references, as some are rather generic while others are concrete. The latter are particularly pronounced in three Guiding Principles, which explicitly reference One Health and deserve special attention.

Guiding Principle 9.3 refers directly to the pandemic treaty and states that its goal is to pursue a One Health approach. While the EU Commission, as the lead negotiator for the EU's member states, can contribute its preferences derived from the Global Health Strategy regarding a One Health approach, it must respect the European Council's negotiating mandate, which limits its authority to negotiate to matters that fall within EU competence. However, in the annex to the Council Decision, which spells out the specific scope of the mandate, One Health is explicitly stated as a general objective and principle; the Commission can therefore fully engage on behalf of the member states. Combating antimicrobial resistance through a One Health approach is also mentioned in this context. The threat of AMR is a phenomenon that directly highlights the consequences of the relationship between humans, animals, and the environment. For example, the widespread use of antibiotics in human and veterinary medicine can increase the risk of bacteria, viruses, fungi, and parasites developing resistances. In the negotiations on the pandemic treaty, the EU can therefore – within the scope of its competencies – address certain areas of One Health as well as AMR in line with the strategy.

³⁰ Article 5 para. 3 and 4

Aside from being discussed in relation to the pandemic treaty, One Health can also be found in Guiding Principle 11.3 of the Global Health Strategy, namely in connection with intensifying the fight against AMR through the formulation of a comprehensive One Health approach. The EU cites changes in the use of agricultural land, environmental degradation, complex food production, and more intensive trade and transport as particular risks that need to be addressed. In addition, the Global Health Strategy reiterates the danger posed by AMR and emphasises the need to develop new medical countermeasures.

Guiding Principle 12 defines the aim to link all policies that have an impact on global health within the Commission, the EU agencies, and the EU funding institutions. For the EU, this includes promoting a One Health approach in the future UN Global Biodiversity Framework as well as addressing biodiversity loss, illegal wildlife trade, pollution, and exposure to toxic substances. Although the Global Health Strategy can be a nexus for various initiatives, it presents three specific areas of action for the EU: Zoonoses, AMR, and the involvement of environmental agencies.³¹

The concept of One Health is also reflected in the EU legislative framework. Early legislative references to One Health primarily appeared in regulations addressing the interdependence of human and animal health, particularly in the context of antimicrobial resistance (AMR), such as the *Animal Health Law* and regulations on veterinary medicinal products. Broader applications of the concept are evident in later instruments, including the *EU4Health Programme Regulation*. This regulation focuses on enhancing EU resilience to cross-border health threats through measures such as preparedness planning, strengthening the roles of key agencies (ECDC and EMA), and establishing mechanisms for health emergency preparedness and response. The *EU4Health Programme Regulation* explicitly integrates the One Health approach, emphasizing the interconnectedness of human, animal, and environmental health. It also aims to promote sustainable health systems by fostering cross-sectoral coordination, increasing the availability and affordability of critical health-related products, and enhancing surveillance and crisis management capacities.³²

4. ASSESSING THE FEASIBILITY OF IMPLEMENTING THE ONE HEALTH APPROACH IN THE LEGAL FRAMEWORK OF BIH

The One Health approach has increasingly been integrated into regulatory and policy frameworks at various levels. Alongside the adoption of relevant standards at the international level and by the EU institutions, significant progress has been made in incorporating the One Health concept into a growing number of national legal systems. In 2020, the Belgian One Health National Action Plan on the Fight Against Antimicrobial Resistance (AMR) 2020-2024 was adopted as a comprehensive, cross-sectoral strategy aimed at combating AMR through a multifaceted approach. The governance framework outlined in this plan adopts a One Health strategy, emphasizing collaboration among human health, animal health, and environmental sectors, with the active participation

31 Michael Bayerlein, Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga, “One Health” and Global Health Governance” (2023). Available at: <https://www.swp-berlin.org/publikation/one-health-and-global-health-governance> (Accessed: 22.10.2024)

32 Melgies, “The Evolution of One Health Concept-A European Perspective”, 19-21.

of public authorities. Several other countries worldwide have also adopted national action plans based on this approach.³³ According to Zambia's Multi-sectoral National Action Plan on Antimicrobial Resistance, the main goal of this document is to provide a coherent framework for combating antimicrobial resistance using the One Health approach, which integrates the human, animal, agriculture, and environmental sectors within the country.³⁴

On 14 June 2023, the German government unveiled its first-ever National Security Strategy, which included the subject areas of pandemic prevention, preparedness, and response.

The effective implementation of the One Health concept requires the establishment of a comprehensive and appropriate legal framework. This part of the paper critically examines relevant legal provisions, including constitutional, statutory, and regulatory norms, alongside strategic documents essential for realizing the aforementioned concept. The traditional anthropocentric paradigm, which prioritizes human interests while perceiving animals as distinct and separate entities both legally and ethically, has significantly influenced the legal treatment of animals, including the protection of their health.

The Constitution of BiH³⁵ does not contain provisions related to the protection of animals and the environment, although certain international human rights instruments listed in Annex 1 of the Constitution address the right to health and the importance of preserving the environment (e.g., the UN Convention on the Rights of the Child). While the Law on Protection and Welfare of Animals has been adopted at the state level in BiH³⁶, the normative framework established at this level of government does not incorporate or promote the implementation of the One Health approach. According to the BiH Constitution, the areas of healthcare and environmental protection fall under the jurisdiction of the entities, which has also contributed to the absence of a regulatory framework for the One Health approach at this level of government.

The Constitution of the RS³⁷ is predominantly written from an anthropocentric perspective. It enshrines the right of individuals to health protection and a healthy environment. Article 35 of the Constitution underscores the importance of environmental preservation and stresses the responsibility of every individual and state authority to contribute to this goal. This provision mandates that all subjects, within the scope of their capabilities and in accordance with the law, are obligated to safeguard and enhance the environment.

The Law on Property Rights of the RS³⁸ explicitly stipulates that animals are not to be classified as objects. However, such a provision does not imply a new legal status, i.e., the recognition of legal subjectivity for animals. Similar to the approach in Swiss law, the traditional dichotomy between persons and objects has been replaced by a tripartite classification comprising natural and legal persons, objects, and animals. Despite this, animals continue to be generally treated in a manner analogous to objects.

33 Steward Mudenda, et al., "Global strategies to combat antimicrobial resistance: a One Health perspective", *Pharmacology & Pharmacy* 14.8 (2023): 274.

34 Available at: <https://www.afro.who.int/sites/default/files/2018-08/ZNPHI%20Document.pdf> (Accessed: 17.10.2024)

35 Available at: <https://www.ohr.int/ohr-dept/legal/laws-of-bih/pdf/001%20-%20Constitutions/BH/BH%20CONSTITUTION%20.pdf> (Accessed: 18.09.2024)

36 Law on Protection and Welfare of Animals, *Official Gazette of BiH*, no. 25/2009 and 9/2018

37 Available at: https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/eng/USTAV-RS_English.pdf (Accessed: 22.09.2024)

38 Law on Property Rights, *Official Gazette of RS*, no. 124/2008, 3/2009 – correction, 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 – Constitutional Court (CC) Decision, 107/2019, 1/2021 – CC Decision, and 119/2021 – CC Decision.

Nevertheless, the acceptance of the concept of animal welfare protection marks a departure from the rigid anthropocentric model, which assigns solely instrumental value to non-human animals. The concept of animal welfare protection advocates for the establishment of protective measures (granting a special status) aimed at safeguarding the well-being of animals for their own sake.³⁹ The RS has adopted the Law on Protection and Welfare of Animals⁴⁰, alongside legislation focused on environmental protection, including the Law on Environmental Protection⁴¹ and the Law on Nature Protection⁴². Article 3 para. 2 of the Law on Environmental Protection stipulates that: “Every individual has the right to live in an environment conducive to health and well-being, and it is both an individual and collective obligation to protect and improve the environment for the benefit of present and future generations.” Article 2 para. 1 of the Law on Nature Protection declares that nature, as a public good of general interest to the RS, is afforded special protection.

In contrast to strategies adopted in certain countries, such as Germany, the strategic planning documents of the Government of the Republic of Srpska (RS) do not explicitly reference the term One Health. Nevertheless, several of these documents reflect principles consistent with the One Health approach, emphasizing the importance of intersectoral collaboration and prioritizing the preservation of animal health and environmental sustainability.

The *Policy for the Improvement of the Health of the Population in the RS by the Year 2020*⁴³ identifies the control of communicable and non-communicable diseases and the enhancement of health security as one of its priority actions. Among the measures proposed to achieve this goal is the promotion of information exchange and, where feasible, the implementation of joint surveillance and disease control efforts by public health authorities, including human and veterinary medicine, agriculture, and food sectors. These measures aim to improve the management of zoonoses, antimicrobial-resistant strains, and food-borne infections, while fostering an intersectoral, multi-hazard approach to emergency preparedness. This approach encompasses responses to outbreaks and epidemics of communicable diseases, industrial, chemical, and nuclear accidents, natural disasters such as floods and earthquakes, as well as scenarios involving biological, chemical, and nuclear weapons.

One of the primary goals highlighted in this document is the creation of a healthy and supportive environment for health and well-being. This involves implementing multilateral agreements addressing environmental factors to promote a healthier environment and reduce negative impact of environmental conditions on health, contributing to sustainable development through ensuring protection and sustainable use of natural resources (water, food, soil, energy, biosphere) and promoting “green” and environmentally sustainable health care institutions. Policy also stresses the importance of promoting and adopting “health in all policies” approach based on intersectoral cooperation. It asserts that health should be regarded as a shared concern and responsibility of not just the health care sector, but all other sectors, and that investing in health should not be considered as an expenditure but an investment in societal development. However, this section of

39 Lenke Wettlaufer, Felix Hafner and Jakob Zinsstag, “The Human-Animal Relationship in the Law”. In *One Health: The Theory and Practice of Integrated Health Approaches*, eds. Jakob Zinsstag et al. (CAB International, 2015), 29.

40 Law on Protection and Welfare of Animals, *Official Gazette of RS*, no. 111/2008.

41 Law on Environmental Protection, *Official Gazette of RS*, no. 71/2012, 79/2015 and 70/2020

42 Law on Nature Protection, *Official Gazette of RS*, no. 49/2024

43 Available at: https://vladars.rs/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/MZSZ/dokumenti/Pages/Javno_zdravstvo.aspx (Accessed: 21.09.2024)

the document predominantly focuses on addressing social determinants of health—such as education, social inequality, and poverty reduction—in alignment with the principles of the “health in all policies” framework.

The *Program of Measures for the Prevention, Control, Elimination, and Eradication of Infectious Diseases in the RS for 2023*⁴⁴ underscores the critical importance of data sharing and collaboration between health and veterinary services in the prevention of zoonotic diseases. While the document highlights the significance of intersectoral cooperation in advancing human health, it notably omits any reference to the One Health concept as a holistic framework for health protection. The *Antimicrobial Resistance Control Program in the RS (2016–2020)*⁴⁵ also stresses the importance of strengthening intersectoral oversight of the use of antibiotics and other antimicrobial medicines. The RS Commission for the Control of Antimicrobial Resistance plays a key role in this effort by establishing indicators to monitor the consumption of antimicrobial drugs and preparing annual reports for the RS Ministry of Health and Social Welfare.

In the Federation of Bosnia and Herzegovina (FBiH), laws addressing environmental protection have also been adopted.⁴⁶ The Law on Property Rights of the FBiH⁴⁷ includes a provision stating that animals are not considered objects, but that all regulations applicable to objects also apply to animals unless otherwise specified by law (therefore, the assessment of the status of animals in the RS can also be applied to the FBiH).

At the strategic and policy level, the Ministry of Health of the FBiH adopted the *Strategic Plan for the Development of Healthcare in the FBiH*⁴⁸ for the period 2008–2018. Although certain provisions of this document emphasize the importance of multisectoral and coordinated action, for example, in addressing environmental risk factors, the application of the One Health concept cannot be identified in this document, nor is this term explicitly mentioned.

5. CONCLUSION

To effectively address global health crises, including pandemics, zoonotic diseases, and environmental degradation, the One Health approach requires a consistent and standardized framework for implementation at the international level. The adoption of the Pandemic Treaty, which underscores the importance of the One Health approach, would represent a significant step toward affirming this concept. However, the establishment of international One Health standards must be accompanied by their integration into national legal systems, the development of comprehensive strategies, and targeted reforms in relevant legislation at national level.

44 Available at: https://vladars.rs/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/MZSZ/dokumenti/Pages/Javno_zdravstvo.aspx (Accessed: 22.09.2024)

45 Available at: https://vladars.rs/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/MZSZ/dokumenti/Pages/Javno_zdravstvo.aspx (Accessed: 24.09.2024)

46 Law on Environmental Protection, *Official Gazette of FBiH*, no. 15/2021; Law on Nature Protection, *Official Gazette of FBiH*, no. 66/2013;

47 Law on Property Rights of the FBiH, *Official Gazette of FBiH*, no. 66/2013, 100/2013 and 32/2019 – CC Decision

48 Available at: <https://fmoh.gov.ba/stranica/21/strategije-i-politike> (Accessed: 12.10.2024)

While the One Health approach is often justified through its practical benefits to human health, such as preventing zoonotic spillovers, a deeper ethical consideration is necessary. One Health strategies should account for the non-instrumental moral value of animals and the environment, recognizing their intrinsic worth beyond their utility to humans. Incorporating ethics into One Health requires interdisciplinary collaboration with fields such as bioethics, philosophy, and environmental ethics. Policymakers must balance human interests with moral obligations to non-human entities, fostering a more equitable and sustainable approach to health.

An analysis of the legal framework in BiH (its entities: the RS and the FBiH) reveals the absence of a consistent and robust approach aligned with the One Health concept. To address this deficiency, it is essential to develop and implement One Health strategies, accompanied by amendments to relevant legislation. Such reforms should not only emphasize the holistic and integrated approach to health but also advocate for the moral consideration of non-human life forms, transcending the traditional anthropocentric paradigm.

LITERATURE

1. Atlas, Ronald M. "One Health: Its Origins and Future". In *One Health: The Human– Animal– Environment Interfaces in Emerging Infectious Diseases The Concept and Examples of a One Health Approach*, eds. John S. Mackenzie, Martyn Jeggo, Peter Daszak, Juergen A. Richt (Berlin – Heidelberg: Springer – Verlag, 2013)
2. Bayerlein, Michael, Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga. "One Health" and Global Health Governance" (2023). Available at: <https://www.swp-berlin.org/publikation/one-health-and-global-health-governance> (Accessed: 22.10.2024)
3. Callicott, Biard J. "Non-Anthropocentric Value Theory and Environmental Ethics", *American Philosophical Quarterly* 21(4) (1984)
4. Di Bari, Carlotta, et al. "The global burden of neglected zoonotic diseases: Current state of evidence", *One Health* (2023): 100595.
5. Elnaïem, Azza, et al. "Global and regional governance of One Health and implications for global health security", *The Lancet* 401 (2023)
6. Francione, Gary. "Animal welfare and the moral value of nonhuman animals". In *Exploring the animal turn*, eds. Erika Andersson Cederholm, Amelie Björck, Kristina Jennbert, Ann-Soie Lönngren (Lund, 2014)
7. Francione, Gary. *Why veganism matters: The moral value of animals* (Columbia University Press, 2020)
8. Jin, Chen, Jian He, and Robert Bergquist. "Challenges and response to pandemics as seen in a One Health perspective", *Science in One Health* 1 (2022)
9. Melgies, Katarzyna. "The Evolution of One Health Concept-A European Perspective", *Review of European & Comparative Law*, 57 (2024),
10. Mettenleiter, Thomas C., et al. "The one health high-level expert panel (OHHLEP)", *One Health Outlook* 5(1) (2023). Available at: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1186/s42522-023-00085-2.pdf>

11. Mohamed, Abdifetah. "The synergies between international health regulations and One Health in safeguarding global health security", *Science in One Health* 3 (2024): 100078.
12. Overgaauw, Paul A.M., Claudia M. Vinke, Marjan A.E. van Hagen & Len J.A. Lipman. "A one health perspective on the human–companion animal relationship with emphasis on zoonotic aspects", *International journal of environmental research and public health*, 17(11) (2020)
13. Prata, Joana C. Prata, Ana Isabel Ribeiro, Teresa Rocha-Santos. "An Introduction to the Concept of One Health". In *One Health Integrated Approach to 21st Century Challenges to Health*, eds. Joana C. Prata, Ana Isabel Ribeiro, Teresa Rocha-Santos (Elsevier, 2022)
14. Rizzolo, Jessica Bell, Annah Lake Zhu, and Ruishan Chen. "Support for wildlife consumption bans and policies in China post-Covid-19", *Oryx* 57.6 (2023)
15. Schaber, Peter, "Dignity only for humans? On the dignity and inherent value of non-human beings". In *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, eds. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (Cambridge: Cambridge University Press, 2014)
16. Van Herten, Joost, Bernice Bovenkerk, and Marcel Verweij. "One Health as a moral dilemma: Towards a socially responsible zoonotic disease control", *Zoonoses and Public Health* 66.1 (2019)
17. Wettlaufer, Lenka, Felix Hafner and Jakob Zinsstag. "The Human-Animal Relationship in the Law". In *One Health: The Theory and Practice of Integrated Health Approaches*, eds. Jakob Zinsstag et al. (CAB International, 2015)
18. Wise, Steven M. "Entitling non-human animals to fundamental legal rights on the basis of practical autonomy". In *Animals, Ethics and Trade*, eds. Joyce D'Silva, Jacky Turner (Routledge, 2012)

International Documents, Legislation and Strategic Policies:

1. Constitution of BiH. Available at: <https://www.ohr.int/ohr-dept/legal/laws-of-bih/pdf/001%20-%20Constitutions/BH/BH%20CONSTITUTION%20.pdf>
2. Constitution of the RS. Available at: https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/eng/USTAV-RS_English.pdf
3. Law on Environmental Protection, *Official Gazette of RS*, no. 71/2012, 79/2015 and 70/2020
4. Law on Environmental Protection, *Official Gazette of FBiH*, no. 15/2021; Law on Nature Protection, *Official Gazette of FBiH*, no. 66/2013
5. Law on Nature Protection, *Official Gazette of RS*, no. 49/2024
6. Law on Nature Protection, *Official Gazette of FBiH*, no. 66/2013
7. Law on Property Rights, *Official Gazette of RS*, no. 124/2008, 3/2009 – correction, 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 – Constitutional Court (CC) Decision, 107/2019, 1/2021 – CC Decision, and 119/2021 – CC Decision
8. Law on Property Rights of the FBiH, *Official Gazette of FBiH*, no. 66/2013, 100/2013 and 32/2019 – Constitutional Court Decision
9. Law on Protection and Welfare of Animals, *Official Gazette of BiH*, no. 25/2009 and 9/2018
10. Law on Protection and Welfare of Animals, *Official Gazette of RS*, no. 111/2008

11. Plan for the Development of Healthcare in the FBiH. Available at: <https://fmoh.gov.ba/stranica/21/strategije-i-politike>
12. Policy for the Improvement of the Health of the Population in the RS by the Year 2020. Available at: https://vladars.rs/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/MZSZ/dokumenti/Pages/Javno_zdravstvo.aspx
13. Program of Measures for the Prevention, Control, Elimination, and Eradication of Infectious Diseases in the RS for 2023. Available at: https://vladars.rs/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/MZSZ/dokumenti/Pages/Javno_zdravstvo.aspx (Accessed: 22.09.2024)
14. Proposal for the Pandemic Agreement, WHO (2024). Available at: https://apps.who.int/gb/inb/pdf_files/inb9/A_inb9_3Rev1-en.pdf (Accessed: 17.09.2024)
15. Regan, Tom. *The case for animal rights* (Berkeley, CA: University of California Press, 2004)
16. The Antimicrobial Resistance Control Program in the RS (2016–2020). Available at: https://vladars.rs/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/MZSZ/dokumenti/Pages/Javno_zdravstvo.aspx

ПРИСТУП ЈЕДНОГ ЗДРАВЉА: ПРАВНЕ И ЕТИЧКЕ ПЕРСПЕКТИВЕ

Игор Милинковић⁴⁹

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Сажетак: Приступ Једног здравља наглашава међусобну повезаност и међузависност између здравља људи, животиња и животне средине. Ради се о интегрисаном и обједињавајућем приступу, који има за циљ одрживу равнотежу и оптимизацију здравља људи, животиња и екосистема. Овај концепт, уведен почетком 2000-их, добио је на значају током протекле деценије, посебно након избијања пандемије КОВИД-19.

Релевантност приступа Једног здравља посебно је очигледна у превенцији зооноза – заразних болести које се преносе између кичмењака и људи. Пандемија КОВИД-19, за коју се сматра да потиче из зооноотских извора, нагласила је потребу за колаборативним и интердисциплинарним стратегијама у превенцији и контроли наведених болести. Међутим, примјена приступа Једног здравља у контроли зооноза не значи нужно поштовање моралног статуса животиња, а обострана корист од таквих мјера није увијек евидентна (ове мјере су у складу са антропоцентричним приступом и инструменталним третманом животиња). Ипак, концепт једног здравља може бити тумачен и кроз ширу етичку перспективу, наглашавајући потребу да се призна и поштује инхерентна морална вриједност нељудских животиња и животне средине. Овај рад се бави мјестом приступа Једног здравља у оквиру глобалног здравственог права и његовом интеграцијом у националне стратегије. Посебна пажња биће посвећена примјени концепта Једног здравља у нацрту Уговора о пандемији који је израдила Свјетска здравствена организација (СЗО). У раду ће се размотрити и могућност инкорпорирања концепта Једног здравља у правни систем Босне и Херцеговине (њених ентитета: Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине).

Кључне ријечи: Једно здравље, пандемија, зоонозе, морални статус, глобално здравствено право, Уговор о пандемији, националне стратегије, Босна и Херцеговина

⁴⁹ Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, е пошта: igor.milinkovic@pf.unibl.org, ORCID ID: 0000-0002-7804-3866

МЕРЕЊЕ НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА DE IURE У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ НАКОН УСТАВНИХ ПРОМЕНА 2022. ГОДИНЕ¹

Драгутин Аврамовић²

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Сажетак: У једном делу коауторског рада објављеном пре више од деценије, спроведена је студија случаја о *de iure* независности судства у Републици Србији и помацима *de constitutione* и *de lege ferenda* који би се могли учинити. Аутор сада користи исти методолошки оквир за квантификацију тог феномена (који су поставили Мелтон и Гинсбург), а који се састоји од шест кључних индикатора којима се мери *de iure* независност судија. То су: афирмација независности судства, трајање судијске функције, поступак избора судија, престанак судијске функције, ограниченост услова за престанак судијске функције, материјална независност. Аутор настоји да утврди, на основу исте методолошке матрице, шта је на том путу учињено и до каквих промена је дошло након уставних промена 2022. године и након доношења пропратних правосудних закона у Републици Србији.

Насупрот мишљењима присутним у литератури да су нормативне промене из 2022. године незнатан или чак никакав помак на путу ка владавини права, писац закључује да је доста тога учињено и да су углавном уклоњене најслабије тачке претходног нормативног оквира (које су биле назначене још у поменутом ранијем коауторском раду). Штавише, поновним мерењем истих параметара који одређују *de iure* независност судства, утврђено је да се у тежњи за што „пунијом“ владавином права претерало, инсистирањем на романтизованој слици независности судства, што се поготово огледа у појединим решењима (нарочито онима која се тичу избора судија). На основу такве квантитативне анализе аутор закључује да се, насупрот поменутиим критикама, уставним променама у Републици Србији из 2022. године отворио пут за једну другу крајност, која се у теорији назива судократијом.

Кључне речи: избор судија; непреместивост судија; престанак судијске функције; материјална независност судија, судократија.

1 Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

2 Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду ORCID: 0000-0003-3383-4346

1. УВОД

Независност судства несумњиво представља један од темељних принципа на којима почива свака модерна држава која се проглашава правном (односно она која почива на владавини права). И „најтања“ верзија правне државе/владавине права подразумева да у њој постоје уставна јемства основних процедуралних принципа попут уставности и законитости, поделе власти, независности судства, законитости у раду управе, забране ретроактивности, поштовања људских права.³ На тај начин се поставља нормативни оквир за успостављање формалне правне државе или, могло би се рећи, мада звучи плеонастично, правне државе/владавине права *de iure*. Ван сваке сумње, то је само први корак ка некој од „пунијих“ (материјалних), садржински испуњених концепција којима би се трасирао пут правне државе/владавине права *de facto*.⁴

Истраживање које се спроводи у овом раду ће бити ограничено на један аспект у испитивању остварености правне државе/владавине права *de iure* у Републици Србији након уставних промена 2022. године и након доношења пропратних правосудних закона – на испитивање *de iure* независности судства. С обзиром на то да су корените промене у области правосуђа релативно скоро спроведене, за свестрано испитивање колико је *de facto* независност судства остварена, потребна је већа временска дистанца.⁵

У једном делу коауторског рада од пре више од десет година, спроведена је студија случаја о остварености *de iure* независности судства у Републици Србији.⁶ Тада су индиковане основне слабости нормативног оквира независности судства у Републици Србији и понуђени предлози *de constitutione ferenda* и *de lege ferenda* за отклањање кључних недостатака (искључивање пробног трогодишњег периода приликом избора судија, промена начина избора чланова Високог савета судства ради искључивања политичког утицаја приликом избора судија и престанка судијске функције, рестриктивније постављање разлога за разрешење избегавањем правних стандарда, обезбеђивање материјалне независности стварањем фиксног буџета на који не би могло да утиче представничко тело).⁷

У овом раду ће бити извршена реевалуација *de iure* независности судства након уставних промена 2022. године, уз настојање да се испита шта је урађено, као и шта је још могло бити урађено. Ради лакшег поређења у раду ће бити коришћена иста методолошка

3 О критици начина на који је конституционализовано начело владавине права у Уставу Републике Србије из 2006. године видети више: Драгутин Аврамовић, „Устав Републике Србије из 2006. године и начело правне државе – мит или истина?“, *Српска политичка мисао*, посебно издање 2017, 47–65.

4 О теоријском разликовању „танких“ и „пуних“ верзија владавине права видети детаљније: Драгутин Аврамовић, „Један нови поглед на владавину права“, *Правни живот* 14/2009, 359–370.

5 Теоријско разликовање *de iure* и *de facto* независности судства је први пут уведено у једном емпиријски оријентисаном раду 2003. године, Lars p. Feld, Stefan Voigt, „Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators“, *European Journal of Political Economy*, vol. 19, 2003, 497–527. Чињеница је да су *de iure* и *de facto* независност судства повезани. Истраживање које су касније спровели Мелтон и Гинсбург указује на то да је за постојање *de facto* независности судства кључно то да су избор судија и разрешење судија *de iure* постављени тако да буду изоловани од друге две гране власти, James Melton, Tom Ginsburg, „Does De Jure Judicial Independence Really Matter?: A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence“, *Journal of Law and Courts*, 2/2014, 187–218.

6 Dragutin Avramović, Darko Simović, Sreten Jugović, „Judicial Independence, Rule of Law, and the Case of Serbia“, *Archibald Reiss Days*, Vol. II, Belgrade, 2013, 87–98.

7 *Ibid.*, 96.

матрица као и у поменутом коауторском раду. Њу чини шест кључних индикатора којима се мери *de iure* независност судства које су поставили Мелтон и Гинсбург: афирмација независности судства, трајање судијске функције, поступак избора судија, престанак судијске функције, ограниченост услова за престанак судијске функције, материјална независност.⁸

Већ је на први поглед чак и лаицима јасно да су одређени помаци на учвршћењу нормативног оквира независног судства у Републици Србији начињени. Међутим, у стручној јавности су присутна мишљења да ипак није много тога учињено на путу ка владавини права.⁹ Циљ овог рада јесте управо покушај што објективнијег, квантитативног исказивања стања независности судства *de iure*, применом сличне методологије као и пре једне деценије. Свакако, могуће постојање и једног субјективног, вредносног става аутора о пожељном положају судства у систему поделе власти (као и о прихватљивој верзији „пуне“ владавине права), скоро да је неизбежно.

2. АФИРМАЦИЈА НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА

Као и у периоду пре уставних промена, императив нормативног проглашења институционалне независности судства (али и личне независности/непристрасности судија) је несумњиво и даље задовољен. Наиме, чл. 142 важећег Устава који се односи на начела судства гласи: „Судска власт припада судовима који су независни (ст. 1) ... Судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку, као и Уставни суд у поступку по уставној жалби (ст. 4)“.¹⁰ На овом месту је направљен напредак у односу на претходно уставно решење јер је Уставни суд који је *de facto* у поступању по уставним жалбама постао суд највишег степена, сада и *de iure* тако позициониран.

Што се тиче места судства у систему поделе власти у чл. 4, ст. 4 Устав је изричит да је судска власт независна, док у ст. 3 истог члана за однос три гране прописује да почива на међусобном проверавању и равнотежи. У односу на претходно уставно решење које је однос три гране власти заснивало на равнотежи али и међусобној контроли, ово је велики помак ка потпунијој независности судства, јер проверавање (лексички, али и суштински) ван сваке сумње није исто што и контрола. Основан је приговор да „средства међусобног утицаја између политичких грана власти не могу бити истоветно примењена и на однос према судској грани власти“.¹¹ Међутим, мимо декларативног нивоа, прецизна диференцијација начина

⁸ Melton, Ginsburg, *op. cit.*, 195–198.

⁹ Детаљан критички поглед на уставну реформу судства је изнео Дарко Симовић, „Уставни амандмани из нужде – критички осврт на уставну реформу судске власти“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2022, 85–119. Високи степен скепсе у односу на делотворност уставних промена на путу владавине права су показали и други аутори. Видети на пример: Јасминка Хасанбеговић, „Може ли промена устава да промени судско правосуђе набоље?“, *Правно-политичке расправе о правосуђу* (ур. Миодраг Јовановић), ЦЕПРИС, Београд 2022, 7–17; Саво Ђурђић, „Да ли ће и када судство у Србији бити заиста независно?“, *Правно-политичке расправе о правосуђу* (ур. Миодраг Јовановић), ЦЕПРИС, Београд 2022, 17–35.

¹⁰ Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 98/2006 и 115/2021. На сличан начин је у чл. 4 Закона о уређењу судова, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 10/2023 прокламована независност судске власти од законодавне и извршне власти.

¹¹ Симовић, *op. cit.*, 99.

утицаја једне гране власти на другу се спроводи кроз друге, конкретне уставне механизме (не)утицаја. С друге стране, имајући у виду да је у питању власт, јасно је да ни судска власт не може стајати потпуно изван било каквог домаћаја друге две политичке гране власти. Како поједини аутори добро примећују, и судска власт је политичка власт у ширем смислу речи, јер је она примењивачка власт у функцији спровођења (можемо додати све више и стварања) законодавне политике, упркос томе што методи и начини на које интервенише нису потпуно исти као методи и начин рада политичких органа.¹² То је нарочито видљиво у раду највиших судова чија делатност подразумева и опредељивање за одређене вредности, идеологију, политику која лежи у темељу права када није могуће остати непристрасан. Отуд се чини да је судска власт „проверавањем“ остала у довољној мери независна, али не и потпуно истргнута из контекста равнотеже власти и било какве „контроле“, јер би у супротном постала доминантна.¹³ Како истиче један италијански аутор: „експанзија судске власти – са прогресивним губљењем односа судија са репрезентативним гранама власти, да не помињемо грађане – је увела у европски политички систем повећану дозу олигархије или, са супротне тачке гледишта, аристократије“.¹⁴ У прилог овој тези иде и мишљење Венецијанске комисије бр. 921 о Нацрту акта о промени Устава Републике Србије од 25. јуна 2018. године које је било путоказ уставотворцу (што је и изричито и наведено у Образложењу Акта о промени Устава),¹⁵ а у коме се наглашава да принцип независности судства не треба да спречава дијалог између грана власти државе, већ да њихов однос треба да почива на међусобном поштовању „који узима у обзир како неопходно одвајање, тако и неопходну међузависност (подвукао аутор) између грана власти“.¹⁶

Независност (односно непристрасност) судија је загарантована чланом 144 Устава: „Судија је независан и суди на основу Устава, потврђених међународних уговора, закона, општеприхваћених правила међународног права и других општих аката, донетих у складу са законом. Забрањен је сваки непримерен утицај на судију у вршењу судијске функције“. Готово иста формулација гаранције независности судија као у Уставу је поновљена и у чл. 2 важећег

12 Драгаш Денковић, „Судска функција и политика“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1969, 211; Владан Кутлешкић, „Нема независног судства“, доступно на: <https://www.ekspres.net/politika/nema-nezavisnog-sudstva-vladan-kutlesic-profesor-ustavnog-prava-na-univerzitetu-union-nikola-tesla>, 16. 4. 2024. Видети и: Драгутин Аврамовић, Илија Јованов, „Мит о независности судства“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2021, 495–510.

13 Идеје о потпуном измештању судске власти су чиста фикција (нигде реализована) и представљала би директан пут у судократију: „Требало би да судска власт саму себе конституише, самој себи полаже рачуне и да је имају на промену односа снага на политичкој сцени“, Ђурђић, *op. cit.*, 22. Идеалистички је став истог аутора који на трагу Јеринга истиче да судска власт треба да буде „стручна, неутрална, апстрактна власт“, *ibid.* Обе збегче стручности је неупитно, али потпуна неутралност („одсуство страсти“) би било једино могуће уколико би судили робот, а не људи. Такође, нема конкретније власти до судске власти!

14 Carlo Guarnieri, „Judicial Independence in Europe: Threat or Resource for Democracy?“, *Representation*, vol. 49, 3/2013, 356. Видети детаљније и: Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA) 2002.

15 Акт о промени Устава Републике Србије, доступно на: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/ostala_akta/2021/2166-21%203.pdf, 16. 4. 2024.

16 Мишљење Венецијанске комисије бр. 921/2018 о Нацрту амандмана на уставне одредбе о правосудју од 25. јуна 2018. године, параграф 13, доступно на: https://www.mpravde.gov.rs/files/Misljenje%20Venecijanske%20komisije%20_prevod%20srpski.pdf, 16. 4. 2024. Ово мишљење Венецијанске комисије је засновано на мишљењу Консултативног већа европских судија бр. 18/2015 „Положај правосудја и његов однос са другим државним властима у модерној демократији“, доступно на: <https://rm.coe.int/16807481a1>, 16. 4. 2024.

Закона о судијама.¹⁷ Штавише, у чл. 4 Закона о судијама су прокламовани и ближе одређени етички принципи вршења судијске функције и то (поред одговорности и достојанствености), независност и непристрасност. Независност је дефинисана као дужност судије да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност, али и као дужност органа јавне власти и јавних функционера да одржавају поверење у независност и непристрасност судија, али и судова (чл. 4, ст. 2). Судијама је такође утврђена дужност да непристрасно воде поступак по својој савести, у складу са властитом проценом чињеница и тумачењем права, уз обезбеђење правичног суђења и поштовање процесних права странака (чл. 4, ст. 3). У ст. 4 истог члана је предвиђено да се Етичким кодексом који доноси Високи савет судства ближе уређују етички принципи вршења судијске функције.

Као и у претходном уставном решењу предвиђене су и друге гаранције независности судија: непреместивост судија (чл. 147), имунитет и инкомпатибилитет (чл. 148). Имуни-тет и неспојивост судијске функције су регулисани на готово истоветан начин. У погледу непреместивости судија начињен је позитивни помак с обзиром на то да је сада Уставом прецизније одређен материјални положај судије који је трајно премештен или привремено упућен у други суд. Наиме, ближе је (али не и потпуно) одређено шта подразумева укидање „претежног дела надлежности“,¹⁸ и обезбеђено је правно средство против одлуке о премештају судија у виду жалбе Уставном суду.¹⁹

Све у свему, уставним променама, као и у пропратним правосудним законима, додатно је учвршћен нормативни оквир и детаљније је (нарочито на нивоу Устава) у односу на претходна решења одређена независност судства и судија. Поједина питања би несумњиво могла бити предмет теоријског спорења. Једно од њих би засигурно било да ли је одређењу етичких принципа вршења судијске функције место и у закону или је требало да остану искључиво део етичког кодекса судија. У сваком случају, њихово додатно законско одређење (нарочито судијске независности и непристрасности) додатно „очвршћава“ оквир независности судства и доприноси афирмацији идеје независности судства и судија.

¹⁷ Закон о судијама, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 10/2023. У чл. 4 важећег Закона о уређењу судова, је ближе одређено шта се подразумева под забраном непримереног утицаја.

¹⁸ Основана је примедба коју је изнео Д. Симовић у погледу коришћења неодређеног појма „смањење потребног броја судија у суду“ који представља услов укидања претежног дела надлежности, Симовић, *op. cit.*, 105. У суштини, овде је један правни стандард замењен другим правним стандардом, мада чл. 150 Устава међу надлежности Високог савета судства ставља и одређивање потребног броја судија. Простор за прикривени, мада у основи врло посредни, политички утицај Симовић види као могућност утицаја парламентарне већине приликом доношења Закона о уређењу судова и организовања мреже судова, *ibid.*

¹⁹ О претераном ширењу надлежности Уставног суда и задирању у простор правосуђа ће бити нешто више речи на другом месту у овом раду, мада је по среди питање које би с обзиром на његов значај завређивало посебну пажњу и детаљну анализу, што би резултирало новим научним радом.

3. ТРАЈАЊЕ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ

Уставним изменама из 2022. године је отклоњена, чини се, основна слабост претходног уставног решења. Укидање трогодишњег „пробног“ изборног периода је било нужно како би се заиста остварила сталност судијске функције.²⁰ На појмовном нивоу сталност судија, повезана са идејом реизбора (макар и почетног) судија представља својеврсни логички парадокс. Уставно решење пре промена је у великој мери негативно утицало на независност судија, јер се током пробног изборног периода могла мерити стручност и савесност, али и „подобност“ судија (што је у великој мери и показано општим ре(избором) или, могло би се рећи лустрацијом судија 2009. године, на основу Закона о судијама из 2008. године).²¹ Овакво нормативно решење је водило ка томе да судије током трогодишњег изборног периода треба на одређени начин да се „препоруче“ како би обезбедиле извесност будућег заиста сталног положаја.

У чл. 146 важећег Устава прописано да судијска функција траје од избора за судију до навршења радног века. Дакле, сада судијска функција траје непрекидно до краја радног века, без изузетка који је предвиђало раније решење за судије које се први пут бирају (наравно уз могућност да до престанка судијске функције дође и пре навршења радног века, под условима предвиђеним Уставом и Законом о судијама). На овај начин Уставом је загарантована апсолутна сталност судијске функције (као што је било учињено и Уставом Републике Србије из 1990. године).

Чини се да је ново уставно решење којим се гарантује истинска сталност судија највише допринело оснаживању њихове личне независности и обезбеђивању непристрасности у одлучивању. Положај судија је на овај начин стабилизован, отклоњена је неизвесност у погледу њиховог положаја, што је основни предуслов да би се обезбедила стварна судијска самосталност и независност приликом одлучивања.

4. ПОСТУПАК ИЗБОРА СУДИЈА

Измена поступка избора судија је неспорно била нужан корак ка деполитизацији судске власти. Уставним променама је искључено непосредно учешће Народне скупштине у поступку избора судија и председника судова, док је њихов избор препуштен Високом савету судства као независном државном органу који „јемчи независност судова, судија, председника судова и судија поротног“ (чл. 150), што је решење које представља важан и велики позитиван искорак.

Међутим, већ Уставом одређен састав Високог савета судства показује да се сада отишло у другу крајност. Наиме, измењеним уставним решењем је предвиђено да Високи савет судства чини 11 чланова: шест судија које бирају судије, четири истакнута правника које

²⁰ О критици тзв. пробног периода на који су се бирале судије је доста писано, видети на пример: Слободан Орловић, „Сталност судијске функције vs. општи реизбор судија у Републици Србији“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, 175. Владан Петров, „Предлози за промену Устава у делу који се односи на правосудје – преиспитивање Националне стратегије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 99–100.

²¹ Нестручне или несавесне судије су свакако могле бити разрешене из тих разлога.

бира Народна скупштина и председник Врховног суда (чл. 151).²² Већ је на први поглед јасно да овим телом доминира судска власт (седам чланова),²³ наспрам она четири чији је избор у рукама законодавне (представничке) власти као политичке гране власти. Потпуну доминацију судске власти у поступку избора судија је зацементирао Закон о Високом савету судства у чл. 20, којим је предвиђено да се одлука о избору судија доноси већином гласова свих чланова. Према Закону, за доношење одлуке о избору судија је довољно шест гласова (од могућих седам гласова чланова из реда судија),²⁴ што значи да гласови истакнутих правника уопште и нису потребни, односно да судска власт у суштини бира саму себе. Утицај истакнутих правника на избор судија сведен је на могућност непружања кворума за одлучивање (чл. 18, ст. 3 Закона о Високом савету судства предвиђа да је за одржавање седнице потребно присуство најмање осам чланова Високог савета). Осим тога, ни на овај начин истакнути правници не могу суштински утицати на (не)избор судија, јер је међу могућим разлозима за престанак функције члана Високог савета предвиђено и то да члану Савета функција престаје „ако учестало не учествује у раду Савета без оправданог разлога“ (чл. 54, ст. 3 Закона о Високом савету судства). Оваквом формулацијом се отвара проблем и Пандорина кутија могућих значења правних стандарда „учестало“ и „без оправданог разлога“, што опет утврђује Високи савет већином гласова свих чланова. Такво решење представља улазак у зачарани круг судократије, а истакнути правници се у поступку избора судија свODE на статисте, икебану која треба да украси састав Високог савета судства и пружи му неопходан народни легитимитет. Додуше, као и на друге одлуке Високог савета, и на одлуку о престанку функције члану Високог савета предвиђена је жалба Уставном суду (чл. 153 Устава Републике Србије; чл. 57 Закона о Високом савету судства).

Новум који представља на први поглед важно додатно јемство независности судства, омогућен Законом о судијама, је право жалбе Уставном суду против одлуке о избору на судијску функцију (чл. 59 Закона о судијама).²⁵ С обзиром на то да приликом избора судија Високи савет судства као компетентан и независан орган оцењује стручност, оспособљеност и достојност кандидата, као и да прописује показатеље за њихову оцену, поставља се питање целисходности увођења жалбе Уставном суду против одлуке о избору на судијску функцију.

²² И након измена, у чл. 151, ст. 6 Устава је задржано веома добро решење (које доприноси унутрашњој независности судства) да председници судова не могу бити бирани у Високи савет судства.

²³ Не треба губити из вида чињеницу да приликом избора чланова Високог савета судства из реда судија кључну неформалну улогу имају струковна судијска удружења, нарочито с обзиром на то да је законским решењем предвиђена заступљеност судова различите врсте и степена. Наиме, у чл. 26 Закона о Високом савету судства, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 10/2023 је прописано да се изборни чланови Савета из реда судија бирају из следећих судова: један из Врховног суда, један из апелационих судова и Управног суда, један из виших судова, један из привредних судова и Привредног апелационог суда, један из основних судова, један из прекршајних судова и Прекршајног апелационог суда. Притом, судија гласа само за кандидата са листе кандидата врсте, односно степена суда у којем врши судијску функцију (чл. 28, ст. 3).

²⁴ Треба имати у виду чињеницу да према изменама Устава председнике судова, као и председника Врховног суда сада бира Високи савет судства, додуше већином од осам гласова (чл. 150, ст. 2 Устава Републике Србије; чл. 20, ст. 2 Закона о Високом савету судства).

²⁵ Законом о судијама је уведено и право жалбе Уставном суду у више случајева: против одлуке о удаљењу судија (чл. 17), против решења о трајном премештају судија (чл. 19, ст.8), против решења о привременом упућивању судија (чл. 20, ст.6), против одлуке о разрешењу председника суда (чл. 82, ст. 4). Као и у ранијем законском решењу предвиђене су и жалбе Уставном суду против одлуке Високог савета судства у случајевима када се сматра да судија није изабран (чл. 63, ст. 3), као и против одлуке о престанку судијске функције (чл. 73).

Досадашњим законским решењем (на које је упућивао Устав) је било омогућено само право жалбе на одлуку о престанку судијске функције. Чак и тада, када је постојао само тај један правни лек о коме би одлучивао Уставни суд, оправдано је указивано на слабости тог решења и на „неразумевање `духа` институције Уставног суда“. Како је истицао Ратко Марковић: „Спор о престанку судске функције није уставни спор, у њему није реч о повреди Устава као код уставне жалбе, па отуда Уставни суд не треба да буде надлежан за његово решавање. Стављањем решавања овог спора у надлежност Уставном суду, тај Суд се чини инстанционим судом, што он по својој природи никако не може бити“.²⁶ На страну аргумент преоптерећености Уставног суда, који због великог броја уставних жалби, а сада и нових других жалби предвиђених сетом правосудних закона,²⁷ тако „претоварен“ неће стизати да се бави основном и најважнијом делатношћу – нормативном контролом. Све у свему, заиста се чини да претераним проширивањем надлежности Уставног суда (од одлучивања поводом уставних жалби до разноврсних других жалби) приближавамо америчком моделу правосуђа, где би Уставни суд на крају могао постати нешто попут Врховног суда САД.²⁸ Међутим, без обзира на поменуте примедбе које су основане, чини се да је увођењем права жалбе Уставном суду (као политичко судском органу) против одлуке о избору на судијску функцију успостављен какав-такав (недовољан, али нужан) корективни фактор у поступку избора судија (који је готово у потпуности у рукама судске власти). У првој расправи пред Уставним судом, која је недавно одржана поводом жалби кандидата који нису изабрани на јавнотужилачке функције, судија Шкулић је с правом истакао да Уставни суд није „некакав надизборни орган“ који располаже изборним правом судија и тужилаца, већ само жалбени суд са стриктно касационим овлашћењем.²⁹ Дакле, Уставни суд је сада постао не више само „негативни законодавац“, него и орган „негативац“ у погледу избора носилаца правосудних функција.

У теорији се најчешће указује на проблем могућег политичког утицаја на четири члана Високог савета судства које бира Народна скупштина. Без улажења у решавање питања „прикривених“ начина политичког утицаја кроз критеријуме или њихово непостојање за одабир „истакнутих правника“, а(политичност) петочлане комисије која је надлежна за њихов избор у случају да се не може постићи Уставом захтевана већина, нужно је одговорити на једно претходно питање. Због чега народно представништво (као израз народне суверености) не би могло да изабере четири представника по својој вољи, невезано за било какве додатне критеријуме (па све и да су чланови политичких странака, мада садашње уставно решење

²⁶ Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, 22.

²⁷ И Закон о Високом савету судства уводи жалбу Уставном суду као правно средство против одлука о удаљењу члана Савета (чл. 12, ст. 5), против решења Савета о приговору поводом повреде изборног права (чл. 41), против одлука о престанку функције члана Савета (чл. 57). Жалба Уставном суду је на много места предвиђена и новим тзв. јавнотужилачким законима.

²⁸ Приближавање англоамеричком правном систему је евидентно, имајући у виду чињеницу да је судска пракса и код нас постала важан фактички извор права. Када пишу о судократији, највећи број аутора првенствено има у виду данашњу све већу доминацију уставних судова широм света, видети: Alec Stone Sweet, *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA) 2000; Hirschl, *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (USA)–London (UK) 2004.

²⁹ Александра Петровић, „Историјска расправа у Уставном суду“, *Политика*, 17. 5. 2024, доступно на: <https://www.politika.rs/scclanak/615124/Isto-rij-ska-ras-pra-va-u-Ustav-nom-su-du>, 21. 5. 2024.

то изричито не дозвољава)? Изгледа као да се у овом сегменту више не види шума од дрвећа. Судску власт није добро ни у потпуности еманциповати и лишити било какве зависности од других грана власти. Још је Ђорђе Тасић указивао на то да не одговара начелу поделе власти да једна власт произлази из саме себе, јер свака власт произлази из народа.³⁰ Тасић с правом упозорава да се искључивим избором судија од стране судијских колегијума ствара „еснафски дух“ где би се људи постављали по „личном познанству и везама“. И поједини савремени аутори указују на чињеницу да је смањивање политичког утицаја приликом избора судија повезано и кореспондира са повећањем судијског „корпоративизма“.³¹

Према мишљењу многих аутора стављање избора судија у надлежност Високог савета судства је највећи помак ка владавини права, а према мишљењу појединих аутора, чак је и то недовољан помак јер и даље постоји могућност политичког утицаја. У настојању да се обезбеди што „дебља“ (*thick*) либерална верзија владавине права и независног судства у томе се чак и претерало, тако да смо постали „већи католици од самог Папе“, отворивши пут настанку судократије.³²

Стиче се утисак да је било сасвим довољно ставити избор судија у руке Високог савета судства, а његов састав оставити истим као и у претходном уставном решењу, уз корекцију начина избора чланова из реда судија, што је требало препустити судској власти.³³ На тај начин би се очувао нужни баланс између грана власти (и даље би већину чинили чланови из реда судија, а у поступак избора би остали макар формално укључени представници друге две гране власти – министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине). Тако би се донекле спречила доминација једне гране власти, што није само наш проблем.³⁴ Задржавањем ових „спољних чланова“ у Високом савету судства би се задржала традиционално утемељена, важна институционална веза између судства и друге две тзв. политичке гране власти.

30 Ђорђе Тасић, „О јемствима судске независности“, Споменаца седме главне скупштине Конгреса правника Краљевине Југославије, Конгрес правника, Београд 1935, 32–33.

31 Guarneri, „Judicial Independence in Europe: Threat or Resource for Democracy?“, 354–355.

32 Добра новина и делимична брана настанку судократије (али и додатно обезбеђење унутрашње независности судија) је то што према решењу новог Закона о судијама председници судова (које сада такође бира Високи савет судства, а мандат од пет година им је одређен у чл. 149 Устава) не могу више пута бити бирани на ту функцију у истом суду (чл. 77).

33 Тиме би био задовољен и један од основних захтева европских институција да најмање 50% чланова судског савета буду судије које су биране од стране судија, видети: European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), *Councils for the Judiciary Report 2010-2011*, para. 2.1, доступно на: https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/report_project_team_councils_for_the_judiciary_2010_2011.pdf, 1. 5. 2024; Consultative Council of European Judges (CCJE), *Opinion no. 10 (2007)*, para. 18, доступно на: <https://rm.coe.int/168074779b>, 1. 5. 2024.

34 На тешкоће успостављања баланса између два екстрема приликом избора судија – с једне стране могућности политичког утицаја, а с друге, опасности склизвања у судократију – указивали су многи аутори. Видети на пример упоредну студију о избору судија од стране судијских колегијума у којој се расветљава овај проблем: N. Garoupa, T. Ginsburg, „Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence“, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 1/2009, 103–134. На истом фону, видети и сјајну упоредну анализу различитих система избора судија у политичким и правним системима у САД, Африци, Европи, Аустралији и Азији и њихов утицај на повећање моћи судства, Kate Malleson, Peter H. Russell (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006.

5. ПРЕСТАНАК СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ

У чл. 146 Устава којим се гарантује сталност судијске функције (трајање од избора до навршења радног века) у ст. 3 је регулисан и престанак судијске функције пре навршења радног века у следећим случајевима: „ако сам то затражи, ако трајно изгуби радну способност за вршење судијске функције, ако му престане држављанство Републике Србије или ако буде разрешен“. Као и у претходном уставном решењу и сада је одлука о престанку судијске функције у рукама Високог савета судства (чл. 146, ст. 5). Такође, као и раније, омогућено је право жалбе (која искључује право на уставну жалбу) против одлуке Високог савета судства о престанку судијске функције (чл. 146, ст. 6).³⁵

Сам поступак престанка судијске функције је детаљно регулисан Законом о судијама: у чл. 65 у случају престанка судијске функције на сопствени захтев, у чл. 66 у случају навршења радног века, у чл. 67 у случају трајног губитка радне способности за обављање судијске функције и у чл. 69–71 у случају разрешења.

Оно што је један од важнијих доприноса нове, измењене уставне солуције за постижање вишег нивоа независности судства (поред обезбеђивања истинске сталности судија које више не подлежу реизбору) је конституционализовање разлога за разрешење судија: „Судија се разрешава ако буде осуђен за кривично дело на казну затвора од најмање шест месеци или ако је у дисциплинском поступку утврђено да је учинио тежак дисциплински прекршај који, према оцени Високог савета судства, озбиљно штети угледу судијске функције или поверењу јавности у судове“ (чл. 146, ст. 4).

6. ОГРАНИЧЕНОСТ УСЛОВА ЗА ПРЕСТАНАК СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ

У погледу могућих разлога за престанак судијске функције уставотворац је био прилично детаљан и ограничио је могуће основе престанка. Наравно, они су додатно разрађени Законом о судијама. У чл. 64 Закона се поново спецификују сви разлози престанка судијске функције као и у чл. 146, ст. 3 Устава.

Најделикатнији основ престанка, који се не може баш лако и егзактно утврдити (као егзактни разлози попут година навршења радног века или губитка држављанства, па и процене трајног губитка радне способности коју врше лекари) јесу могући разлози разрешења и њихово утврђење којима је Устав посветио нужну, а законодавац посебну пажњу (чак четири члана). У чл. 68 Закона се понављају могући основи разрешења прописани у чл. 146, ст. 4 Устава. Притом, један од основа за разрешење није тешко утврдити – осуду на казну затвора у трајању од најмање шест месеци. Међутим, оно што ствара већи проблем и отвара простор за дискрециону оцену Високог савета судства јесте надлежност за утврђивање чињеница о томе да ли је „тежак дисциплински прекршај судије који је утврђен правоснажном одлуком

³⁵ Одредбе о надлежности за доношење одлуке о престанку функције и о жалби на одлуку о престанку судијске функције Уставном суду, додатно су разрађене у чл. 72 и чл. 73 Закона о судијама.

такав да озбиљно штети угледу судијске функције или поверењу јавности у судије“ (чл. 70, ст. 1 Закона о судијама).

Упркос примедбама да су разлози за разрешење судија одређени Уставом веома рестриктивно,³⁶ детаљније регулисање је оправдано препуштено законодавцу који је (као и у претходном решењу Закона о судијама) настојао да што ближе одреди шта подразумева „дисциплински прекршај“ који представља несавесно вршење функције или понашање судије недостојно судијске функције (чл. 96 Закона о судијама).³⁷ Такође, Законом о судијама је изричито забрањено да се другим законом прописује дисциплински прекршај судије (чл. 97, ст. 6). У чл. 97, ст. 2 Закона се детаљно одређује и шта се подразумева под тешким дисциплинским прекршајем: „ако је услед извршења дисциплинског прекршаја из става 1. тач. 1)-3), 9) 10), 12), 15), 17)-20) овог члана дошло до озбиљног поремећаја у раду суда или нарушавања угледа и поверења јавности у судство, а нарочито застаревања предмета због несавесног рада судије и ако је наступила већа штета у имовини странке у поступку, као и у случају поновљеног дисциплинског прекршаја“.³⁸ Овакво нормативно решење је сасвим прихватљиво, имајући у виду да би приближавање правног стандарда несавесног поступања односно тешког дисциплинског прекршаја Уставом било претерано детаљисање којим би се значајно оптеретио сам текст Устава. Штавише, новим законским решењем је у односу на старо сужен круг дисциплинских прекршаја који се могу сматрати тешким, а самим тим и потенцијалних основа за разрешење судија због несавесности или недостојности. Искључени су следећи дисциплински прекршаји: узимање предмета у рад редом који неоправдано одступа од реда којим су примљени, учестало кашњење на заказана рочишта или претресе, очигледно некоректно поступање према учесницима у судским поступцима и запосленима у суду, непоштовање радног времена, неоправдано непохађање програма обуке. Сужавање круга могућих основа разрешења судија засигурно доприноси већој независности судија, њиховом „комфорнијем“ положају, имајући у виду чињеницу да је највећи број наведених дисциплинских прекршаја таквог карактера да ниједног судију не би било тешко разрешити (у зависности од лоше или добре намере оних који одлучују).

36 „Колико год је било важно да се разлози за разрешење поставе што прецизније и уже, текстом уставног амандмана ти разлози су постављени изузетно рестриктивно. Несавесност или нестручност не могу бити разлози за разрешење судија. Дакле, без обзира на то колики је степен несавесности или нестручности обављања судијске функције, судија не може бити разрешен из тих разлога“, Симоновић, *op. cit.*, 103.

37 „Несавесно вршење судијске функције и функције председника суда је поступање које је супротно прописаним обавезама и забранама у вршењу функције или у вези са вршењем функције. Понашање недостојно судијске функције представља понашање судије и председника суда у вршењу функције и изван вршења функције којим се нарушава углед суда и поверење грађана у судство“, чл. 96, ст. 2 и ст. 3 Закона о судијама.

38 То су следећи дисциплински прекршаји: повреда начела непристрасности, пропуштање судије да тражи изузеће у предметима у којима постоји очигледан разлог за изузеће, односно искључење предвиђен законом, неоправдано одуговлачење поступка или неоправдано незаказивање рочишта или претреса или неоправдано кашњење у изрази одлука, прихватање поклона супротно пропису који уређује сукоб интереса, упуштање судије у непримерени однос са странком или његовим правним заступником у поступку који води, обављање друге функције, посла или приватног интереса који су неспојиви са судијском функцијом, непоступање по одлуци Високог савета судства о упућивању на обавезан здравствени преглед, неоправдано непоступање председника суда по мери донетој у поступку надзора, неоправдано непоступање по годишњем распореду судијских послова у суду или неоправдана повреда принципа случајног судије супротно закону, непримерено вршење утицаја на судију у вршењу судијске функције, кршење одредбе Етичког кодекса у већој мери које је утврђено од стране Етичког одбора.

За разлику од претходног нормативног (законског) решења, нестручно вршење судијске функције више није могући основ за разрешење судија.³⁹ Нестручним се сматрало недовољно успешно вршење судијске функције (ако судија добије оцену „не задовољава“) у складу са критеријумима за вредновање рада судија. Чини се да је накнадна оцена стручности судија која води разрешењу (упркос постојању релативно објективних критеријума процене) отварала могућност субјективне процене, јер махом квантитативни критеријуми често нису потпуно објективан показатељ правог стања ствари.

С друге стране, основане су примедбе да „независност судства не треба изједначава-ти са апсолутном неодговорношћу судија у вези са начином обављања судијске функције“.⁴⁰ Као и у свему и овде је потребно наћи меру, а како један амерички аутор закључује, одговорно судство без независности је слабо, а независно судство без одговорности је опасно.⁴¹

Све у свему, ново законско решење ипак чини судију „независнијим“. У сваком случају, на критеријуме стручности се морало пазити приликом избора на судијску функцију.⁴² Међу општим условима за избор судија су остали стручност, оспособљеност и достојност за вршење функције (чл. 48 и чл. 50), а у чл. 51 су прописани критеријуми за утврђивање стручности и оспособљености кандидата за судију који се први пут бира на судијску функцију. Дакле, када судија ступи на функцију подразумева се да је стручан. Али, то не значи да рад судије после избора више не подлеже никаквој контроли.

Додатно, Закон и даље предвиђа да се рад судија периодично вреднује и након ступања на функцију (сада једном у пет година – чл. 39, ст. 1), и то од стране трочлане комисије Високог савета судства коју чине три члана *искључиво* (подвукао аутор) из реда судија (чл. 38, ст. 2). Међутим, сада одлука о вредновању више није основ за разрешење судије, већ за обавезну обуку судије (чл. 40, ст. 5) ради отклањања недостатака у раду судије уочених приликом вредновања (чл. 10, ст. 3). Тако је ипак Законом донекле направљен баланс између одговорности судије за свој рад (стручност након избора није потпуно остављена по страни) и његове независности коју учвршћује искључење нестручности као могућег основа за разрешење.

39 Нестручно вршење функције је остало као и раније један од основа за разрешење, односно престанак функције председника судова (чл. 80 Закона о судијама).

40 Симоновић, *op. cit.*, 103.

41 Stephen B. Burbank, „What Do We Mean by ‘Judicial Independence’“, *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 1/2003, *passim*. Слично становиште заступају и Гварнијери и Пиана који указују на нужност успостављања баланса између независности судства и одговорности судија, јер „сувише независне судије – уколико постану неодговорне – могу бити уловљене од стране моћних спољних интереса“, Carlo Guarnieri, Daniela Piana, „Judicial Independence and the Rule of Law: Exploring the European Experience“, *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges* (eds. Shimon Shetreet, Christopher Forsyth), Brill, Leiden (NL)–Boston (USA) 2012, 123. Видети и: Аврамовић, Јованов, *op. cit.*, 503.

42 У чл. 145 Устава је предвиђено да се услови за избор судија уређују законом.

7. МАТЕРИЈАЛНА НЕЗАВИСНОСТ

Као и у претходном уставном решењу, ни изменама Устава није установљена гаранција висине плата судија, што Мелтон и Гинсбург оправдано сматрају једним од основних јемстава независности судија,⁴³ нарочито од утицаја политичких грана власти. Средства за рад судова су и даље у рукама Народне скупштине, односно обезбеђују се у буџету Републике Србије, али „треба да обимом и приливом одржавају независност судске власти и омогућавају уредан рад судова“ (чл. 86 Закона о уређењу судова). За разлику од претходног закона, сада је јасно раздвојена надлежност у погледу предлагања и извршења буџетских средстава и направљен је нужни баланс. Успостављена је контрола од стране извршне власти над делом расхода који нису непосредно повезани са приходима судија. Наиме, у чл. 87 Закона је прописано да Високи савет судства предлаже обим и структуру буџетских средстава неопходних за текуће расходе судова (осим расхода за судско особље) и врши расподелу судовима, док министарство надлежно за послове правосуђа предлаже обим и структуру буџетских средстава неопходних за текуће расходе за судско особље, одржавање опреме и објеката судова, расходе за инвестициона и капитална улагања у судове, уређење и развој правосудног информационог система и врши расподелу ових средстава. Имајући у виду чињеницу да према изменама Устава министар правде више није члан Високог савета судства, овакво решење је било нужно и представља солидну гаранцију независности самих судија, али судство у целини, као део државне власти оставља у односу међузависности, затварајући пут настанку судократије. Међутим, с друге стране, упркос гаранцијама материјалне независности судија (плате, а новим Законом и пензије, у складу са достојанством судијске функције и одговорношћу судије, у висини која гарантује његову независност и материјалну сигурност)⁴⁴ у рукама законодавца је ипак и даље остало одређивање основе за обрачун и исплату плате судије која се утврђује Законом о буџету (чл. 41, ст. 4 Закона о судијама), што отвара простор за посредни политички притисак на судије.

Поједини аутори указују на недостатак измењеног уставног решења у коме се изостављају материјалне гаранције независности судија, али и судова „које обезбеђују доследно остваривање начела поделе власти“, јер „без одговарајуће финансијске самосталности, судска власт не може бити делотворна, па тако ни независна“.⁴⁵ Свакако би, као што је већ раније поменуто, било веома корисно за успостављање независног положаја судија, да је Уставом зајемчена и њихова материјална независност.

Међутим, овде се преплићу две ствари, које делом јесу међузависне. С једне стране, гаранција плате судије која омогућава пристојан живот судије и његове породице и омогућава одупирање недостојним утицајима и непристрасно одлучивање, а с друге потпуно независан буџет судства као гране власти који би ту грану власти учинио потпуно финансијски независном од државе, односно државне власти, чији је и сама део. Личној финансијској независности судија се не може ставити било каква примедба, напротив, њу је нужно обезбедити, док институционална финансијска независност судства представља пут у судократију или у још нешто горе од тога. Јер, ко би финансирао судску власт ако не сама држава (кроз буџет)

⁴³ Видети и : Тасић, *op. cit.*, 15.

⁴⁴ Закон о судијама, чл. 5.

⁴⁵ Симовић, *op. cit.*, 106.

чији је саставни део? Подсетимо се речи норвешког професора Екхофа који је упозоравао да зависност од једног извора утицаја, као што је народно представништво које поседује легитимитет, може бити брана и обезбедити независност од других извора утицаја попут политичких партија, лоби група,⁴⁶ додајмо и других друштвених (домаћих или међународних), нарочито економских центара моћи.

Може се закључити да би постојање и утврђивање фиксног, самосталног судског буџета предвиђеног за плате (и пензије) судија било нужно како би се омогућило непристрасно одлучивање и достојан живот судија независан од политичког утицаја. С друге стране, расходи везани за институционално функционисање судства морају остати под контролом других, политичких грана власти, што је добрим делом и учињено новим Законом о уређењу судова.

8. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Реформе судства које су спровођене широм Европе током друге половине XX века (углавном уз подстицај и подршку Савета Европе) су довеле до значајног повећања независности судства и судија, док је политички утицај у великој мери смањен или је скоро у потпуности нестao. Како спроведена компаративна истраживања указују, од модела који карактерише потпуни политички утицај на судство, велики број европских држава је клизио ка другој страни спектра, а један део и ка потпуно другој крајности, ка типу независности судства (и унутрашње и спољне) који се у литератури (али и у препорукама различитих европских институција) означава као „самовладавина“ (најчешће спровођена кроз делатност судских савета).⁴⁷ С правом примећују Гварнијери и Пиана да су реформе у правцу јачања независности судства корисне за владавину права, али да уколико се спроводе изнад одређеног нивоa, њихов позитивни утицај опада.⁴⁸

Након спроведене анализе различитих индикатора *de iure* независности судства у Републици Србији у периоду након уставних промена 2022. године, може се закључити да смо се и ми нашли међу државама које нагињу самовладавини судске власти. У односу на претходни период, неспорно је много тога учињено што је било нужно на путу владавине права и учвршћивању независности судија и њихове непристрасности – од увођења апсолутне сталности судијске функције чији је избор сада искључиво у рукама Високог савета

46 Torstein Eckhoff, „Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence“, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 9, 1965, 47–48.

47 Guarnieri, Piana, *op. cit.*, 117. Према истраживању које је спроведено пре више од двадесет година Италија (нарочито због састава судског савета у коме судије представљају убедљиву већину) је постигла највиши ниво институционалне независности судства („самовладавине“) међу европским државама, Carlo Guarnieri, „Appointment and Career of Judges in Continental Europe: The Rise of Judicial Self-government“, *Legal Studies*, vol. 24, 1–2/2004, *passim*. Видети и: Guarnieri, Piana, *op. cit.*, 117. Тако на пример *European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ)* у свом извештају за 2010–2011. годину (*Councils for the Judiciary Report 2010–2011*) износи препоруку 1.4. да судски савети поред тога што треба да имају уставни статус, обезбеде независност судства „од сваке друге власти“ треба и да „обезбеде ефективну самовладавину“, доступно на: https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/report_project_team_councils_for_the_judiciary_2010_2011.pdf, 1. 5. 2024.

48 Guarnieri, Piana, *op. cit.*, 123.

судства, до уставног регулисања разлога за разрешење судија. Међутим, позиционирање Високог савета судства као органа са искључивом надлежношћу за готово сва суштинска питања која се тичу положаја судске власти и одсуство ефективне политичке контроле⁴⁹ (а самим тим и одговорности) представља оно што теоријски није баш пожељно, тј. потпуну институционалну независност судства. У теорији се оправдано истичу и аргументи да недостатак спољне контроле лако може водити ка корупцији судија, корпоративизму, чак и ка фаворизму и непотизму приликом избора судија.⁵⁰

Сprovedена промена састава и начина одлучивања Високог савета судства у коме судије имају потпуну превагу (додуше, не тако драстично као у Италији) ће извесно прокрчити пут настанку судократије, кроз постепено осамостаљивање, па и доминацију судске власти над друге две гране власти. Није потребно понављати ни то да са порастом фактичког значаја судске праксе и приближавања (додуше, још увек не формалног) судском прецеденту као извору права, додатно расте моћ и утицај судства. Протек времена може бити једини тест за испитивање ових теза, а први показатељ ће бити, или је можда већ постао, начин функционисања овако нормативно постављене независности судства и *de facto*.

Након свега реченог, питање је да ли би и у овом раду сугерисана нормативна решења била пут ка разрешењу вечне апорије и успостављању одговарајућег баланса између два у основи противречна захтева – независног, али истовремено и одговорног судства.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамовић, Д., „Један нови поглед на владавину права“, *Правни живот* 14/2009, 359–370.
- Аврамовић, Д., „Устав Републике Србије из 2006. године и начело правне државе – мит или истина?“, *Српска политичка мисао*, посебно издање 2017, 47–65.
- Аврамовић, Д., Јованов, И., „Мит о независности судства“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2021, 495–510.
- Avramović, D., Simović, D., Jugović, S., „Judicial Independence, Rule of Law, and the Case of Serbia“, *Archibald Reiss Days*, Vol. II, Belgrade, 2013, 87–98.
- Bobek, M., Kosař, D., „Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe“, *German Law Journal*, vol. 15, 7/2014, 1257–1292.

⁴⁹ Чланови Савета из реда истакнутих правника које бира Народна скупштина чији је положај Законом у великој мери маргинализован се не могу сматрати видом политичке контроле. Напротив, они служе првенствено као средство обезбеђења неопходног демократског легитимитета том телу (можда је мало грубо поређење, али попут учешћа судија поротника у судском поступку). Једино би се могло рећи да кроз омогућавање жалби Уставном суду поводом важних питања која се тичу судства делимично омогућава корекцију (и пасивна контрола) рада Савета. Ипак, не треба губити из вида да је и Уставни суд, у ширем смислу, данас код нас све више и судски орган (а не превасходно политички). Такође, као последње посредно средство политичке контроле у ширем смислу (али у овом случају би се то практично могло свести на уцену и не би било делотворно јер би могло угрозити непристрасност одлучивања судија) остала је делимична финансијска контрола судства од стране представничког тела кроз одлучивање о Закону о буџету.

⁵⁰ Mivhail Bobek, David Kosař, „Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe“, *German Law Journal*, vol. 15, 7/2014, 1271, 1292.

- Burbank, S., „What Do We Mean by ‘Judicial Independence’“, *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 1/2003, 323–339.
- Garoupa, N., Ginsburg, T., „Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence“, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 1/2009, 103–134.
- Guarnieri, C., „Appointment and Career of Judges in Continental Europe: The Rise of Judicial Self-government“, *Legal Studies*, vol. 24, 1–2/2004, 169–187.
- Guarnieri, C., „Judicial Independence in Europe: Threat or Resource for Democracy?“, *Representation*, vol. 49, 3/2013, 347–359.
- Guarnieri, C., Pederzoli, P., *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA) 2002.
- Guarnieri, C., Piana, D., „Judicial Independence and the Rule of Law: Exploring the European Experience“, *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges* (eds. S. Shetreet, C. Forsyth), Brill, Leiden (NL)–Boston (USA) 2012, 113–124.
- Денковић, Д., „Судска функција и политика“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1969, 201–220.
- Ђурђић, С., „Да ли ће и када судство у Србији бити заиста независно?“, *Правно-политичке расправе о правосуђу* (ур. М. Јовановић), ЦЕПРИС, Београд 2022, 17–35.
- Eckhoff, T., „Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence“, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 9, 1965, 11–48.
- Кутлешић, В., „Нема независног судства“, <https://www.ekspres.net/politika/nema-nezavisnog-sudstva-vladan-kutlesic-profesor-ustavnog-prava-na-univerzitetu-union-nikola-tesla>.
- Malleson, K., Russell, P. H. (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006.
- Марковић, Р., „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, 5–46.
- Melton, J., Ginsburg, T., „Does De Jure Judicial Independence Really Matter?: A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence“, *Journal of Law and Courts*, 2/2014, 187–218.
- Орловић, С., „Сталност судијске функције vs. општи реизбор судија у Републици Србији“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, 163–186.
- Петров, В., „Предлози за промену Устава у делу који се односи на правосуђе – преиспитивање Националне стратегије“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 68/2014, 97–108.
- Петровић, А., „Историјска расправа у Уставном суду“, *Политика*, 17. 5. 2024, <https://www.politika.rs/scc/clanak/615124/Isto-rij-ska-ras-pra-va-u-Ustav-nom-su-du>.
- Симовић, Д., „Уставни амандмани из нужде – критички осврт на уставну реформу судске власти“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2022, 85–119.
- Stone Sweet, A., *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA) 2000.
- Тасић, Ђ., „О јемствима судске независности“, Споменица седме главне скупштине Конгреса правника Краљевине Југославије, Конгрес правника, Београд 1935, 24–37.
- Feld, L., Voigt, S., „Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators“, *European Journal of Political Economy*, vol. 19, 2003, 497–527.

- Хасанбеговић, Ј., „Може ли промена устава да промени судско правосуђе набоље?“, *Правно-политичке расправе о правосуђу* (ур. М. Јовановић), ЦЕПРИС, Београд 2022, 7–17.
- Hirschl, R., *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (USA)–London (UK) 2004.

Прописи и меко право

- Акт о промени Устава Републике Србије, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/ostala_akta/2021/2166-21%203.pdf
- European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), *Councils for the Judiciary Report 2010-2011*, https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/report_project_team_councils_for_the_judiciary_2010_2011.pdf.
- Закон о Високом савету судства, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 10/2023.
- Закон о судијама, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 10/2023.
- Закон о уређењу судова, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 10/2023.
- Мишљење Венецијанске комисије бр. 921/2018 о Нацрту амандмана на уставне одредбе о правосуђу од 25. јуна 2018. године, https://www.mpravde.gov.rs/files/Misljenje%20Vene-cijanske%20komisije%20_prevod%20srpski.pdf.
- Мишљење Консултативног већа европских судија бр. 18/2015 „Положај правосуђа и његов однос са другим државним властима у модерној демократији“, <https://rm.coe.int/16807481a1>.
- Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 98/2006 и 115/2021.
- Consultative Council of European Judges (CCJE), *Opinion no. 10 (2007)*, <https://rm.coe.int/168074779b>.

LITERATURE

- Avramović, D., „A New Look at the Rule of Law“, *Pravni život* 14/2009, 359–370.
- Avramović, D. „The 2006 Constitution of the Republic of Serbia and the Principle of the Rule of Law – Myth or Truth?“, *Serbian Political Thought*, Special Edition 2017, 47–65.
- Avramović, D., Jovanov, I., „The Myth of Judicial Independence“, *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, 2/2021, 495–510.
- Avramović, D., Simović, D., Jugović, S., „Judicial Independence, Rule of Law, and the Case of Serbia“, *Archibald Reiss Days*, Vol. II, Belgrade, 2013, 87–98.
- Bobek, M., Kosař, D., „Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe“, *German Law Journal*, vol. 15, 7/2014, 1257–1292.
- Burbank, S., „What Do We Mean by ‘Judicial Independence’“, *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 1/2003, 323–339.

- Garoupa, N., Ginsburg, T., „Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence“, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 1/2009, 103–134.
- Guarnieri, C., „Appointment and Career of Judges in Continental Europe: The Rise of Judicial Self-government“, *Legal Studies*, vol. 24, 1–2/2004, 169–187.
- Guarnieri, C., „Judicial Independence in Europe: Threat or Resource for Democracy?“, *Representation*, vol. 49, 3/2013, 347–359.
- Guarnieri, C., Pederzoli, P., *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA) 2002.
- Guarnieri, C., Piana, D., „Judicial Independence and the Rule of Law: Exploring the European Experience“, *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges* (eds. S. Shetreet, C. Forsyth), Brill, Leiden (NL)–Boston (USA) 2012, 113–124.
- Denković, D., „Judicial Function and Politics“, *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, 1969, 201–220.
- Đurđić, S., „Will and when will the judiciary in Serbia be truly independent?“, *Legal and political discussions on the judiciary* (ed. M. Jovanović), CEPRIS, Belgrade 2022, 17–35.
- Eckhoff, T., „Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence“, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 9, 1965, 11–48.
- Kutlešić, V., „There is no independent judiciary“, <https://www.ekspres.net/politika/nema-nezavisnog-sudstva-vladan-kutlesic-profesor-ustavnog-prava-na-univerzitetu-union-nikola-tesla>.
- Malleson, K., Russell, P. H. (eds.), *Appointing Judges in the Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006.
- Marković, R., „The 2006 Constitution of the Republic of Serbia – A Critical View“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2/2006, 5–46.
- Melton, J., Ginsburg, T., „Does De Jure Judicial Independence Really Matter?: A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence“, *Journal of Law and Courts*, 2/2014, 187–218.
- Orlović, S., „Permanence of Judicial Function vs. General Reelection of Judges in the Republic of Serbia“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2/2010, 163–186.
- Petrov, V., „Proposals for amending the Constitution in the part relating to the judiciary – a review of the National Strategy“, *Proceedings of the Faculty of Law in Niš*, 68/2014, 97–108.
- Petrović, A., „Historical debate in the Constitutional Court“, *Politika*, 17. 5. 2024, <https://www.politika.rs/scc/clanak/615124/Isto-rij-ska-ras-pra-va-u-Ustav-nom-su-du>.
- Simović, D., „Constitutional amendments out of necessity – a critical review of the constitutional reform of the judiciary“, *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, 1/2022, 85–119.
- Stone Sweet, A., *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA) 2000.
- Tasić, Đ., „On the Guarantees of Judicial Independence“, *Memorial of the Seventh General Assembly of the Congress of Lawyers of the Kingdom of Yugoslavia*, Congress of Lawyers, Belgrade 1935, 24–37.
- Feld, L., Voigt, S., „Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators“, *European Journal of Political Economy*, vol. 19, 2003, 497–527.
- Hasanbegović, J., „Can Constitutional Amendments Change Judicial Judiciary for the Better?“, *Legal-Political Discourses on the Judiciary* (ed. M. Jovanović), CEPRIS, Belgrade 2022, 7–17.

Hirschl, R., *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (USA)–London (UK) 2004.

Regulations and Soft Law

Act on Amendments to the Constitution of the Republic of Serbia, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/ostala_akta/2021/2166-21%203.pdf

European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), Councils for the Judiciary Report 2010-2011, https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/report_project_team_councils_for_the_judiciary_2010_2011.pdf.

Law on the High Judicial Council, “Official Gazette of the Republic of Serbia” No. 10/2023.

Law on Judges, „Official Gazette of the Republic of Serbia“ No. 10/2023.

Law on the Organization of Courts, “Official Gazette of the Republic of Serbia” No. 10/2023.

Opinion of the Venice Commission No. 921/2018 on the Draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary of 25 June 2018, https://www.mpravde.gov.rs/files/Misljenje%20Venecijanske%20komisije%20_prevod%20srpski.pdf.

Opinion of the Consultative Council of European Judges No. 18/2015 “Position of the judiciary and its relationship with other state authorities in a modern democracy”, <https://rm.coe.int/16807481a1>.

Constitution of the Republic of Serbia, “Official Gazette of the Republic of Serbia” No. 98/2006 and 115/2021.

Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion no. 10 (2007), <https://rm.coe.int/168074779b>.

MEASURING INDEPENDENCE OF JUDICIARY DE IURE IN THE REPUBLIC OF SERBIA AFTER CONSTITUTIONAL CHANGES OF 2022

Dragutin Avramović⁵¹

Faculty of Law of the University of Novi Sad

Summary: *More than a decade ago, the author published the co-authored article containing the case study of de iure independence of judges in the Republic of Serbia, as well as of the changes de constitutione and de lege ferenda that could be performed. The authors had applied the methodical framework developed by Melton and Ginsburg, using six key indicators of de iure independence of judges (statement of judicial independence, judicial tenure, selection procedure, removal procedure, limited removal conditions, and salary insulation). Using the same methodological matrix as in the previous article, the author tends to determine what has been done and what changes took place in the Republic of Serbia after the constitutional changes of 2022 and new judiciary laws.*

Contrary to some assessments in the literature that the novelties of 2022 were just a small or almost no step forward on the path to the rule of law strengthening, the author finds that quite a lot was done and that the weakest points of the previous normative framework (mentioned in the earlier article) are mostly eliminated. All the more, by measuring the same parameters which are determining de iure judicial independence, it is founded that the tendency to achieve “thick” rule of law has been exaggerated. Insisting upon a “romanticised picture” of the independent judiciary was particularly visible in some solutions, particularly those relating to the election of judges. Owing to this quantitative analysis the author finds that the constitutional changes in the Republic of Serbia of 2022 have opened a way to the opposite exaggeration, namely to something that could be labelled in theory as juristocracy/courtocracy.

Key words: *election of judges; non-transferability of judges; termination of judicial office; financial independence; juristocracy.*

⁵¹ Full Professor, Faculty of Law of the University of Novi Sad ORCID ID: 0000-0003-3383-4346

HUMAN RIGHTS BETWEEN DREAMS AND REALITY

Csaba Varga¹

Péter Pázmány Catholic University, Budapest (Hungary)

Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest

Summary: *The analysis of historical development, foundation, true nature, as well as the universality/particularity issue shows that human rights as such exist only through action—through speaking and acting in their name. Throughout our civilisational development tasks are articulated; in one way or another we posit it; then we adjust our behaviour to it. In laws as in any normative standard, the positivation of a linguistically expressed obligation can become the factor of motivation for human action within a receptive medium of humans (who are prepared through education and socialisation to transform into a hermeneutic community), exerting influence so that it can actually shape behaviour with some efficiency on a mass scale (or, more precisely, to channel mass behaviour into the framework set by its patterns), according to the patterns it has forwarded. Thus, in the ontology of social existence, human rights, taken as intellectual representations that usually function as ideologies, achieve real significance only when they actively influence social processes, intervening as intermediaries in(to) social mediation.*

Keywords: *historical roots of the idea of human rights; foundation of human rights; nature of human rights; cultural contexture of human rights; universality vs. particularity of human rights*

1. PRELIMINARY CONSIDERATIONS

One of the cornerstones of modern statehood, and hence of any modern concept of state theory, including the constitutional question and, by definition, of good governance, as well as of any acceptable formulation of the common good as an end, and the rule of law as a means of achieving it, is the declaration of human rights and the adoption of its system of requirements.² Throughout a difficult struggle that once involved a civic confrontation with state power in the name of the expression and enforcement of humanity, the cause of human rights has now, it can be confidently stated, won a political victory. However, it is precisely this political victory of the generalised extension of human rights and their universalisation that has caused all the theoretical and profound problems arising in the past and, in particular, in the present, concerning the very

¹ Research Professor Emeritus, Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, Pázmány Péter Catholic University, varga.csaba@jak.ppke.hu

² Or, there is an 'intimate relationship' between the fields of human rights and of the rule of law. András Sajó (2004) 'Universalism with Humility' in Sajó, András (ed.) *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*. Leiden & Boston: M. Nijhoff viii+382 pp. at 2.

justification of human rights, that is more acute than ever. This raises critical questions about their foundation: how they are established, the nature of their definition, their universality, and their socio-historical specificity. Addressing these questions touches on the core principles of law itself.

Our jurisprudential studies predominantly—and rightly so—confront the challenges of our ever-changing world with our legal institutions, which have been evolving for thousands of years and are still in force in our own respective territories. While increasingly intertwining with the key watchwords of our time, which are now shaping everything around them in their own image. In addition to democracy and the rule of law³, the third organising principle of our times is human rights, which are also the guiding topic of globalism in the legal field. It is therefore of the utmost importance to look behind the emergence of such key institutions and to explore their origins.

2. THE HISTORICAL OUTLINE OF HUMAN RIGHTS

Western culture traces the human-centred concept of human rights back, almost arbitrarily, to one of the central expressions of the Old Testament, which was the first to record the divine foundation of human nature.⁴ In Sophocles' drama, Antigone may oppose Creon because she is called upon to do so by a divine command, which is, so to speak, immutable in man. Cicero, on the other hand, declares the essential identity of all human beings to be natural, for among men there is '*nulla dissimilitudine [...] in genere*'.⁵ All these insights are reinforced by the theological development through St Augustine and then St Thomas Aquinas on divine and natural law through the Middle Ages and modern times, anchoring in our consciousness the source-identical specific status of our humanity as a result of our eternal existence in the world. It is, of course, about man, but far from being specific to the state or intended to derive entitlements emphatically independent of the fulfilment of any obligation. But they do contain, on the one hand, the knowledge of inherent rights independent of human authority—which Gaius, in his *Institutiones*, also expresses in his view that civil law may derogate from civil law, but not from natural law⁶—and, on the other hand, the truth of what has only been eroded from the European legal tradition by the new and recent rise of positivism, i.e., that law is more than a mere legislative product, because behind it lies—unwritten—a culture that unites a whole world of values (faith and morals), of which law is merely the tip of the iceberg, as a fragmentary but strikingly visible actualisation.⁷

The English *Magna Carta* (1215) is a milestone in this development. At the same time, of course, it is nothing more than a legal statement of rights—with a practical, detailed precision, but far from being intended to or calling upon man to provide an abstract catalogue of rights. And

³ For discussing the topic in its full context, cf. Csaba Varga (2021) *Rule of Law – Contesting and Contested*. Budapest: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law 408 pp. & <<https://doi.org/10.47079/2021.csv.rolcac>>.

⁴ Or '*imago Dei*' in *The Book of Genesis* 1:27, according to which 'So God created humankind in his image, in the image of God he created them; male and female he created them.' <http://www.vatican.va/archive/bible/genesis/documents/bible_genesis_en.html>.

⁵ Cicero *De legibus* I, X, 28.

⁶ '*Civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*'; Gaius *Institutiones* I, 158.

⁷ On the ancient problematic issues, see also Zita Juhász (2011) '*De iure non scripto, avagy a korai jogfogalom duplex-ivitása*' [*De iure non scripto, or the duplexity of the early concept of law*], *De jurisprudencia et iure publico* [Szeged], V(1), pp. 1–38 [online]. Available at: <http://www.dieip.hu/2011_1_06.pdf>.

in this respect the same can be said of the Hungarian *Golden Bull* (1222) or of the later English *Petition of Rights* (1627) or *Bill of Rights* (1679). All these are declarations in their own form, but constitutions in substance, to the extent that they represent a written record of a bilateral treaty.

In 1552, in response to the new challenges of the colonial era, a Dominican friar, Bartolomé de Las Casas, spoke out in defence of the 'natural rights' of the South American Indians. He was driven by the theological conviction that, in the eyes of Christianity, all human beings are entitled to freedom. He was the first to record in writing the existence of what he calls 'human rights',⁸ which recur again with Francisco Suarez in 1612 to form one of the most stable pillars of the modern version of the natural law tradition.

Georg Jellinek, who established the doctrine of the state at the turn of the 19th and 20th centuries, already pointed out that Protestantism's emphasis on free individual conscience once helped to historically shape the idea of human rights as attached to the individual.⁹ In terms of terminology, in English civic development, the Levellers in particular—and prominently Richard Overton's call (1647)—popularised the invocation of 'natural human rights and freedoms' as the 'fundamental rights and liberties' of revolutionary movements.¹⁰ From such roots emerged the beliefs of the Anglo-American Thomas Paine at the end of the eighteenth century. According to him, the constitution is nothing more than the determination of the people to govern themselves on the basis of the rights inherent in the people themselves, which no one can usurp and which cannot be legally limited even by a royal charter.¹¹

The real breakthrough comes with the revolutionary wave sweeping the Western world. First in America, then in France, the most vibrant citadel of feudalism of absolute monarchy. The Enlightenment bore fruit in both countries; in the rationalistic creation of the world in both places there was almost a religious fervour at work. In America, public rights—*Declaration of Independence* (4 July 1776)—and then liberties directly affecting the individual and the citizen—*Bill of Rights* (25 September 1789)—are enshrined in constitutional legislation, while in France, seventeen articles of the *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (18–27 August 1789) are formulated - in the latter it is the revolutionary National Assembly that 'recognises and declares' [*reconnaît et déclare*] the fundamental rights attached to both qualities of the person. Another half-century would pass before Henry David Thoreau, a lone warrior, would fight his battle for tax law. It is from this widely influential literary adaptation—*The Rights and Duties of the Individual in Relation to Government* (1848)—that the bipolar structure of human rights is imprinted in the consciousness of humanity: that they are not simply a list of the qualities of man, but a clarification at last of the extent of man's autonomy, that is, the state's self-limitation of the fundamental freedom that every individual has to fulfil himself.

Afterwards, the history of Europe repeats itself. In the same way that the feudal helplessness of man, defenceless in itself, once gave birth to the revolution of reason and in it the doctrine of classical human rights, as the product of man's rational self-reconstruction and at the same time

8 Exactly as written: '*las reglas de los derechos humanos*' in de las Bartolomé Casas (1971) *A Selection of his Writings*. Trans. & ed. George Sanderlin. New York: Knopf x+209 pp. [Borzoj Books on Latin America].

9 Georg Jellinek (1895) *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*. Leipzig: Duncker & Humblot 53 pp.

10 See Arthur S.P. Woodhouse (ed.) (1938) *Puritanism and Liberty, Being the Army Debates (1647–1649) from Clarke Manuscripts with Supplementary Documents*. London: J. M. Dent 506 pp.

11 Thomas Paine [1791–1792] *The Rights of Man*. London: Daniel Isaac Eaton, 1795 vii+151 pp. as well as London: J. M. Dent & Rutland: Charles E. Tuttle, 1993 xviii+238 pp. [Everyman's Library].

of his new self-reconstitution, now, in the throes of the Second World War, as a reaction to the dictatorships between the two wars, it is slowly taking shape in the body of the *Universal Declaration of Human Rights* (10 December 1948), one of the most influential documents of the United Nations. This document, with the unanimous vote of forty-eight countries of the contemporary world (and the abstention of the socialist world, already heading towards a cold war, and South Africa and Saudi Arabia, in total eight states), will close the stage of development from the past and gradually open the way to the ever-widening positivisation of the sense of entitlement resulting from man's self-realisation. It thus draws a dividing line between the belief, ideology and doctrine of human rights, on the one hand, and the regulatory field of human rights as part of the written and formalised legal system, on the other. It is the same period that sanctions and popularises in English the new vocabulary, which is perceived as one of the most important meanings of the Second World War, proclaiming 'freedom from fear and want' to 'all the men in all the lands'. A year later, this message is confirmed by the prophetic words of the British wartime prime minister, who in this new departure foresees the coming of 'the enthronement of human rights'.¹²

In its origin, as we have seen, the idea of human rights was strongly linked to the Christian tradition. However, after the Renaissance, with the advance of industrialisation and capitalisation, they had to separate, since, for Christianity, the theological starting point and framework was and remained the dignity and freedom of the divine creature, the person destined to salvation, while the subject of the human rights movement became more and more clearly the individual, the human being, emphasised in his uniqueness. All this is undoubtedly a product of Western civilisation, rooted in the European culture. This can be seen in the focus on an individual, in the opposition of the state as a public power to the individual, and, of course, as a historical explanation, in the fact that both these developments were a response to the feudalism from which the European culture had suffered, and precisely in order to radically transcend it, to rule out any return to it.

There are, of course, efforts in other civilisations, cultures and religious traditions which, taken as analogies, are functionally comparable to these. The researches have nowadays attempted to unravel these Christian European roots in some kind of comparative and universalising postmodernity—hoping to present human rights as truly universal, as a common tradition of humanity.

3. THE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS

A complex social phenomenon which, in historically changing times, gives expression to changing human aspirations in order to recognise them, at least by ideological means, in their own community, obviously has also a historically changing foundation.

Its first, ancient attempt to establish a foundation, which is still valid today in various forms, was essentially philosophical in nature. It was based on a convention of values, i.e. an agreement between people. Since its subject was therefore not simply regarded as an arbitrary human choice, a chance arrangement, but as a feature of the way our world is structured, it was conceived as a natural law. This explains why, in Sophocles' drama, Antigone can be precise. For, according to her,

¹² In *The Atlantic Charter* (14 August 1941) and Winston Churchill in *The Times* (30 October 1942); cf. Roshwald Mordecai (1959) 'The Concept of Human Rights', *Philosophy and Phenomenological Research*, 19(3), 354–379.

‘Yes; for it was not Zeus that had published me that edict; not such are the laws set among men by the justice who dwells with the gods below; nor deemed I that thy decrees were of such force, that a mortal could override the unwritten and unfailing statutes of heaven. For their life is not of to-day or yesterday, but from all time, and no man knows when they were first put forth.’¹³

The position we find here is clear. There are ‘unwritten statutes’, and they are valid in their own right. For, compared with the randomness of our earthly world, this validity is not only transcendent, but also eternal. Since it does not come from anyone’s own empire, its existence cannot be affected by a worldly power. As to its root, this validity may rest either on the given arrangement of the world, which predetermines the nature of things, or, going further as to its source, on the divine creative will of the one who, by creating this world (and not others), has already preordained it for man. It is therefore particularly significant that this is considered natural law: it is not based on positive law, i.e., not on the will of man, or on the determination of individuals or generations, but on the intellectuality of taking note of our world—and precisely as it exists—and of seeking to discover from its visible signs its inner connections which are not directly perceivable.

But the answer to what this arrangement is, and above all what follows from it, depends on human reconstruction, i.e., on something that, like thinking, is an inherently human action; that is, despite the desirability of following the ideal model of pure rationality, it is always both more and different; consequently, this human reconstruction will inevitably depend on the possible prior, and perhaps always decisive, ideological and even interest-driven control of the subject acting. To assert the above it is therefore necessary to acknowledge that the entire history of natural law is a history of definitions—definitions of what nature is, what is a man in it, and what requirements can be inferred from these as those which will be presented as a derived system of natural law.

The history of science shows that the apologetic or reformist-critical versions of such definitions against the existing order were not simply reflexes of underlying theological and/or natural concepts. Instead, they served very mundane policies that were actually dominant or striving for dominance. The result, from classical times to our own, has been either a catalogue of pragmatic enumerations, or a coherent system constructed with the precision of a geometer, or, alternatively, a set of systems fixed in the duality of divine order and human responsibility for self-determination. Within this tradition, spanning nearly two millennia, recurring requirements were often formulated or directly deduced, seemingly offering a solid foundation for theoretical inquiry. Yet the result to be drawn at any given time was (and could ever be) nothing more than either a perpetual debate or the power/normative acceptance of one contested positions over others. —Importantly, even when a result was presented to the community, it was rarely, if ever, seen as historically definite or universally agreed upon.¹⁴

Methodologically, it is not very different if it is human needs from which human rights are attempted to be derived—although in the case of natural law they proceed in a speculative way, here they proceed in a sociological way, while in both cases they refer to empiricism, i.e. everyday human experience. The efforts of Marx were essentially the same when he explained the duality

¹³ Sophocles [BCE 442] *Antigone* trans. R. C. Jebb in <<http://classics.mit.edu/Sophocles/antigone.html>>.

¹⁴ Kelsen argued against the theologically based natural law on the basis of precisely such a banal historical fact. See Hans Kelsen (1963) ‘Positivism juridique et doctrine du droit naturel’ in *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*. Vol. I. Bruxelles: Bruylant & Paris: Sirey 141–148.

of the rights of man and citizen (with the political legitimization of capitalism) by the intertwined definition of an economic basis and a political-legal superstructure.¹⁵ It is worth noting that legal anthropology has been doing the same ever since, when it seeks to establish the optimal conditions for human organisation through comparative historical analysis.¹⁶ And a similar basis was once the starting point for the covert attempt at natural law, which was once denied under socialism, when, in the person of a Polish social scientist, it attempted to deduce from the species-essence of man [*Gattungswesen*] (in Marx's terms) the minimum conditions of sociality, i.e. of existence in society, by generalising sociological experience.¹⁷ Today's equivalents of this broad direction try to infer the inevitability of human rights on the basis of universal socio-biological needs,¹⁸ human needs as distinct from social needs,¹⁹ or simply the provision of functional normality,²⁰ according to the terminology used. However, a closer examination reveals that, despite their apparently similar aspirations, these are not homogeneous directions. While human derivation from socio-biological needs was expected to formulate absolute entitlements, marxian economism and tomism, wrapped in functional normality, both see what they call human rights as functional positionality (an operational function, i.e. a determinant of the overall movement at any given time, and therefore relative and therefore variable).

It is no coincidence that the French revolutionary declaration of the rights of man and citizen in 1789 was the first to cause a stir in England, a country with a tradition of philosophical sobriety and purist realism in the use of language dating back to the early modern period—prompting thinkers such as Edmund Burke to formulate the creed of political conservatism—where John Locke and Jeremy Bentham in the centuries of the modern age condemned the use of fictional language and the spread of pictorial, symbolic expressions in general, suggesting a pseudo-metaphysical pseudo-depth, as a clear harm, a return from knowledge to superstition and therefore a danger of destabilising society.²¹

However, after a century and a half of labour, the French revolutionary manifesto became, in the wake of the revival following the Second World War, an international recognition of entitlement (1948) signed by the United Nations and declared universal in scope. The *Universal Declaration*

15 Karl Marx [1859] 'Vorwort zur Kritik der politischen Ökonomie' in Karl Marx, Friedrich Engels (1961) *Werke*. Vol. 13. Berlin[East]: Dietz Verlag pp. 7–11 & <http://www.mlwerke.de/me/me13/me13_007.htm>. Cf. also Imre Szabó (1966) 'Fundamental Questions concerning the Theory and History of Citizens' Rights' in József Halász (ed.) *Socialist Concept of Human Rights*. Budapest: Akadémiai Kiadó 309 pp. at 2–81.

16 For a related methodological critique see Jessica Whyte (2009) 'Particular Rights and Absolute Wrongs: Giorgio Agamben on Life and Politics', *Law Critique* 20(2), 147–161 & <http://www.academia.edu/325705/Particular_Rights_and_Absolute_Wrongs_Giorgio_Agamben_on_Life_and_Politics>, and for the dangers of using it for fundamentalist (contemporary American) politics see (2006) *Against Human Rights* – Slavoj Žižek. [Oct 9 13:33] [online]. Available at: <<http://libcom.org/library/against-human-rights-zizek>>.

17 Maria Borucka-Arctowa (1970) 'Koncepcja „natury ludzkiej” a wspólczesne problemy oceny prawa', *Etyka*, (6), 79–96 & <http://etyka.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2014/04/Etyka6_M_Borucka-Arctowa.pdf>.

18 Johan Galtung (1994) *Human Rights in Another Key*. Oxford & Cambridge, Mass.: Cambridge Polity Press vi+184 pp.

19 David Miller (2012) 'Grounding Human Rights', *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 15(4), 407–427.

20 Jacques Maritain (1953) *L'Homme et l'État*. Paris: Presses Universitaires de France xiii+204 pp. Cf. also Timothy Fuller, John P. Hittinger (eds.) (2001) *Reassessing the Liberal State: Reading Maritain's Man and the State*. Washington, D.C.: American Maritain Association & The Catholic University of America Press 260 pp.

21 Cf. William Sweet (2001) 'Jeremy Bentham (1748–1832)' in *Internet Encyclopedia of Philosophy* [online]. Available at: <<http://www.iep.utm.edu/bentham/>>.

of *Human Rights* thus led, after a few more decades, to a human rights culture formally protected and enforced by specialised interstate/state courts. Its concept gradually became an indispensable companion to the most sublime principles of Western civilisation, democracy and the rule of law, as a major factor in any overall political, social or economic discourse on the future of world stability and self-sustainability.²² From an island country perspective, the Irishman Edmund Burke may have questioned how it is possible to declare something as universal when it is inherently part of human nature. These 'metaphysical rights', he said, because for him a right was conceivable only in a concrete situation, after it had been carved out as the expression, that is, the result, of hard struggles. These, however, 'You lay down [as] metaphysical propositions which infer universal consequences'²³—he continued, revealing in such a designation both a contradiction and a trap. For, in the face of all excitement, fervour, and accompanying eagerness, his sober self-control alone made him realize that, while we may discuss ideas freely, it is naïve to believe that we possess anything as a real *possessio* simply by declaring it so.

Today, however, our world has changed; it is now dominated by the idea of human rights. We approach it as the sacrality of our time. This concept permeates not only jurisprudence, but also philosophy, political science, and even historical research. The reconstruction of the past is also increasingly unhistorical, because it relies on methods like of *extrapolatio*, *retro-inspectio*, under its criterion, so to speak. These 'scientific' reassessments and, in their wake, public discourse, as well as various party programmes and international manifestos, explain its worldwide spread with the magical repetition of some kind of a mantra, and the endeavour to deepen and extend its culture. It is surrounded by awe and pathos, together with the intention of endowing it with all the worldly embellishment of pseudo-metaphysics. Yet, while its current global aspirations are regarded as justified, there remains a concerted effort to build a foundation for it by retracing steps from the present to the past.

Can it be established, can it be justified with scientific clarity, that we have—so to speak—human rights?

The existence of human rights is often simply taken for granted, as something that is inherent in a person's particular quality or social practice.²⁴ That is, it is self-evident. In more philosophically sophisticated terms, it is nothing more than an assertion of the self-evident self-worth of human existence. Following an early statement by Immanuel Kant, contemporary philosophy therefore

22 It is ironic that precisely because of this overuse, and the generalisation that went hand in hand with it as a substitute for many other considerations, the idea of human rights has in the meantime become as empty as the rule of law. With regard to the above, e.g. James Griffin (2008) *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press xiii+339 pp. at 14-15 writes that 'The term "human right" is nearly criterionless. [...] The language of human rights has, in this way, become debased.' For a follow-up on the latter, see Csaba Varga (2009) *Jogrendszerek, jogi gondolkodásmódok az európai egységesülés perspektívájában (Magyar körkép – európai uniós összefüggésben)* [Legal systems and legal mentalities in the perspective of European unification: Hungarian overview in a European Union context]. Budapest: Szent István Társulat 282 pp. [Jogfilozófiák] & <<http://real.mtak.hu/163379/1/15173.pdf>>, ch. I.

23 Burke, The Right Honourable Edmund (1887) *The Works*. Vol. III. [1790] *Reflections on the Revolution in France*. London: John C. Nimmo & <<http://www.gutenberg.org/files/15679/15679-h/15679-h.htm>>, pp. 312 & 528.

24 E.g. Robert Alexy (2009) 'Law, Morality, and the Existence of Human Rights', *Ratio Juris*, 25(1), 2–14; Charles Beitz (2009) *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press xiii+235 pp.; John Gardner (2008) 'Simply in Virtue of Being Human': The Whos and Whys of Human Rights', *Journal of Ethics & Social Philosophy*, 2(2), 1–22 & <<http://www.jesp.org/PDF/Gardner.pdf>> at p. 22; Alan Gewirth (1982) *Human Rights: Essays on Justification and Applications*. Chicago: University of Chicago Press xiv+366 pp.; and Griffin, *On Human Rights*.

defines man and all humanity as an end in itself that cannot be instrumentalised.²⁵ This does not explain anything, but as an axiomatising premise it can convincingly offer itself as a common basis for any approach. However, we should also recognize that there is an implicit critique of principle here, in line with the well-known and justified Marxist critique, which argues that capitalism, in its operation, reduces human beings—so to speak—to nothing more than mere statistical units within the market mechanism, as a matter of law.

The others look behind the phenomenon, sensing the indefensibility and the unjustifiability in principle of the linguistic expressions claiming/asserting the existence of human rights.²⁶ Thus, the increasing proclamation of human rights from the Atlantic and Western European centres is seen as nothing more than a declaration of values: the formulation of a goal to be pursued as a benefit to the community.²⁷ And because the actual existence of human rights, as existing substances, can hardly be discussed in a rigorous analysis, science seems to be in retreat, saying only that we are witnessing something that is becoming a reality, in a sense. The truth of this can indeed be affirmed with sufficient wisdom, since history itself testifies that entitlement always tends to go hand in hand with the consciousness of this entitlement, with the consciousness of entitlement itself.²⁸ Thus, without a real ontological foundation, the process becomes circular. From this perspective, then, all that can be said about human rights is the following apparent lapidarity, nothing more or less: faith in them generates a movement, and its success, by providing self-justification, further strengthens the faith that should have been its foundation.²⁹ This is the reality of the pride of (post)modernity: a mutuality of communal psychology, a mass psychosis, which, in the spirit of this ethereality, will also be expressed in mass behaviour, if it is given the right impetus. And here lies the paradox, which reflects the reality of our time—the triumph of artificiality in this process of socialisation: human rights, as such, exist only through action in their name—through speaking about them and acting in their defense.³⁰ “Beyond postponing the problem, therefore, science can only try to trace the basis of the obligatory nature of human rights, either to the personal dignity of man or simply to the facts of human common consent, but in a practical way, since it is entirely defensible in the sphere of practice.”³¹ In our everyday thinking, one or the other may be convincing. At the same time, however, it is obvious that neither the former nor the latter can serve as sufficient justification. Hence, free of any ideological framing, the science of today asserts only this: human rights are given, as a project. We are given a task; we live by it; we theorise accordingly; and then we adapt our behaviour accordingly. Thus its justification can only be—again—circular. In this way, stripped back to the bone, we are saying nothing more than that knowledge of human

25 Karl Polanyi (1944) *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. New York: Rinehart & Co. xiii+305 pp. [Human Relations Collection].

26 Gunnar Beck (2008) ‘The Mythology of Human Rights’, *Ratio Juris*, 21(3), 312–347.

27 Norberto Bobbio (2007) *Das Zeitalter der Menschenrechte: Ist Toleranz durchsetzbar?* Berlin: Klaus Wagenbach 126 pp. at 11.

28 R.C. Pandeya (1986) ‘Human Rights: An Indian Perspective’ in [UNESCO International Institute of Philosophy] (ed.) *Philosophical Foundations of Human Rights*. Paris: UNESCO 340 pp., 267–277.

29 Gábor Kardos (1999) ‘A pozitivizmuson innen és túl’ [Within and beyond positivism], *Magyar Tudomány*, XLIV(2), pp. 145–147.

30 János Kelemen (1999) ‘Válasz Ludassy Mária körkérdésére’ [Response to the circulated quest], *Magyar Tudomány*, XLIV(2), 148–151.

31 Beitz, *The Idea*, 2009.

rights itself creates a human rights reality which will already correspond, to a large extent, to the description of the reality it presupposes.³²

It is not difficult to see here a veritable enlightening of consciousness, an ideology in the most comprehensive sense of the word. And indeed: modern philosophy of language, and in it the speech acts theory, suggests a theoretical reconstruction of law where, in any formal normative, thus in law, too, the linguistic representation of the bond within a given understanding (because socialisation and education have made it suitable) of the human medium (as a hermeneutic circle), based on established social practice and the psychological conditioning of each individual participant, is capable, as a factor in the motivational system of action, of influencing it in such a way that it can, on a mass scale, with certain effectiveness, actually shape action according to its patterns (or, more precisely, bring it into a framework set by its patterns). Because we must realise that law does not exist as physicality either.³³ For in our way of speaking, in our social communication (or more precisely, as modern philosophy puts it: in our intellectual representations), where and how can coercive power be found? What we tend to experience as coercive force accompanying the accepted binding character of law is not in fact in the law itself, but in the totality of the social environment that presupposes and inevitably accompanies the law, evolving with human social existence since ancient times.

4. THE NATURE OF HUMAN RIGHTS

In its basic structure, human rights are addressed directly to the solitary human being conceived as an individual. This gives him an unconditional right to claim, which at the same time gives rise, albeit indirectly, to an obligation towards all others. In the course of its development, this right of claim is always asserted against the State in order to guarantee the individual, in accordance with its original concept, the inviolability against any possible State overriding power and its conceivable harms.

The scientific reconstruction is clear in that both poles, the state with its advanced organisational system as the cause, and the solitary human as the effect (as the party suffering from possible harm) – an autonomous being capable of independent action and existence, and thus treated as an individual. This duality reflects the worldview shaped by modern Western development and its ultimate outcomes. However, this perspective comes with warnings. It is argued and the narrow focus of this worldview, especially the pervasive ideological and political dominance of human rights today, is leading to homogenisation of the most diverse social tensions and problems, which is precisely the invasion of the concept and tools of human rights, in which the fundamental rights that directly guarantee the survival of the community no longer have a place. As a result the technicalised process, under the banner of human rights protection in our era of overdevelopment can sometimes work to the detriment of the community. This whole development, which is

³² E.g. András Sajó (2004) 'Az emberi jogok mint tudásrendszer' [Human rights as a set of knowledge], *Állam- és Jogtudomány*, XLV(1), 3–38.

³³ E.g. Csaba Varga (2012) *The Paradigms of Legal Thinking*. [1996/1999.] Enlarged 2nd ed. Budapest: Szent István Társulat 418 pp. [Philosophiae Iuris] & <<https://zenodo.org/record/6473631#YmBQejW8qUk>>.

typical of its Western civilisational roots, is not at all accidental. Historically, it emerged precisely as a negative mirror of the authoritarianism of European feudalism, denying and opposing feudal structures while paving the way for a different future.

The prehistory/history of human rights is also a constant aspiration for legal recognition of the requirements they contain. This means a continuous shift from its pre-law, purely ideological-movement rhetoric to positivation, i.e. a state of protection now guaranteed by the law. Since the *Universal Declaration of Human Rights* (1948), political, diplomatic, jurisprudential, political science and philosophical forums have been constantly working to expand and extend the catalogue of human rights, and its international and national theorisation is thus almost continuous and almost arbitrary, with no end in sight.

In the ideology and doctrine of human rights, the completeness and maturity of these so-called rights is attained by their inscription in the positive law thereby acquiring the status of legal norms. It is also a sign of this that the human rights movements do not ultimately appeal for, or long for, anything other than the protection of state power. It is already clear from this that, without being transformed into rules (issued/sanctioned) by the state, these rights can only be the evocations of some kind of recorded speech. This is best known to those who proclaim the presence of these rights as innate and indestructible qualities of man (just like the preachers, who try to make their target community aware of the reality of what they are convinced of, so that they may become their believers, confessors, even institutionalisers and upholders), only to get the State to give them *de facto* legal recognition, i.e. to assume them with the desired legal consequences, sanctioning them to the point of enforceability. Without such a transformation, they are not part of the law, even though they are proclaimed as a 'right', and consequently do not give rise to any entitlement; their assertion, therefore, as a *de lege ferenda* aspect towards the *de lege lata*, can mean little more than an expectation. In itself, however, it is no more than fictitious embellishment.

It is arguable whether human rights (whether ideologically asserted or transformed into real rights) are unilaterally conferred on man as an absolute right, independently of all other circumstances, regardless of whether he is under obligations to his fellow man, his community, his state, his world, and whether he has actually fulfilled these obligations, perhaps as a precondition for making these rights respected. Sensing the moral decline of our times, one of the most influential Spanish thinkers³⁴ warned almost a century ago against the proliferation of the dissipation of responsibility and, above all, the disruptive effect that universal care - if it were to be realized (with more promises appearing, including wages without work) - would lead us all back to a childlike (or, more accurately, childish) state. Nowadays, this is embedded in a distinctly American problematic, namely the 'rights language', which is also pervasive in our country.³⁵ It is nothing else than a unilaterally expressed expectation—i.e., the expectation of I, You, Him, but always of another, never of oneself. It is nothing more than a mere reflection on the psychological-social consequences of the public's expected aid performance: a consideration of the possibility of the entire groups becoming dependent on the support of other groups without their own performance, even becoming lifelong beneficiaries of others, thus showing parasitism in their interactions. It is a question of fairness

³⁴ E.g. José Ortega y Gasset (1930) *La Rebelión de las masas*. Madrid: Revista de occidente 315 pp. {& (1932) *Revolt of the Masses*. London: Allen & Unwin & New York: Norton 204 pp.; Kenneth Moore (ed.) (1985) Trans. Anthony Kerrigan. Notre Dame: University of Notre Dame Press xxxi+192 pp.}.

³⁵ E.g. Mary Ann Glendon (1991) *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press xvi+218 pp.

and economic efficiency,³⁶ but in today's 'politically correct' ideocratisation it can also become a matter of human rights, if it leads to the confrontation of groups and thus to the unintentional or even deliberate breakdown, if not the dissolution, of the social integration that is a *sine qua non*.

In fact, from its moral theological point of view, the Catholic Church has always taught the complementarity of rights and duties, and thus understood them not only as mutually complementary, but as being understood in the context of a unity which is explicitly and only presupposed by the fulfilment of duties.³⁷ Growing up in the same culture, but not yet denying the primacy of social integration as a means of preserving the community, Marx also formulated a reciprocal presupposition that was no different.³⁸ Human rights ideologies do not tend to respond to this assumption. In any case, the naturalness of its truth is adequately explained by its origin and source, since human rights ideologies were not historically conceived as a force for social organisation, but as a means of overcoming feudal despotism and preventing situations of human vulnerability by neutralising the overriding power of the state. The reason why human rights ideologies are shrouded in silence expressing dislike at the idea of the unity of rights and duties is that—as a sort of forced conclusion—their implicit aim is no longer this, i.e. not simply curative prevention, but more and more explicitly the atomising individualisation of society into mere individuals.³⁹

Today's critiques are already warning of the worldwide prevalence of the unilateral declaration of human rights entitlement, of the overwhelming nature of our public discourse and the way in which it is diverting our public affairs into a narrow channel, i.e. the overriding of heterogeneity in the name of a chosen homogeneity. As we know, the translation of human rights claims into law has now given rise to a specific set of legal concepts and procedural techniques that are compulsively used by anyone who deals with social policy, social advocacy or the management of tensions. It has its place in the law, but should not be all-pervading, since it limits the vast variety of instruments, conceptualisations and techniques that can nevertheless be found in the law to a

³⁶ And, of course, the social infantilisation that is now becoming a psychiatric problem. See e.g. as a classic David A. Jonas, Doris Klein (1972) *Man-child: A Study of the Infantilization of Man*. New York: McGraw-Hill xvi+362 pp.

³⁷ This is why it speaks of '[t]he mutual complementarities between rights and duties ...[which]... are indissolubly linked' the [Pontifical Council for Justice and Peace] (ed.) (2004) *Compendium of the Social Doctrine of the Church*. [online]. Available at: <https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_en.html>, para. 156.

³⁸ '[N]o rights without duties, no duties without rights'—Karl Marx inscribes in a movement protocol book, [International Workingmen's Association] (ed.) (October 1864) *General Rules*. London [online]. Available at: <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1864/letters/64_11_04-abs.htm> & <<http://www.marxists.org/archive/marx/iwma/documents/1864/rules.htm>>.

³⁹ There is little sign that the scientific discussion of human rights is rising above human rights as a mere oppositional politics, as an ideology that is increasingly assuming a world-approving salvationist position. Nevertheless, an open sensitivity to the problem characterises e.g. the adaptation of Douglas Hodgson (2003) *Individual Duty within a Human Rights Discourse*. Aldershot & Burlington, VT: Ashgate xi+277 pp. [Applied Legal Philosophy], and the elaboration of Eric R. Boot [2017] *Human Duties and the Limits of Human Rights Discourse*. Cham: Springer ix+183 pp. [Studies in Global Justice 17] as a system based on this complementarity. Yet for two decades the problematic issues have been systematically formulated in the Baltic States, not on theological grounds, but on the basis of common sense. See e.g. Csaba Varga (2005) 'Rule of Law between the Scylla of Imported Patterns and the Charybdis of Actual Realisations (The Experience of Lithuania)', *Acta Juridica Hungarica*, 46, 1–11 & <http://real-j.mtak.hu/760/1/ACTAJURIDICA_46.pdf>, as well as (2006) *Rechtstheorie*, 37, 349–359.

single response. And a compulsively homogenised approach to complex problems can easily derail otherwise promising paths to a solution.

5. THE UNIVERSALITY AND/OR PARTICULARITY OF HUMAN RIGHTS

Human rights, as claims, as demands, and with their legal specification, are indeed universal. However, philosophical reflection and diplomatic parleys promptly raise the question of universality versus particularity.

The very clarification of the conceptual basis implies the possibility of a two-way interpretation. Methodological reconstructions refer to human rights as 'essentially contested concepts'⁴⁰, where the presumed core of meaning is surrounded by inextricably divergent interpretative possibilities. This kind of ambiguity in the scope of the validity of human rights is therefore described by the literature in a flexible, figurative term: there is undoubtedly a 'fundamental universality', it is argued, but it is nevertheless expressed in terms of 'cultural variations'.⁴¹ Alternatively, both halves of this self-contradictory statement prove true, in that it embodies, so to speak, nothing more than the 'interlocking of universality and diversity'.⁴²

In any case, the overall picture is fragmented, much like the concept itself. For its whole ideological edifice would collapse if it does not see its object as universal from the outset; et, it lacks any empirical foundation for consistently universalizing its principles across space and time? As a result, whatever official pronouncements we turn to will be about universality, and, to that extent, about humanity's ultimate realization of itself. This reassures us of the identity of our present, namely the knowledge that we are now living in 'the age of rights'.⁴³ In the spirit of reason, however, science points out that the majority of our rights/entitlements are only meaningful within an institutional context, and therefore can only be imagined within a given social structure and development. It raised the question, therefore, how it is possible to imagine universality in a historical space where everything depends on changing circumstances; since even the species-essence of man, as defined by Marx it, is historical - subject to change over time. Furthermore, anthropology underscores the principle that any value judgement can only be validly justified within the paradigm of a given culture.

⁴⁰ See Walter Bryce Gallie (1956) 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, . 167–198.

⁴¹ Jack Donnelly (1984) 'Cultural Relativism and Universal Human Rights', *Human Rights Quarterly*, 6(4), pp. 400–419 at 419.

⁴² 'conjugaison de l'universalité et de la diversité'; Marie, Jean-Bernard (2004) 'Spécificités culturelles versus universalité des droits de l'homme: Quel défi?' in Ioanna Kuçuradi (ed.) *Threats to Human Rights in the Beginning of the Twenty-first Century*. Ankara: Hacettepe University Centre for Research and Application of the Philosophy of Human Rights pp. 75–85 at 82.

⁴³ For example, Norberto Bobbio (1990) *L'età dei diritti* discusses it as an achievement of humanity that has finally arrived. Torino: Einaudi xxiv+252 pp. [Saggi brevi 16] {(1996) *The Age of Rights*. Trans. Allan Cameron. Cambridge: Polity Press xix+168 pp.}.

The American theoretician of *The Clash of Civilizations*⁴⁴ recorded a decade and a half ago that the buzzwords that dominate our world, such as 'human rights', 'democracy', 'liberalism' or 'political secularism', are the signifiers and fruits of Western civilization.

The recognition, and especially the admission, of this in itself creates a tension between the universality of human rights in principle and the European roots that are thus being flattened. This is most often illustrated by examples that characterise our own human rights doctrine from a non-European perspective, or describe a solution that we accept but which, from a foreign perspective, is already strikingly problematic.

Let's look at some examples.

From a Buddhist perspective, it simply happens to be inexplicable that our approach to human rights based on nothing more than 'division and segregation, struggle and contention' is rather barren, as it is based on the very ground of dividing and opposing fellow human beings;⁴⁵ because it is based on an artificial ingenuity/construction which has no natural counterpart; it is uninterested in the motives and inner motives within man, while only our external behaviour becomes relevant to it; that it formulates an abstract rule in an abstract space and time, but in doing so it merely introduces an institutional mediation into our human processes; that by focusing on individuality, on the free will of the individual, it does not strengthen human dignity, but destroys it into a plaything of momentary pleasure. For in its entirety,

—in a 'Cartesian' mood and with no regard of the 'fullness of existence'—it embodies 'a hard relationship', which is none other than 'a mechanistic treatment of human beings where the emphasis is on beings as such regardless of their inner nature and function in the fullest sense; it is an atomistic analysis of beings where the premium is placed on what is relatable and manipulable without regard for their true potentials for becoming. In a way it is externalization in the extreme'.⁴⁶

All this is therefore not simply a superior achievement, but rather a crisis product of the West: having destroyed its god⁴⁷ and thus—for lack of a criterion—its image of man, it has to concoct a substitute from what remains, i.e. the remnants of its metaphysical materialism, psychological reductionism and nihilistic ethical relativism.⁴⁸ For indeed: today, academic analysts all over the

44 Samuel P. Huntington (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster 367 pp. at 70–72.

45 Phra Dhammapidok, quoted by Soraj Hongladarom (1994) 'Buddhism and Human Rights in the Thoughts of Sulak Sivaraksa and Phra Dhammapidok (Prayudh Prayutto)' in Damien V. Keown, Charles S. Prebish, Wayne R. Husted (1998) *Buddhism and Human Rights*. Richmond, Surrey: Curzon Press xxi+239 pp. [Curzon Critical Studies in Buddhism] at 8.

46 Kenneth Inada (1995) 'A Buddhist Response to the Nature of Human Rights', *Journal of Buddhist Ethics*, 2 & <<https://blogs.dickinson.edu/buddhistethics/category/volume-02-1995/>>, pp. 1–9 at 3.

47 Friedrich Nietzsche's Zarathustra—Also sprach Zarathustra (1885)—proclaims to the world what he first proclaimed in his *Fröhliche Wissenschaft* (1885) [(1974) *The Gay Science with a Prelude in Rhymes and an Appendix of Songs*. Trans. Walter Kaufmann. New York: Random House xviii+396 pp., sections 108, 125 & 343], that 'God is dead. God remains dead. And we have killed him.' Cf. also <https://en.wikipedia.org/wiki/God_is_dead>, and Armin Pfahl-Traugbber (2000) 'Also sprach Nietzsche: »Gott ist tot!«, *Diesseits*, (2) [online]. Available at: <http://www.dober.de/religionskritik/gott_ist_tot.html>.

48 Zühtü Arslan (1999) 'Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights', *Res Publica*, 5(2), 195–215 <<http://www.philosophy.ru/library/pdf/234617.pdf>>.

world are forced to admit that our human rights ideology is made up of fragments, and therefore have no organic wholeness as a claim, and its fragments are formulated as extreme positions, because—and this is again a development in the West—they operate by litigation. Seen from this perspective, then, for the Western conception of law and human rights normality is itself a never-ending struggle. Moreover, it is an internal and persistent militant division that irreconcilably confronts the individual, proclaimed as the sole holder of the right, with public power—and with such a force that its specific ‘human rights medium’ (its sensitivity, its receptivity) will exclude the public interest (the *res publica* as the sole source of justification for a state-organised existence) from its possible relevance.

Anthropology detects ‘structural equivalences’ between different arrangements.⁴⁹ But the fundamental truth behind all human sciences (and thus all social products) is that the meaning/significance of any social fact can only be established as a framework of interpretation within a given civilisation.⁵⁰ In any case, on the occasion of the *Universal Declaration of Human Rights*, the American Anthropological Association once issued a manifesto, which is still valid today, to make it clear that the individual cannot be conceived without taking into account the socio-cultural fabric that is decisively behind it.⁵¹

The cultural diversity which, system by system, inherently rejects the European-rooted concept of human rights is astonishingly rich. In the Confucian worldview, for example, there is no self as such. No one ‘acts’ a role, because there is nothing that can be attached to anything from the outside, like a clothes hanger. For every human being is a totality of roles by definition, in the hierarchical/paternal structure of the place and time in question, within the family community. And in the community of Africa, they seek to mediate between communitarian and individualising values in a spirit of mutual care,⁵² seeking to find the place of the *anthropos* between the *cosmos* and *theos* in a universe conceived as a moral unity.⁵³ In contrast, in the case of Islam, for example, in the sacrality that encompasses and embraces all existence, everything that is mundane, including law, can only be part of this divinity, without the secularity of any carnal desire. The ancient traditions of the Far East see the key to the future in the further development of human virtues. They would feel it a loss to waste any energy on the free expression of individuality, as is done by other cultures that dictate themselves in a world-centric, imperialistic way, above all by those that refer to Europe, to Western Europe–Atlantic culture, and ultimately to white human civilisation.

49 Alison Dundes Renteln (1990) *International Human Rights: Universalism versus Relativism*. London & New Delhi: Sage Publications 205 pp. [Frontiers of Anthropology 6].

50 The basic stance of historicism has become the cornerstone of anthropology, in addition to Marxism. ‘[C]ivilization is not something absolute, but [...] it is relative, and [...] our ideas and conceptions are true only so far as our civilization goes.’ Franz Boas (1887) ‘Museums of Ethnology and their Classification’, *Science*, IX(No.228) (June 17), 588–589 at p. 589 [reprinted in Bettina Messias Carbonell (2004) *Museum Studies: An Anthology of Contexts*. Malden, MA: Routledge pp. 139–142 at 142].

51 [Executive Board, American Anthropological Association] (1947) ‘Statement on Human Rights’, *American Anthropologist*, 49(4), 539–543.

52 Simeon O. Ilesanmi (1995) ‘Human Rights Discourse in Modern Africa: A Comparative Religious Ethical Perspective’, *Journal of Religious Ethics*, 23(2), 293–322.

53 Igboin Benson (2011) ‘Human Rights in the Perspective of Traditional Africa: A Cosmotheandric Approach’, *Sophia*, 50(1), 159–173.

This is why Indira Gandhi could declare with such striking simplicity that “it is not individuals who have rights but states.”⁵⁴

In the Islamic world, as we have seen, only the divine destiny is taken into account. This is not changeable and neither practical nor dynamic. The possible rethinking of the apparatus of worldly life can also only take place within the acceptance of the eternal perfection of this belief.⁵⁵ And in the same way, we can continue through the different civilisations. Thus, the Indian mentality knows neither formal right nor entitlement by abstract claim. It can only experience anticipation if and to the extent that it has already been earned with fair proportionality by the party concerned.⁵⁶ In the Japanese world, the concept of entitlement was virtually unknown until the late 19th century (when the term itself had to be coined in order to translate European legal codes).⁵⁷ But even since then, if they use it at all, it denotes a foreign culture and is rarely used in their internal practice. So how can we speak of self-advocacy in such a context? In the spirit of some kind of justice? Especially when, within the framework of familiar values rooting in loving self-denial, the very notion of self-advocacy would seem contradictory.

The proposition of universality versus particularity, or particularity versus universality, is therefore inherently polarising. Consequently, this question is not to be answered dichotomously, i.e. with a kind of either/or exclusivity. And if such an attempt were made, it could only generate a debate in which extremes would clash, even indefinitely. This is why research is underway world-wide to identify ‘cross-cultural universals’ as a conceptual minimum.⁵⁸

It is indeed evident that in the process of concretising definitions in abstract-universal terms, the question of actualisation, or contextualisation, in the given context of *hic et nunc* inevitably becomes central. This is tantamount to realising that, although any of us can freely live with paper standards, once these standards are put into practice, they must be interpreted and applied within a specific context. After all, how else could they be understood? ⁵⁹ We cannot get out of our own skin or have a truly neutral perspective on reality.⁶⁰

A declaration in Bangkok two decades ago could therefore confirm that

‘while human rights are universal in nature, they must be considered in the context of a dynamic and evolving process of international norm-setting, bearing in mind the

⁵⁴ Quote from the *New York Times* (July 3, 1975) by Adamantia Pollis, Peter Schwab (1983) ‘Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability’ in Adamantia Pollis, Peter Schwab (eds.) *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*. New York: Praeger xvi+165 pp. at 14.

⁵⁵ Abdullahi Ahmad An-Na'im (2010) *Islam and Human Rights, Selected Essays*. Ed. Mashool A. Baderin. Farnham & Burlington, VT: Ashgate xxxox+372 pp.

⁵⁶ And this is the *adhikarin*. Pandeya ‘Human Rights’, 1986.

⁵⁷ An intriguing story is presented by Ko Hasegawa (2009) ‘Between Rights and «Kenri»’ in Eleanor Cashin Ritaine (ed.) *Legal Engineering and Comparative Law / L'ingenierie juridique et le droit comparé (Rapports du Colloque de 25^e anniversaire de l'Institut Suisse de droit comparé du 29 août 2008 à Lausanne)*. Vol. 2. Genève, etc.: Schulthess 87–103 [Publications de l'Institut Suisse de droit comparé 64], providing a detailed chronology of the circumscriptions and experimental conceptualisations used by Japanese to express in their own language and culture a hitherto unknown and, for them, confusingly abstract position of thought.

⁵⁸ Renteln, *International Human Rights*, 1990, 86–87. See also Alison Dundes Renteln (1988) ‘Relativism and the Search for Human Rights’, *American Anthropologist*, 90(1), 56–72.

⁵⁹ Sajó, ‘Universalism with Humility’, 2004, 19.

⁶⁰ Varga *The Paradigms*, 2012.

significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds.’⁶¹

In this process, human rights, even serving what is perceived as a good cause, often reduce diverse particularities to a common framework under the banner of universality—a practice that can be seen as little more than wordplay. So they save what can be saved and continue to play this game of words. Because the concept is presented as coherent, it may seem reassuring, but its reassurance remains confined within its own limited scope.

6. CONCLUSION

The fundamental task of humanity is to inhabit the world and make it its home. To achieve this, humanity has developed what we call civilisation. Within this increasingly complex and complicated world of its own, it has law as a means to establish order. Using its intellectual and linguistic ingenuity, humanity has worked to address this and similar challenges. By adopting the innovations of the once Fertile Crescent, Roman law, for example, which could already think in terms of whole systems of rules in addition to the formulation of expectations as rules, had built itself up into a quasi-independent working existence. It has become something that is binding. It has become something that sometimes allows. This was achieved through a legal fiction, as if law itself had inherent power. But in reality, it does not. After all, law has no physicality. So, what is law? What gives it the authority to bind us or grant us permissions? Well, it is merely the linguistic product of civilisation, a record of human agreements, which, as a convention, that is, as a result of thousands of years of practice, as a result of continued upbringing and socialisation (*educatio & socialisatio*), becomes the basis for human interactions, carrying with them the reality and legitimacy of legal life.

Two centuries ago, Jeremy Bentham fought against fictions because he saw them as corruption of naturalism and blurring of clarity. And he was right. Yet our civilisation cannot be built on anything other than the development of what exists in our conceptual world as mere linguistic creatures into autonomous systems which, in human practice, become powerful institutions operating in a quasi-sovereign way. And as we have seen, this is not only the case in law, but also in each of its constituent elements, including the formation, that is, the creation and operation of so-called human rights.

As a final thought, our conclusion is that the realm of human rights is nothing more than a world of ideologies, values and aspirations for the foundation of humanity. And because by its very nature it is a virtuality floating in thought, in imagination, it can only see the possibility of its realisation, its fulfilment, in its institutionalisation, and within this, ultimately in its transcription into law, and as law. This does not in the least change the fact that, as a man-made part of the

⁶¹ *Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the 1993 United Nations Conference on Human Rights, 29 March – April 1993* [online]. Available at: <https://www.hurights.or.jp/archives/other_documents/section1/1993/04/final-declaration-of-the-regional-meeting-for-asia-of-the-world-conference-on-human-rights.html>, para. 8.

ontology of existence that constitutes our world, the species of intellectual representations that can be designated as ideology in the ontology of the social being can also have a quasi-real existence with regard to human rights, insofar as they actually exert an influence on social processes, intervening in them, in an ontological sense, as mediators, for mediation purposes.⁶² In addition to the values that they call for, this duality is/may be the source of (of course always relative) the strength of what humanity has known and cultivated as human rights, as a human rights culture – and this has been especially true since the second half of the twentieth century.

LITERATURE

- (2006) *Against Human Rights* – Slavoj Žižek. [Oct 9 13:33] [online]. Available at: <<http://libcom.org/library/against-human-rights-zizek>>
- Alexy, Robert (2009) 'Law, Morality, and the Existence of Human Rights', *Ratio Juris*, 25(1), pp. 2–14
- An-Na'im, Abdullahi Ahmad (2010) *Islam and Human Rights, Selected Essays*. Ed. Mashool A. Baderin. Farnham & Burlington, VT: Ashgate xxxox+372 pp.
- Arslan, Zühtü (1999) 'Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights', *Res Publica*, 5(2), pp. 195–215 <<http://www.philosophy.ru/library/pdf/234617.pdf>>
- Beck, Gunnar (2008) 'The Mythology of Human Rights', *Ratio Juris*, 21(3), pp. 312–347
- Beitz, Charles (2009) *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press xiii+235 pp.
- Benson, Igboin (2011) 'Human Rights in the Perspective of Traditional Africa: A Cosmotheandric Approach', *Sophia*, 50(1), pp. 159–173
- Boas, Franz (1887) 'Museums of Ethnology and their Classification', *Science*, IX(No.228) (June 17), pp. 588–589 {reprinted in Carbonell, Bettina Messias (2004) *Museum Studies: An Anthology of Contexts*. Malden, MA: Routledge pp. 139–142}
- Bobbio, Norberto (1990) *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi xxiv+252 pp. [Saggi brevi 16] {(1996) *The Age of Rights*. Trans. Allan Cameron. Cambridge: Polity Press xix+168 pp.}
- Bobbio, Norberto (2007) *Das Zeitalter der Menschenrechte: Ist Toleranz durchsetzbar?* Berlin: Klaus Wagenbach 126 pp.
- Book of Genesis, The* <http://www.vatican.va/archive/bible/genesis/documents/bible_genesis_en.html>
- Boot, Eric R. [2017] *Human Duties and the Limits of Human Rights Discourse*. Cham: Springer ix+183 pp. [Studies in Global Justice 17]
- Borucka-Arctowa, Maria (1970) 'Koncepcja „natury ludzkiej” a wspólczesne problemy oceny prawa', *Etyka*, (6), pp. 79–96 & <http://etyka.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2014/04/Etyka6_M_Borucka-Arctowa.pdf>

62 Cf., e.g., Csaba Varga (2012) *The Place of Law in Lukács' World Concept*. [1981/1985.] 3rd (reprint) ed. with Postface. Budapest: Szent István Társulat 218 pp. & <<https://mek.oszk.hu/14200/14249/>>.

- Burke, The Right Honourable Edmund (1887) *The Works*. Vol. III. [1790] *Reflections on the Revolution in France*. London: John C. Nimmo & <<http://www.gutenberg.org/files/15679/15679-h/15679-h.htm>>
- de las Casas, Bartolomé (1971) *A Selection of his Writings*. Trans. & ed. George Sanderlin. New York: Knopf x+209 pp. [Borzoι Books on Latin America]
- Cicero *De legibus*
- Donnelly, Jack (1984) 'Cultural Relativism and Universal Human Rights', *Human Rights Quarterly*, 6(4), pp. 400–419
- [Executive Board, American Anthropological Association] (1947) 'Statement on Human Rights', *American Anthropologist*, 49(4), pp. 539–543
- Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the 1993 United Nations Conference on Human Rights, 29 March – April 1993* [online]. Available at: <https://www.hurights.or.jp/archives/other_documents/section1/1993/04/final-declaration-of-the-regional-meeting-for-asia-of-the-world-conference-on-human-rights.html>
- Fuller, Timothy, Hittinger, John P. (eds.) (2001) *Reassessing the Liberal State: Reading Maritain's Man and the State*. Washington, D.C.: American Maritain Association & The Catholic University of America Press 260 pp.
- Gaius *Institutiones*
- Gallie, W. B. (1956) 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, pp. 167–198
- Galtung, Johan (1994) *Human Rights in Another Key*. Oxford & Cambridge, Mass.: Cambridge Polity Press vi+184 pp.
- Gardner, John (2008) '«Simply in Virtue of Being Human»: The Whos and Whys of Human Rights', *Journal of Ethics & Social Philosophy*, 2(2), pp. 1–22 & <<http://www.jesp.org/PDF/Gardner.pdf>>
- Gewirth, Alan (1982) *Human Rights: Essays on Justification and Applications*. Chicago: University of Chicago Press xiv+366 pp.
- Glendon, Mary Ann (1991) *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press xvi+218 pp.
- Griffin, James (2008) *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press xiii+339 pp.
- Hasegawa, Ko (2009) 'Between Rights and »Kenri«' in Ritaine, Eleanor Cashin (ed.) *Legal Engineering and Comparative Law / L'ingenierie juridique et le droit comparé (Rapports du Colloque de 25^e anniversaire de l'Institut Suisse de droit comparé du 29 août 2008 à Lausanne)*. Vol. 2. Genève, etc.: Schulthess pp. 87–103 [Publications de l'Institut Suisse de droit comparé 64]
- Hodgson, Douglas (2003) *Individual Duty within a Human Rights Discourse*. Aldershot & Burlington, VT: Ashgate xi+277 pp. [Applied Legal Philosophy]
- Hongladarom, Soraj (1994) 'Buddhism and Human Rights in the Thoughts of Sulak Sivaraksa and Phra Dhammapadok (Prayudh Prayutto)' in Keown, Damien V., Prebish, Charles S., Husted, Wayne R. (1998) *Buddhism and Human Rights*. Richmond, Surrey: Curzon Press xxi+239 pp. [Curzon Critical Studies in Buddhism]
- Huntington, Samuel P. (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster 367 pp.

- Ilesanmi, Simeon O. (1995) 'Human Rights Discourse in Modern Africa: A Comparative Religious Ethical Perspective', *Journal of Religious Ethics*, 23(2), pp. 293–322
- Inada, Kenneth (1995) 'A Buddhist Response to the Nature of Human Rights', *Journal of Buddhist Ethics*, 2 & <<https://blogs.dickinson.edu/buddhistethics/category/volume-02-1995/>>, pp. 1–9
- [International Workingmen's Association] (ed.) (October 1864) *General Rules*. London [online]. Available at: <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1864/letters/64_11_04-abs.htm> & <<http://www.marxists.org/archive/marx/iwma/documents/1864/rules.htm>>.
- Jellinek, Georg (1895) *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*. Leipzig: Duncker & Humblot 53 pp.
- Jonas, Adolphe David & Klein, Doris (1972) *Man-child: A Study of the Infantilization of Man*. New York: McGraw-Hill xvi+362 pp.
- Juhász, Zita (2011) 'De iure non scripto, avagy a korai jogfogalom duplexitása' [De iure non scripto, or the duplexity of the early concept of law], *De jurisprudentia et jure publico* [Szege], V(1), pp. 1–38 [online]. Available at: <http://www.dieip.hu/2011_1_06.pdf>
- Kardos, Gábor (1999) 'A pozitivizmuson innen és túl' [Within and beyond positivism], *Magyar Tudomány*, XLIV(2), pp. 145–147
- Kelemen, János (1999) 'Válasz Ludassy Mária körkérdésére' [Response to the circulated quest], *Magyar Tudomány*, XLIV(2), pp. 148–151
- Kelsen, Hans (1963) 'Positivisme juridique et doctrine du droit naturel' in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*. Vol. I. Bruxelles: Bruylant & Paris: Sirey pp. 141–148
- Marie, Jean-Bernard (2004) 'Specificités culturelles versus universalité des droits de l'homme: Quel défi?' in Kuçuradi, Ioanna (ed.) *Threats to Human Rights in the Beginning of the Twenty-first Century*. Ankara: Hacettepe University Centre for Research and Application of the Philosophy of Human Rights pp. 75–85
- Maritain, Jacques (1953) *L'Homme et l'État*. Paris: Presses Universitaires de France xiii+204 pp.
- Marx, Karl [1859] 'Vorwort zur Kritik der politischen Ökonomie' in Marx, Karl, Engels, Friedrich (1961) *Werke*. Vol. 13. Berlin[-East]: Dietz Verlag pp. 7–11 & <http://www.mlwerke.de/me/me13/me13_007.htm>
- Miller, David (2012) 'Grounding Human Rights', *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 15(4), pp. 407–427
- Nietzsche, Friedrich (1885) *Also sprach Zarathustra*
- Nietzsche, Friedrich (1885) *Fröhliche Wissenschaft* [(1974) *The Gay Science with a Prelude in Rhymes and an Appendix of Songs*. Trans. Walter Kaufmann. New York: Random House xviii+396 pp.
- Ortega y Gasset, José (1930) *La Rebelión de las masas*. Madrid: Revista de occidente 315 pp. {& (1932) *Revolt of the Masses*. London: Allen & Unwin & New York: Norton 204 pp.; Moore, Kenneth (ed.) (1985) Trans. Anthony Kerigan. Notre Dame: University of Notre Dame Press xxxi+192 pp.
- Paine, Thomas [1791–1792] *The Rights of Man*. London: Daniel Isaac Eaton, 1795 vii+151 pp. as well as London: J. M. Dent & Rutland: Charles E. Tuttle, 1993 xviii+238 pp. [Everyman's Library]
- Pandeya, R. C. (1986) 'Human Rights: An Indian Perspective' in [UNESCO International Institute of Philosophy] (ed.) *Philosophical Foundations of Human Rights*. Paris: UNESCO 340 pp.

- Pfahl-Traugher, Armin (2000) 'Also sprach Nietzsche: »Gott ist tot!«, *Diesseits*, (2) [online]. Available at: <http://www.dober.de/religionskritik/gott_ist_tot.html>
- Polanyi, Karl (1944) *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. New York: Rinehart & Co. xiii+305 pp. [Human Relations Collection]
- Pollis, Adamantia, Schwab, Peter (1983) 'Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability' in Pollis, Adamantia, Schwab, Peter (eds.) *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*. New York: Praeger xvi+165 pp.
- [Pontifical Council for Justice and Peace] (ed.) (2004) *Compendium of the Social Doctrine of the Church*. [online]. Available at: <https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_en.html>
- Renteln, Alison Dundes (1988) 'Relativism and the Search for Human Rights', *American Anthropologist*, 90(1), pp. 56–72
- Renteln, Alison Dundes (1990) *International Human Rights: Universalism versus Relativism*. London & New Delhi: Sage Publications 205 pp. [Frontiers of Anthropology 6]
- Roshwald, Mordecai (1959) 'The Concept of Human Rights', *Philosophy and Phenomenological Research*, 19(3), pp. 354–379
- Sajó, András (2004) 'Az emberi jogok mint tudásrendszer' [Human rights as a set of knowledge], *Állam- és Jogtudomány*, XLV(1), pp. 3–38
- Sajó, András (2004) 'Universalism with Humility' in Sajó, András (ed.) *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*. Leiden & Boston: M. Nijhoff viii+382 pp.
- Sophocles *Antigone* trans. R. C. Jebb in <<http://classics.mit.edu/Sophocles/antigone.html>>
- Sweet, William (2001) 'Jeremy Bentham (1748–1832)' in *Internet Encyclopedia of Philosophy* [online]. Available at: <<http://www.iep.utm.edu/bentham/>>
- Szabó, Imre (1966) 'Fundamental Questions concerning the Theory and History of Citizens' Rights' in Halász, József (ed.) *Socialist Concept of Human Rights*. Budapest: Akadémiai Kiadó 309 pp. at pp. 2–81
- Varga, Csaba (2005) 'Rule of Law between the Scylla of Imported Patterns and the Charybdis of Actual Realisations (The Experience of Lithuania)', *Acta Juridica Hungarica*, 46, pp. 1–11 & <http://real-j.mtak.hu/760/1/ACTAJURIDICA_46.pdf>, as well as (2006) *Rechtstheorie*, 37, pp. 349–359
- Varga, Csaba (2009) *Jogrendszerek, jogi gondolkodásmódok az európai egységesülés perspektívájában (Magyar körkép – európai uniós összefüggésben)* [Legal systems and legal mentalities in the perspective of European unification: Hungarian overview in a European Union context]. Budapest: Szent István Társulat 282 pp. [Jogfilozófiák] & <<http://real.mtak.hu/163379/1/15173.pdf>>
- Varga, Csaba (2012) *The Place of Law in Lukács' World Concept*. [1981/1985.] 3rd (reprint) ed. with Postface. Budapest: Szent István Társulat 218 pp. & <<https://mek.oszk.hu/14200/14249/>>
- Varga, Csaba (2012) *The Paradigms of Legal Thinking*. [1996/1999.] Enlarged 2nd ed. Budapest: Szent István Társulat 418 pp. [Philosophiae Iuris] & <https://zenodo.org/record/6473631#.Ym-BQejW8qUk>
- Varga, Csaba (2021) *Rule of Law – Contesting and Contested*. Budapest: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law 408 pp. & <<https://doi.org/10.47079/2021.csv.rolcac>>

- Woodhouse, A. S. P. (ed.) (1938) *Puritanism and Liberty, Being the Army Debates (1647–1649) from Clarke Manuscripts with Supplementary Documents*. London: J. M. Dent 506 pp.
- Whyte, Jessica (2009) 'Particular Rights and Absolute Wrongs: Giorgio Agamben on Life and Politics', *Law Critique* 20(2), pp. 147–161 & <http://www.academia.edu/325705/Particular_Rights_and_Absolute_Wrongs_Giorgio_Agamben_on_Life_and_Politics>
- <https://en.wikipedia.org/wiki/God_is_dead>

ЉУДСКА ПРАВА ИЗМЕЂУ СНОВА И СТВАРНОСТИ

Чаба Варга⁶³

*Католички универзитет Петер Пазмани, Будимпешта (Мађарска)
Институт за правне студије Мађарске академије наука, Будимпешта (Мађарска)*

Сажетак: Свака анализа историјског развоја, утемељења, праве природе, као и питања универзалности/посебности, показује да људска права као таква постоје самодејеловањем – говорењем и чињењем – за и у њихово име. Односно, у нашем цивилизацијском развоју се артикулише задатак; на овај или онај начин га постављамо, а онда томе прилагођавамо своје понашање. У праву као и у случају било ког нормативног стандарда, позитивизација лингвистички изражене дужности може постати фактор мотивације за људско деловање унутар датог рецептивног медија људи (који су кроз образовање и социјализацију припремљени да се трансформишу у херменеутичку заједницу), вршећи утицај тако да заправо може са одређеном ефикасношћу да обликује понашање на масовном нивоу (или, тачније, да каналише масовно понашање у оквире постављене својим обрасцима), у складу са обрасцима које је проследио. Сходно томе, у онтологији друштвеног бића, људска права, узета као интелектуалне представе које обично функционишу као идеологије, такође могу задобити истински реално постојање само под условом да стварно утичу на друштвене процесе, интервенишући као посредници у друштвеном посредовању.

Кључне ријечи: историјски корјени, утемељење, природа, културни контекст, универзалност наспрам посебности људских права

⁶³ Професор емеритус, Институт за филозофију права Католичког Универзитета Мађарске

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE OLD (INTERWAR) AND THE NEW (POST-TRANSITIONAL) CONSTITUTIONS IN CENTRAL EUROPE: CONTINUITY VERSUS DISCONTINUITY?¹

Iván Halász²

Faculty of Public Administration, Pavol Jozef Šafárik University, Košice (Slovakia) – HUN-REN The Centre for Social Sciences, Budapest (Hungary)

Summary: *The paper deals with the influence of the interwar constitutional history of Central Europe in the context of post-transitional (and later) constitution-making. Czechoslovakia and the second Polish Republic were born in 1918. These countries adopted democratic constitutions in 1920 and 1921, but Poland adopted also a new (more authoritarian) constitution in 1935. Hungary had an unwritten (historical) constitution in the interwar period. The Slovak constitution of 1939 was not a classical democratic document, because it was born under Austrian, Italian and Portugal fascist and authoritarian influences. The main challenge of the post-transitional constitution-making was democratization of Central and Eastern European region. The European integration was also an important goal in these years. The influence of previous constitutional traditions was only limited after 1989, because, at the end of the interwar period, only Czechoslovakia had a democratic constitution. This constitution has influenced the new Czech constitution of 1993. The democratic Poland adopted a new constitution in 1997, but it did not follow the interwar legal traditions. The Hungarian situation after 1989 was similar, but it has changed radically after 2010 elections. The constitutional history and national historical narrative play a very important role in the current Hungarian constitutional system.*

Keywords: *Central Europe, constitution, history, state-building*

¹ The preparation of this study was supported by the VEGA research project No. 1/0487/24 „Strengthening of constitutional identity and authority of constitution in Central European context”

² PhD, Senior Research Fellow, HUN-REN The Centre for Social Sciences, Budapest (Hungary) – Faculty of Public Administration, Pavol Jozef Šafárik University, Košice (Slovakia).

1. GENERAL INTRODUCTION

We can distinguish at least three major waves of constitution-making in the Central and Eastern Europe in the 20th century. The first wave followed the First World War, the second began after 1945, and the last was a part of the democratic transition of 1989/1990.³ Every wave had a special character and reflected big political and social changes.

The principles and elements of modern constitutionalism were already present in the region before 1918, but with varying degrees of intensity. The Austro-Hungarian Monarchy and the Second German Empire had already been constitutional monarchies for some decades, but in Russia this was the case only after 1905 and only to a limited extent. The new Balkan states, which were mostly born in the second half of the 19th century (Romania, Serbia, Bulgaria), also had more or less liberal constitutions. These were mostly modelled on the Belgian constitution of 1831, but their implementation did not match Western standards. Hungary, on the other hand, was proud of its unwritten (so-called historic) constitution which represented the „*old constitutional spirit of Hungarian nation*”.⁴ This romantic concept was very popular during the 19th century and also later (before 1944).

But before the First World War, the whole region had not yet lived under the conditions of a modern democracy and its standards relating to the principles of democratic electoral law, real guarantees of human rights, policy of equality etc. The first constitutional wave after 1918 was characterised by a general democratic trends and reforms, since one of its aims was to neutralise radical revolutionary movements from the Bolshevik Russia and the revolutionary Germany. It also had a revolutionary effect in the Central and Eastern European region at the time, whether in the field of democracy-building or women's emancipation.

The main model of this period was the constitutional system of the Third French Republic, the several US constitutional elements and (in a limited form) also the new German democratic constitution from Weimar (1919). The problem was that in many countries the democratic system was ahead of the development of society, which created tensions. Over time, this led to various coups d'états and right-wing political changes.⁵

This process started with General Józef Pilsudski's action in Poland (1926), then continued with royal dictatorships in the Balkans, presidential authoritarianism in the Baltic states, a “small civil war” in Austria (1934) and a permanent rightward shift in Hungary. Only the industrially advanced Czechoslovakia managed to remain a civic (bourgeois) democratic state until 1938. The reasons for Czechoslovak stability are mainly to be found in the strong Czech economy, the stable party system and the relatively high political culture of the Czechoslovak centrist and moderate parties. Rather, the problem was caused by political fragmentation and the resulting constant need for coalition. Almost all democratic parties had to unite to govern the country, hence, the coalitions of five, six, ten or more parties were not uncommon. The main opposition parties (communists and radical German nationalists), however, did not provide a democratic alternative.⁶

3 László Trócsányi, “Alkotmányozás és rendszerváltás Közép- és Kelet-Európában”. Jogtudományi Közlöny No. 7-8 (1995), 384-390.

4 István Egyed, A mi alkotmányunk (Budapest: Magyar Szemle Társaság, 1943), 24-31.

5 Trócsányi, “Alkotmányozás és rendszerváltás Közép- és Kelet-Európában”, 385-386.

6 Vaclav Pavlíček, Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky (Praha: Leges, 2011), 84-88.

The second constitutional wave took place in the wake of the victory of the anti-fascist great powers and in the shadow of the Soviet Union. This, time, the Soviet Stalinist constitution of 1936 was the main model. But its impact varied from country to country. The Hungarian 1949 and Polish 1952 constitutions, for example, followed the model in a very servile way, while the 1948 Czechoslovak constitution followed also (in a limited form) the earlier Czechoslovak legal traditions. The new constitutions declared themselves revolutionary and sought to break with the national bourgeois prehistory, its symbolism and constitutional principles. They were based on the principle of the unity of power, did not favour the institution of the individual head of state, and favoured socio-economic rights etc.⁷

The post-communist constitution-making process after 1989 was the first that did not use a revolutionary narrative and was rather based on the concept of a peaceful transition from dictatorship to democracy. The Spanish and Portuguese events of the 1980s have often been cited as a model. At the same time, the transitional democratic forces had no ambition to create an entirely new model of constitution. On the contrary, they wanted to return to tried, tested and functioning European democratic constitutional traditions without special experimentation.⁸

In the Western European political and social developments of the post-war decades (1945-1989) many of the protagonists of the time saw a model worth following. The American and French constitutions, as well as the German Basic Law of 1949, were therefore particularly popular models in the immediate post-1989 period. The Spanish Constitution of 1978 and the Austrian constitutional development also played an important role. However, the democratic transition was not only accompanied by Western enthusiasm and Euro-Atlantic integration ambitions, but also by a revival of national sentiment (the so-called national renaissance), a fetishisation of national independence and intense nationalist manifestations. Nationalism gradually became the new legitimating ideology, paradoxically in parallel with Euro-Atlantic integration efforts.

All these factors (the relatively peaceful nature of events, the desire to break away from the communist past, integrationist ambitions, resurgent nationalism, economic changes) have also influenced the relationship with the process of adopting new constitutions and, in particular, the relationship to one's own constitutional past. The problem was mainly that the constitutions in force immediately before the rise of the communist regimes were not democratic, because they were the constitutions of dictatorial and different right-wing authoritarian regimes.

2. CZECHOSLOVAKIA AND CZECH REPUBLIC

The only exception was Czechoslovakia and its 1920 constitution. In the Czech political discourse, the 1920 constitution was clearly a positive element, because it laid the foundations for the subsequent twenty years of the Czechoslovak interwar democracy. It is no coincidence that it played a relatively prominent role as a model in the process of adopting the new Czech constitution

⁷ Zoltan Szente, *Európai alkotmány- és parlamentarizmus történet (1945-2005)* (Budapest: Osiris, 2005), 141-152

⁸ *Ibid.*, 436.

at the end of 1992.⁹ But it is also true that the symbolic significance of the previous constitution was more important than its practical imitation.

Even the previous (more or less) communist Czechoslovak constitutions (1948, 1960) preserved the president elected by the parliament. In restoring the Senate, on the other hand, it was easy to refer to pre-war traditions. But it is also true that, while the former (interwar) Czechoslovak Senate was more like the French model, the body restored in 1992 had more common elements with the American model (6-year term, election of one third of senators every two years, etc.). Having said that, the situation with the constitutional regulation of human rights was very interesting. The democratic Czechoslovakia adopted its own Charter of Basic Rights and Freedoms in 1991 on the federal legislative level. The Czech civic right-wing parties criticized the concept of economic and social rights during the constitution-making process in 1992, whereas social-democrats and Christian-democrats protected these rights. The conservation of the Czechoslovak Charter in the legal system of Czech Republic was the compromise between the parties, which participated in the constitutional project.¹⁰

The current Czech constitution has relatively limited historical and symbolic narrative. This may be a consequence of the ideological disputes with Slovak political elites during the last years of the existence of the Czechoslovak federation (1989-1992).¹¹ The exception is represented by a recall of the best tradition of Czech statehood and the restoration of the historical Czech lands in preamble. *“We, the citizens of the Czech Republic in Bohemia, in Moravia, and in Silesia, At the time of the restoration of an independent Czech state, Faithful to all good traditions of the long-existing statehood of the lands of the Czech Crown, as well as of Czechoslovak statehood...”* (Czech Constitution 1993)

3. POLAND

The Polish-Lithuanian Commonwealth adopted the first European constitution in 1791, more or less parallelly with the first French revolutionary constitution (1791). But the real political influence of this constitution was very limited, because the territory of the Polish state was divided by the Central and Eastern European great powers (Austria, Prussia, Russia). This document served a long time as a symbol of Polish statehood, but its text was not optimal for total restoration of its statehood in 1918. The second Polish Republic adopted the new constitution under the French and American influence.

The first interwar Polish constitution of 1921 was to a large extent a democratic document, but its influence in the early period was limited, because Poland was facing many economic, social and political problems at the time. The political culture was also very radical (see the murderous attack against the first president Gabriel Narutowicz in 1921). These problems led to the changes realised by Gen. Józef Piłsudski in 1926, but the new authoritarian regime adopted its

⁹ Pavlíček, Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky, 322.

¹⁰ Ibid., 462-464.

¹¹ Pavel Maršálek, “Ústava České republiky a dobré tradice naší státnosti”. In Peter Mlsna et al. Ústava ČR – vznik, vývoj a perspektivy (Praha: Leges, 2011), 158.

own constitution only in 1935. This document was also unpopular among the Polish interwar democratic opposition, which played an important role in the emigrational government in London.

However, the authoritarian Polish constitution adopted in 1935, which also guided the government-in-exile during the Second World War, could not become a model because it was not in line with the democratic trends of 1989. Moreover, it was no longer liked by a significant part of the emigrant government circles, many of whom preferred the 1921 constitution. This document could therefore not become a model after the fall of the communist regime. This was equally true for the 1989 version, the later adopted so-called provisional “small constitution” and the final constitution adopted in 1997.¹²

The current Polish constitutional preamble to the latter did not even dwell much on the national constitutional past. It merely mentioned the traditions of the First (before 1793) and Second (interwar) Polish Republics and called the post-transitional Poland the Third Republic. It did not even mention the socialist Polish People’s Republic at all. (Polish Constitution 1997)

However, one aspect of the Polish round table negotiations held in winter and spring of 1989¹³ raised the issue of the previous constitutional legacy – the restoration of a bicameral parliament was discussed. In Poland, the Senate was only abolished in a referendum after the Second World War and restored in 1989. Although its position was much weaker than before 1939 (asymmetrical bicameralism), it was able to play an important role in delegitimising the outgoing communist regime through free elections. In the first elections, 99 out of 100 senatorial seats were won by opposition forces. The results of the Sejm elections at the time reflected the spirit of the political transition agreements. Only the first election of Polish president in 1990 became the first really free election. It was a consequence of gradual Polish democratic transition started in 1989 and finished in 1991 by the first free parliamentary elections.¹⁴

4. SLOVAKIA

The democratic Slovakia adopted its new constitution in the early autumn (1st September) of 1992. This document was clearly designed for the circumstances of Slovak independence, which was born four months later. Since the summer 1992, it was already known that the Czechoslovak federal state would cease to exist at the end of the year.¹⁵ Although Slovaks owed much to Czechoslovakia, born in 1918, their dominant political parties throughout the 20th century were characterised by firstly autonomist and then federalist aspirations. The state emancipation drive received new impulses after 1989.

The new Slovak constitution (1992) therefore did not mention the Czechoslovak statehood as a positive antecedent and referred instead to the early medieval Great Moravia – an idea that

¹² Leszek Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*. 10. wyd. (Warszawa: Liber, 2006), 11-13. and 19-20.

¹³ Nóra Bán-Forgács, 2023b. Az Ellenzéki Kerekasztal ügye és az adatvédelmi ombudsman joggyakorlata. A rendszerváltás egyes kérdései Magyarországon, *Jogtörténeti Szemle* (2023), 1-7.

¹⁴ Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, 16-19.

¹⁵ Lubomír Fogaš, “Právne a politické predpoklady tvorby Ústavy Slovenskej republiky”. In Ladislav Orosz, Sabina Grabowska, Tomáš Majerčák (Eds.) *Ústavné dni XI. Ústava Slovenskej republiky ako normatívny základ demokratického a právneho štátu* (Košice, UPJŠ. 2022), 9-10, 13.

was popular in the interwar period. The pre-war Czechoslovak state ideology interpreted the Great Moravia as the first common state of the Czechs and the Slovaks, which existed before the Hungarian Kingdom. The Preamble of Slovak constitution recognized this memory in the following form:

"We the Slovak Nation, Bearing in mind the political and cultural heritage of our predecessors and the experience gained through centuries of struggle for our national existence and statehood, Mindful of the spiritual bequest of Cyril and Methodius and the historical legacy of Great Moravia,..." (Slovak Constitution, 1992)

In the collective memory of the Slovak people, the Hungarian Kingdom is seen as negative heritage. Its image has changed officially only after 2000 in the address of the President of the National Council of the Slovak Republic Pavol Hrušovský on the Occasion of the 10th Anniversary of the Slovak Republic on 1st January 2003: *"The second distinctive feature in the face of the future Slovakia was the formation of the Hungarian Kingdom in the year 1000. Slovakia became part of a kingdom, which for nine hundred years moulded the history of Central Europe. St. Stephen had a prophetic value when he in his testament appealed to his son to respect the linguistic and ethnic variety of the inhabitants of his kingdom. For almost eight hundred years, his followers respected his recommendation, and that's also why for eight hundred years, Slovakia was not the object but the subject of the history of the Hungarian Kingdom."*¹⁶

At the same time, the text of the new constitution included a strong Czechoslovak constitutional and legal tradition.¹⁷ The perception of the 1920 Czechoslovak Constitution in Slovakia was ambivalent. Although its democratic character was seen as a positive legacy in the era of rebuilding democracy (1989-1992), its centralist character overshadowed its positive elements. Its solutions were therefore not much invoked during the constitution-making process. On the other hand, the Slovak constitution adopted in 1939, during the existence of the independent and pro-German Slovakia (1939-1945), was not a positive heritage at all, because it showed authoritarian tendencies and was written under the influence of Southern Europe fascist states (Italy, Portugal). Indeed, it did have a Czechoslovak heritage, but only faintly.¹⁸ Moreover, this constitution was unable to prevent the establishment of a dictatorship and the Holocaust.

In Slovakia, the idea of putting this constitution into force even for one day was never seriously considered. In this, the Slovaks were quite different from the Estonians and the Latvians, whose independent statehood had ended in 1940 under the Soviet occupation and who therefore wanted (during transition and perestroika) to pick up the thread of the then broken state and constitution by symbolically enacting their earlier constitutions. For this reason, Latvia still has the original constitution of 1922, which has been amended several times. In the early 1990s, however, the majority of Slovak pro-independence elites tacitly declared their allegiance to the defunct Czechoslovakia and its anti-fascist legacy. The anti-German uprising of 1944 played an important role in this, despite its rejection of an independent Slovakia concept. The antifascist Slovak National Council declared the pro-Czechoslovak orientation and revitalisation of Czechoslovak statehood.

¹⁶ Address of the President of National Council of the Slovak Republic Pavol Hrušovský on the Occasion of the 10th Anniversary of the Slovak Republic 1st January 2003, 26-27.

¹⁷ Ladislav Orosz, Ústavodarné activity a ich vplyv na autoritu Ústavy Slovenskej republiky. Kritická reflexia. In Ladislav Orosz, Sabina Grabowska, Tomáš Majerčák (Eds.) Ústavné dni XI. Ústava Slovenskej republiky ako normatívny základ demokratického a právneho štátu (Košice: UPJŠ, 2022), 130-131.

¹⁸ Ivan Kamenec, Trauma (Aura Kiadó, 1993), 31-33.

The constitutional act of 1968 on the federalisation of Czechoslovakia played a more important role in forming the Slovak political identity. Modern Slovak statehood was therefore born within Czechoslovakia and not clearly in opposition to it. There were several symbolic signs of this after 1992. The Slovak part of the old Czechoslovak anthem has remained the state anthem,¹⁹ there is full continuity in the legal and citizenship field,²⁰ and the Czech Republic and Slovakia still share many practical and symbolic elements 20 years after the Velvet Divorce and 20 years after the EU accession.²¹

5. HUNGARY

In not so distant past, Hungary underwent the biggest changes in its approach to its constitutional and political past. In October 1989, Hungary adopted a new democratic constitution in practice, which formally kept the same name and number as the old communist constitution (Act No. XX of 1949). The new text was supported by the outgoing communists and the incoming democratic parties during the round-table negotiations (Summer 1989), but was still voted on by the old parliament elected during the communist period (1985). This raised concerns about legitimacy, with some arguing that the text suffered from a democratic deficit. The democratic elites in opposition hoped that after the first free elections they would be able to (re)-frame the text of a new constitution, according to the new democratic rules and procedures.

This did not happen for twenty years. The time when Hungary came closest to adopting a new constitution was between 1994 and 1998, when no compromise was reached between the ruling socialists and liberals, however the governing (socialist and liberal) coalition had a qualified majority, which is a prerequisite for adopting a new fundamental law. As a result, the Hungarian political elite increasingly identified with the 1989 constitutional text. The democratic political parties became more or less satisfied with this constitutional text that had origins in modern constitutionalism. The question of the constitution was raised in election cycles, but was soon dropped from the agenda for lack of a sufficient support from the majority. This made sense since the 1989 constitution remained similar to the old communist constitution of 1949 only structure-wise, and not in the content.²²

The turning point will be 2010, the new Fidesz led supermajority in the Parliament with its constitutional making (constituent) power. However, the future of the new Fundamental Law is still an open issue, namely, the Fundamental Law will be able to serve its role under a future political era.²³

19 The anthem of first Slovak Republic (1939-1945) „Hej Slováci” was an alternative solution, but this traditional song from 19th century had a bad political context.

20 The federal Czechoslovakia acknowledged two citizenships: Czech and Slovaks, without common (union) citizenship.

21 Juraj Marušiak, „Ústavy ČR a SR a ich úloha v procese konštituovania národných identít”. In Goněc, Vladimír – Holec, Roman (Eds.) Česko-slovenská historická ročenka 2012. Češi a Slováci 1993-2012. Vzdalování a přibližování (Bratislava: ÚPV SAV – Česko-slovenská komisia historikov – VEDA, 2013), 90-92.

22 István Kukorelli, „Az alkotmánymódosítások alkotmánya – egységes szerkezetben”. In Kocsis, Miklós – Zeller, Judit (Eds.) A köztársasági alkotmány 20 éve. (Pécs: PAMA, 2009).

23 Nóra Bán-Forgács, “Procedural Constitution-Making: Lessons Learnt from Hungary”. In: Željko Mirjanić (szerk.) “Challenges and perspectives of the development of legal systems in the XXI century” (Conference Proceedings), 9.

The pre-1945 Hungarian national constitutional traditions did not play a significant role in the 1989 constitution-making process. If anything, the new text was influenced by Act I of 1946. This law proclaimed the Second Hungarian Republic (1946-1949) and served as a small provisional constitution. The post-war Hungary had only a unicameral parliament and the cited law also created the institution of an individual president. Moreover, for the first time in the history of Hungarian law, it briefly summarised basic human rights and freedoms in a single (charter) document.²⁴

In 1946, Hungary had a democratic coalition government, but it should be remembered that the country was a defeated state in the Second World War and was occupied by the Soviet army. It was only in 1991 that the Soviet Union left the country. The assessment of this important democratic law was therefore not entirely clear-cut, with particular criticism coming from the Hungarian right and, more intensely, the far right. However, in the democratic 1989 this tradition still seemed the most acceptable. The era of Admiral Miklós Horthy (1920-1944) was still a negative memory in the public consciousness (the Nazi-German occupation at the end of the period, participation in the anti-Soviet war, the cooperation of Hungarian state organs in the Holocaust etc.) The social memory of the ultra-conservative nationalist regime was also controversial.

The memory of the Hungarian historical (unwritten) constitution before 1944 was more popular among the radical and traditionalist Hungarian right-wing. However, precisely because of its unwritten nature, this legal construction was difficult to copy or follow. The right-wing public opinion was not bothered by this and hoped mainly for a “legal revitalisation” of the Holy Crown. This symbol also had a strong nationalist, mystical and revisionist dimensions. On the other hand, it was also an important historical symbol which had served as a precursor to the idea of popular sovereignty throughout history.²⁵

The modern Hungarian political right-wing won the elections in 2010 and gained a qualified majority in the parliament. This allowed it to adopt a new constitution. The Fidesz-KDNP coalition initially considered adopting a new complex constitution. This was the task of the special commission of the Parliament. The idea of revitalising the historic constitution was raised by the opposition radical right-wing movement Jobbik. The ecologist, liberal and left opposition preferred the old constitution of 1989. These parties did not participate in the process of constitution-making. Jobbik party firstly participated in this process, but later also left the constitution preparatory commission.

Although the new Hungarian constitution was initially drafted by a designated parliamentary committee, the final drafting of the text of the new Constitution was prepared by two MPs at the request of Prime Minister Viktor Orbán, József Szájer an MP of the European Parliament and Gergely Gulyás, the Hungarian MEP. In the meantime, the idea of drafting a short “core constitution” was mooted, which would be supplemented by a number of fundamental laws.²⁶ Public opinion, however, expected a new complex charter constitution. The solution that emerged was somewhat of a hybrid - i.e. a complex charter constitution, officially called the (unique) Fundamental Law, consisting of several chapters on different subjects (e.g. State, Human Rights, Special Orders etc.),

24 Kukorelli, “Az alkotmánymódosítások alkotmánya – egységes szerkezetben”.

25 Gábor Schweitzer, “Historizující prvky v Základnom zákone Maďarska”. In *Quo vadis střední Evropa? Metamorfózy práva III.* (Praha: ÚSP AV ČR, 2012), 67-75.

26 Varga Zs. András, “A mag-alkotmány védelmében”. Pázmány Law Working Papers. 2011. No. 2., 2-4.

each with a completely different internal numbering. The legislator's actions seemed to weaken the document's coherence.

The national conservative value preferences of the parties drafting the Fundamental Law were largely reflected in its Preamble. But it was a gesture to only one of the opposition parties, namely the aforementioned Jobbik, which wanted to restore the pre-1945 construction of the historical constitution. This was not done, but the reference to the historical constitution was included in the preamble and in Article R of the first normative chapter.

According to this provision, the provisions of the Fundamental Law must be interpreted in accordance with the *acquis* (achievements) of the historical constitution. (Art. R) “3) *The provisions of the Fundamental Law shall be interpreted in accordance with their purposes, the National Avowal contained therein and the achievements of our historic constitution.*” However, the constitution did not specify the concept of the *acquis* (achievements), and this became the task of the Constitutional Court. This organ is dealing with this issue, but a test of the *acquis* has not yet been established.²⁷

The wording of the preamble is interesting. “*We do not recognise the suspension of our historic constitution due to foreign occupations. We deny any statute of limitations for the inhuman crimes committed against the Hungarian nation and its citizens under the national socialist and the communist dictatorship. We do not recognise the communist constitution of 1949, since it was the basis for tyrannical rule; we therefore proclaim it to be invalid.*” However, this declaration is not entirely in line with the end of the constitutional document, where the legislator referred to Article XX of the 1949 Act as the legal basis. (Fundamental Law of Hungary, 2011).

The definition of the antidemocratic period (lack of freedom) is also interesting in the Fundamental Law: “*We date the restoration of our country's self-determination, lost on the nineteenth day of March 1944, from the second day of May 1990, when the first freely elected organ of popular representation was formed. We shall consider this date to be the beginning of our country's new democracy and constitutional order.*” (Fundamental Law of Hungary, 2011)

This precise formulation is very problematic, because the republican form of state in Hungary was declared by Act N. I. of 1946. The new text of constitution of 1989 served as a legal basis for the democratic transformation and this text was born before May 1990. Maybe, the less concrete text and definition of these sensitive issues is politically more practical. The current Czech and Polish constitutions used only very general formulation for the definition of historical heritage. This solution is better for constitutional texts. (Polish preamble of 1997: “*Recalling the traditions of the First and Second Republic...*” Czech constitution of 1993: “*... sound traditions of the ancient statehood of the Lands of the Crown of Bohemia as well as of Czechoslovak statehood,...*”) (Czech Constitution 1993, Polish Constitution 1997)

With these formulations, the 2011 Hungarian constituent has cast a different light on the pre-1945 Hungarian constitutional heritage, which the Hungarian constituent (legislator) of 1989 had not yet dared to fully embrace. It should be remembered that at the end of the bourgeois era, World War II was going on and the country was under an anti-democratic regime. And between 1938 and 1945, a series of anti-Jewish laws were passed which seriously violated the constitutional principle of equal rights. The concept of a historical constitution did not provide adequate protection against these.

27 Schweitzer, “Historizujúce prvky v Základnom zákone Maďarska”, 68-70.

The legislator who adopted the new Hungarian Fundamental Law in 2011 was obviously not thinking of this legacy, but rather of the pre-1938 era. In any case, this is an interesting attempt to reconcile the tradition and strength of the primary written constitution with the selectively managed heritage of the historical constitution. The latter, however, plays only a secondary and complementary role.

Through the subsequent amendments (mainly in 2018) to the Fundamental Law, the historical constitution has become an important constitutive element of modern Hungarian constitutional identity. The question of identity in Hungary - as in many other EU states - is mainly a question of the relationship between the EU and its Member States. The Hungarian Fundamental Law is a unique constitutional document, because it directly contains the notion of constitutional identity. (Art. R) *“(4) The protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State.”* In this context, the following sentence of constitutional preamble is also important (National Avowal): *“We hold that the protection of our identity rooted in our historic constitution is a fundamental obligation of the State.”* (Text from 2018, implemented by amendment of Fundamental Law.)

6. SUMMARY

History is a very sensitive issue in the Central European constitutional developments. The construction of the historical past often reflects a nation's hopes, desires, and political-ideological affiliations. This is true not only for the “recent history” (the period of communist dictatorships), but also for the previous era. As we have shown, the Czech, Polish and Slovak constitution-making process immediately after the collapse of the communist regimes are “slower” and more considerate, compared to the intense Hungarian constitution-making after 2010. One would argue that the Hungarian process was also more detail-oriented, however, a general approach with an open text is often more appropriate when it comes to politically sensitive issues. The memory of history and the interpretation of political-historical heritage are always changing, at least in the context of the last decades. The moderate attitude is more useful in the long historical perspective from the point of view of an integrational function of the constitution.

LITERATURE

Bán-Forgács, Nóra, 2023. “Procedural Constitution-Making: Lessons Learnt from Hungary”

In: Željko, Mirjanić (szerk.) међународни научни скуп „Изазови и перспективе развоја правних система у ххi вијеку”: зборник радова, година iii, Бања Лука, број 3 (2023), том i / international scientific conference “Challenges and perspectives of the development of legal systems in the xxi century” conference proceedings, year iii, Banja Luka, no. 3 Banja Luka, Bosnia-Herzegovina : University of Banja Luka Faculty of Law 389 p. pp. 69-77. , 9 p.

Bán-Forgács, Nóra 2023 a. A transzformatív alkotmányosság dél-amerikai modellje

Közelítések. negyedéves internetes folyóirat 11 : 1 pp. 91-109. , 19 p.

Bán-Forgács, Nóra, 2023b. Az Ellenzéki Kerekasztal ügye és az adatvédelmi ombudsman joggyakorlata. A rendszerváltás egyes kérdései Magyarországon Jogtörténeti Szemle pp. 1-7. , 7 p.

Egyed István. 1943. *A mi alkotmányunk*. Budapest: Magyar Szemle Társaság

Fogaš, Lubomír. 2022. "Právne a politické predpoklady tvorby Ústavy Slovenskej republiky." In Orosz, Ladislav – Grabowska, Sabina – Majerčák, Tomáš (Eds.) *Ústavné dni XI. Ústava Slovenskej republiky ako normatívny základ demokratického a právneho štátu*. Košice: UPJŠ 8-18. p.

Garlicki, Leszek. 2006. *Polskie prawo konstytucyjne*. 10. wyd. Warszawa: Liber

Address of the President of National Council of the Slovak Republic Pavol Hrušovský on the Occasion of the 10th Anniversary of the Slovak Republic 1st January 2003:

Ifj. Trócsányi László. 1995 "Alkotmányozás és rendszerváltás Közép- és Kelet-Európában." *Jogtudományi Közlöny* No. 7-8. 384-390. p.

Kamenec, Ivan. 1993. *Trauma*. Aura Kiadó

Kukorelli, István. 2009. "Az alkotmánymódosítások alkotmánya – egységes szerkezetben." In Kocsis, Miklós – Zeller, Judit (Eds.) *A köztársasági alkotmány 20 éve*. Pécs: PAMA

Maršálek, Pavel. 2011. "Ústava České republiky a dobré tradice naší státnosti" In Mlsna, Peter et al. *Ústava ČR – vznik, vývoj a perspektivy*. Praha: Leges

Marušák, Juraj. 2013. "Ústavy ČR a SR a ich úloha v procese konštituovania národných identít." In Gonč, Vladimír – Holec, Roman (Eds.) *Česko-slovenská historická ročenka 2012. Češi a Slováci 1993-2012. Vzdalování a přibližování*. Bratislava: ÚPV SAV - Česko-slovenská komisia historikov – VEDA

Pavlíček, Václav a kol. 2011. *Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky*. Praha: Leges 1119 p.

Orosz, Ladislav. 2022. "Ústavodarné activity a ich vplyv na autoritu Ústavy Slovenskej republiky. Kritická reflexia." In Orosz, Ladislav – Grabowska, Sabina – Majerčák, Tomáš (Eds.) *Ústavné dni XI. Ústava Slovenskej republiky ako normatívny základ demokratického a právneho štátu*. Košice: UPJŠ, 130-141. p.

Schweitzer, Gábor. 2012. "Historizujúce prvky v Základnom zákone Maďarska." In *Quo vadis stredná Evropa? Metamorfózy práva III*. Praha: ÚSP AV ČR, 67-75. p.

Szente Zoltán. 2005. *Európai alkotmány- és parlamentarizmus történet (1945-2005)* Budapest: Osiris 723 p.

Varga Zs. András. 2011. "A mag-alkotmány védelmében." Pázmány Law Working Papers. 2011. No. 2.

ОДНОС СТАРИХ И НОВИХ УСТАВА У СРЕДЊОЈ ЕВРОПИ: КОНТИНУИТЕТ И ДИСКОНТИНУИТЕТ

Иван Халаш²⁸

ХУН-РЕН ЦСС Институт за правне студије, Будимпешта (Мађарска) Универзитет
Павел Јозеф Шафарик, Факултет за јавну управу, Кошице (Словачка)

Сажетак: У овом раду, аутор настоји да одговори на питање како су стари уставни рјешења утицали на процес доношења устава и стварања нових демократских устава у пост-транзицијској Централној Европи. У региону се може наћи неколико различитих модела, од комплетног одбацавања старих рјешења преко дјелимичног прихватања старог националног уставног наслеђа до идеализације старих модела. Велики утицај на актуелни чешки устав (1993) имао је чехословачки устав из 1992. године, али само као извор инспирације. Мађарска од 2011. доживљава специфичну ревитализацију духа старог историјског (тј. неписаног) мађарског устава, који је важио прије 1945. Чехословачко уставно наслеђе највише се осјетило у словачком уставу из 1992., али без претјераног одушевљења, јер је Словачка тек окончала миран чешко-словачки развод. Пољска има можда најбогатију писану уставну традицију у региону (1791, 1921, 1935, 1952), али само мали дио ранијих устава утицао је на Устав из 1997. године. Године 1989. Пољаци нису могли ништа да ураде са наслеђеним уставом из 1935. јер није био истински демократски. Истина, неки његови елементи (нпр. председник као стуб етатистичког система) су касније враћени у нацрт за тзв. четврту Пољску Републику, пропагирану од стране национално-конзервативног политичког крила у периоду од 2005. до 2007. године. Аутор ће се у раду, такође, осврнути на симболичку димензију средњоевропских устава и како њихов садржај може користити за суочавање са савременим изазовима. Додатно, аутор ће покушати да дефинише теоријске и техничке границе ревитализације старих уставних докумената. Коначно, цијели проблем ће бити стављен у контекст државног континуитета и дисконтинуитета.

Кључне ријечи: устав, континуитет, историја, савремени свијет, дисконтинуитет.

²⁸ Сарадник Центра за друштвене науке -Институт за правне науке, Будимпешта, Предавач на Универзитету Павол Јозеф Шафарик, Кошице, Словачка

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE RIGHT OF THE CHILD¹

Nora Bán-Forgács²

*HUN-REN, Centre for Social Sciences, Budapest (Hungary), Milton Friedman University,
Budapest*

Kitti Mezei³

*HUN-REN, Centre for Social Sciences, Budapest (Hungary), University of Technology and
Economics, Budapest*

Iván Halász⁴

*HUN-REN, Centre for Social Sciences, Budapest (Hungary), Faculty of Public Administra-
tion, Pavol Jozef Šafárik University, Košice (Slovakia).*

Summary: *The advent of Artificial Intelligence (AI) technologies has profound implications for children's rights, providing both transformative opportunities and significant challenges. As AI systems become increasingly integrated into various aspects of children's lives—from education and health-care to entertainment and social media—ensuring the protection and promotion of children's rights is paramount. Since Artificial Intelligence (AI) technologies become more integrated into the daily lives of children, it is crucial to evaluate both their potential benefits and associated risks.*

Key words: *AI, right of the child, risks of AI, protection of children, technology and law.*

1. INTRODUCTION

Artificial Intelligence is rapidly transforming various sectors, including education, health-care, and entertainment, all of which significantly impact children's lives. Educational technologies powered by AI can personalize learning experiences, while entertainment applications can adapt content to individual preferences. However, as children engage with AI, concerns arise about their safety, privacy, and overall well-being. There are different dimensions of the challenges technology and the right of future generations. Some of the threats and concerns are only anticipated, in

¹ The research was supported by the European Union project RRF-2.3.1-21-2022-00004 within the framework of the Artificial Intelligence National Laboratory and by the Ministry of Innovation and Technology NRDI Office within the framework of the FK_21 Young Researcher Excellence Program (138965).

² Research Fellow, HUN-REN, Centre for Social Sciences, Budapest (Hungary), Ass. Prof, Milton Friedman University, Budapest

³ Research Fellow, HUN-REN, Centre for Social Sciences, Budapest (Hungary), Ass. Prof, Budapest University of Technology and Economics, Budapest

⁴ Research Professor, HUN-REN, Centre for Social Sciences, Budapest (Hungary) – Faculty of Public Administration, Pavol Jozef Šafárik University, Košice (Slovakia).

a way similar to threats in the environmental protection.⁵ This article seeks to provide a balanced examination of the risks and benefits associated with AI use among children, drawing from recent research and case studies to inform stakeholders involved in child development.

The children constitute a vulnerable population, deserving special protections and rights as articulated in various international frameworks, most notably the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC). As AI technologies evolve and permeate numerous aspects of life, they pose both opportunities to enhance children's rights and risks that could jeopardize them. This article seeks to explore the interplay between children's rights and AI technology, highlighting both challenges and opportunities.

Since AI has become integrated into various sectors, its applications range from personalized educational tools to social media algorithms dictating content consumption. AI's pervasive presence raises critical questions about its implications for children's rights, particularly concerning privacy, data protection, autonomy, and access to appropriate content.

2. AI AND CHILDREN

As AI becomes integrated into various sectors, its applications range from personalized educational tools to social media algorithms dictating content consumption. AI's pervasive presence raises critical questions about its implications for children's rights, particularly concerning privacy, data protection, autonomy, and access to appropriate content.

The Framework for Children's Rights is the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC). UNCRC, adopted in 1989, establishes a comprehensive framework aimed at protecting children's rights to survival, development, protection, and participation (United Nations, 1989). Articles in the convention explicitly recognize the rights of children to access information (Article 17), express their views (Article 12), and be protected from harmful practices (Article 19). These rights lay the foundation for examining the ethical deployment of AI systems that may impact children. Within the European framework,⁶ EU Digital Strategy on the Right of the Child is significant. The European Union has articulated its commitment to children's rights through various initiatives, such as the EU Strategy on the Rights of the Child (European Commission, 2021). This strategy emphasizes the importance of safeguarding children's rights online and their protection from harmful content. It seeks to ensure that digital technologies, including AI, align with the values of the EU and foster environments that respect children's rights. In the European Union, the General Data Protection Regulation (GDPR) includes specific provisions for the protection of children's data. Under GDPR, children under the age of 16 require parental consent to access

⁵ Könczöl, Miklós, Rights and Future Persons: The Promise of Arguments from Present People's Identity, *Public Governance Administration And Finances Law Review* 8 : 2 pp. 29-40. , 12 p. (2023); Könczöl, Miklós, *Jövő nemzedékek: Jogok és kötelességek a Laudato si' enciklika alapján*, *Iustum Aequum Salutare* 20 : 1 pp. 205-218, 14 p. (2024)

⁶ Mezei Kitti, The European AI Tango: Balancing Regulation Innovation and Competitiveness, In: Brett, A. Becker; Roisin, Faherty; Juho, Leinonen; Keith, Quille (szerk.) *HCAIep ,23: Proceedings of the 2023 Conference on Human Centered Artificial Intelligence: Education and Practice*, New York, Amerikai Egyesült Államok : Association for Computing Machinery (ACM) (2023) pp. 2-8. , 7 p.; Mezei, Kitti ; Träger, Anikó, The European Approach to Artificial Intelligence: Ethical and Regulatory Implications, *Acta Universitatis Sapientiae Legal Studies* 11 : 2 Pp. 19-34. , 16 P. (2022)

online services. This regulation aims to give parents more control over their children's data and reduce the risk of privacy violations within AI applications. The EU's Digital Services Act (DSA) also plays a crucial role in regulating online platforms, particularly regarding the safety of minors. Governments need to enact and enforce regulations that specifically address the risks associated with AI technologies affecting children. The Digital Services Act (DSA) proposed by the European Commission aims to ensure safer digital spaces for users and to enhance accountability for platforms, particularly regarding the protection of vulnerable groups,⁷ including children (European Commission, 2020). Thus, the DSA imposes stricter obligations on service providers⁸ to ensure that their algorithms do not amplify harmful content aimed at children and require greater transparency about how content moderation works. Both the GDPR and DSA are in line with Article 16 of the abovementioned UNCRC that protects children's right to privacy, establishing a foundation for safeguarding their data in the context of AI.

The EU's AI Act includes several important provisions aimed at child protection. One of its key measures is the complete ban on AI systems that exploit age-related vulnerabilities (Article 5), such as the systems that manipulate or take advantage of children's lack of maturity or understanding. The ban on AI systems that exploit age-related vulnerabilities may face challenges in clearly defining what constitutes exploitation and how to identify these vulnerabilities in practical, diverse settings. Having in mind that children's developmental stages vary widely, creating a clear, enforceable standard could be difficult. Moreover, the AI Systems that draw conclusions from individuals' emotions (emotion recognition systems) are prohibited from being marketed, deployed, or used in educational institutions, except when their use is for medical or safety purposes.

Additionally, AI systems classified as high-risk, such as those used in education, are required to give special consideration to children and their rights during comprehensive risk management processes. The AI Act refers to AI systems used for admissions, learning outcome assessments, educational level evaluations, and exams in educational and vocational institutions. The AI Act also mandates the use of watermarks on deepfakes and other AI-generated content, as well as informing users when they are interacting with AI, which will further benefit children. However, it only safeguards against instances where the company uses the technology lawfully, offering no protection against the misuse of deepfake and other technology on online platforms. In such cases, DSA serves as the primary tool for addressing those issues with content moderation.

The digital businesses have a responsibility to identify, assess, and address relevant human rights risks, including risks to children's rights. For example, in case of high-risk AI systems, the AI Act makes it compulsory to conduct human right impact assessments.

On-line safety can both be a challenge and a safeguard in the developing digital word. With the rise of digital platforms, children become increasingly vulnerable to cyberbullying, exploitation, and inappropriate content. AI technologies, such as natural language processing (NLP) and

7 Macmillan, K, Berg, T, Just, M & Stewart, ME 2020, Are autistic children more vulnerable online? Relating autism to online safety, child wellbeing and parental risk management. in NordiCHI ,20: Proceedings of the 11th Nordic Conference on Human-Computer Interaction: Shaping Experiences, Shaping Society., 14, Association for Computing Machinery, 11th Nordic Conference on Human-Computer Interaction 2020, Tallinn, Estonia, 25/10/20. <https://doi.org/10.1145/3419249.3420160>

8 Klein, Tamás, a DSA alapjogvédelmi mechanizmusa mint alkotmányjogi nóvum: A magánjogviszonyokban érvényesülő horizontális alapjogvédelem legutóbbi példája, In: Koltay, András; Szikora, Tamás; Lapsánszky, András (szerk.) A vadnyugat vége?: Tanulmányok az Európai Unió platformszabályozásáról, Budapest, Magyarország: ORAC Kiadó Kft. (2024) 540 p. pp. 260-294. , 35 p.

machine learning algorithms, can be employed to monitor online interactions and detect harmful behaviors in real-time.⁹

AI technologies can provide increased safety and security for children in both physical and digital contexts. For instance, AI algorithms in parental control software can monitor online behavior,¹⁰ detect potential risks (such as cyberbullying or inappropriate content), and alert parents or guardians. Additionally, the AI-equipped devices can recognize potential dangers in physical environments, providing alerts and notifications to caregivers to ensure children's safety. Moreover, content moderation systems powered by AI can flag potentially abusive messages and images, helping parents and guardians protect children from online predators. Children are especially vulnerable to cybersecurity threats, including identity theft, online grooming, and phishing schemes.¹¹

Many AI-driven applications collect sensitive personal information from users, raising concerns about data security. Cybercriminals may exploit vulnerabilities in these systems to target children, who may not have the awareness to recognize potential dangers. The collection and storage of children's data pose profound privacy (data protection) concerns.¹² Many AI systems rely on data to personalize experiences, which often includes tracking usage patterns and storing personal information. The prevalence of data breaches threatens children's privacy, while unauthorized access to their data can lead to exploitation and manipulation of children. AI algorithms often curate content based on user interactions and preferences. For children, this can lead to exposure to age-inappropriate materials, including violence, explicit language, and sexual content. Although platforms often employ content moderation systems, AI's effectiveness in accurately filtering harmful content is limited. Misclassification and over-reliance on algorithms can result in children's encountering unsuitable material, potentially influencing their behavior and understanding of societal norms.

As COVID-19 world crisis has profoundly shown, AI can be a personalized learning tool,¹³ a learning experience that can be tailored. AI is able to analyze a child's progress and learning style, enabling adaptive learning platforms that adjust difficulty levels and suggest resources suited to

9 Fenio Annansingh, Thomas Veli, An investigation into risks awareness and e-safety needs of children on the internet: A study of Devon, UK, *Interactive technology and smart education*, 20 Jun 2016, Vol. 13, Issue 2, pages 147 – 165, <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/ITSE-09-2015-0029/full/html>; H. Hartikainen, N. Iivari and M. Kinnula, Children's design recommendations for online safety education, *International Journal of Child-Computer Interaction* (2019), doi: <https://doi.org/10.1016/j.ijcci.2019.100146>;

10 Widiyatri, I., Salman, A.G. and Kanigoro, B. (2018), „Parental control application on Android platform”, *Library Hi Tech News*, Vol. 35 No. 1, pp. 18-24. <https://doi.org/10.1108/LHTN-08-2017-0057>

11 Mezei, Kitti ; Krasznay, Csaba, Cybersecurity and Cybercrime in Hungary During the COVID-19 Pandemic, In: Chałubińska-Jentkiewicz, Katarzyna; István, Hoffman (szerk.) *The Role of Cybersecurity in the Public Sphere - The European Dimension*, Maribor, Szlovénia : Lex Localis (2022) 234 p. pp. 191-207. , 17 p.; Mezei, Kitti ; Boldizsár, Szentgáli-Tóth, Some Comments on the Legal Regulation on Misinformation and Cyber Attacks Conducted Through Online Platforms, *Lexonomica: Revija Za Pravo In Ekonomijo* 15 : 1 Pp. 33-52. , 20 P. (2023); Klein, Tamás, Cybercrime, In: Klein, Tamás; Tóth, András (szerk.) *Technológia jog - Robotjog - Cyberjog*, Budapest, Magyarország : Wolters Kluwer Kft. (2018) 331 p. pp. 293-320. , 28 p.

12 See: Bán-Forgács, Nóra ; Mezei, Kitti, Data protection challenges during pandemic: smart phones and other applications during Covid-19, In: Tafaro, Lara; Florek, Iwona; Laki, Ildikó (szerk.) *DIGITAL WELL-BEING - a concern for the quality of life*, Józsefów, Lengyelország : Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide De Gasperi w Józsefowie, Milton Friedman University (2023) 330 p. pp. 30-40. , 11 p.

13 See: Fati Tahiru, AI in Education: A Systematic Literature Review Ho Technical University, Ghana, *Journal of Cases on Information Technology* Volume 23, Issue 1, January-March 2021 <https://orcid.org/0000-0003-0874-0428>. ; Alexandara Harry , Sayudin, Role of AI in Education, *Injury: Interdisciplinary Journal and Humanity* Volume 2, Number 3, March 2023 e-ISSN: 2963-4113 and p-ISSN: 2963-3397

individual needs. AI-driven educational tools have improved engagement and learning outcomes among primary school students, fostering a more inclusive learning environment.¹⁴ However, children's increasing reliance on AI for learning and entertainment raises concerns about their ability to engage with the world independently. Dependency on AI tools may inhibit critical thinking, creativity, and problem-solving skills, as children may become accustomed to relying on technology for answers rather than seeking solutions themselves. Given the special nature of child's development, the increasing reliance on AI in decision-making processes may erode children's autonomy. The more automated the systems become, the greater is the risk that children may not be able to question or engage with the decisions being made on their behalf, which then infringes on their rights to participate in decisions affecting their lives.

AI can contribute to inclusion and anti-discrimination and has a potential to enhance accessibility for children with disabilities. Intelligent tutoring systems can cater to diverse learning needs, provide real-time feedback, and assist in communication for children who require support. For instance, AI technologies have been developed to help children with hearing impairments to engage in interactive learning experiences that take into account their specific needs. AI tools may facilitate greater participation from children and youth in decision-making processes, particularly regarding issues that affect them. For instance, the AI-driven platforms can collect feedback and preferences from children, giving them a voice in areas such as education policy and community engagement. Meanwhile, AI systems are not immune to biases that can propagate harmful stereotypes. If AI algorithms are trained on skewed or unrepresentative datasets, they can inadvertently reinforce societal biases, negatively affecting how children perceive both themselves and others. For example, some AI-driven educational tools may unintentionally favor certain demographics, leading to differential learning outcomes and entrenching existing inequalities. This risk is particularly worrying for marginalized children, as biased algorithms can lead to discriminatory practices in education, social services, and law enforcement, undermining equality and justice.¹⁵ To address these concerns, the European Union has proposed the AI Act,¹⁶ a regulatory framework aimed at managing the ethical deployment of AI technologies, particularly regarding high-risk applications involving children.

Studies have shown that AI can improve health outcomes. AI technologies can enhance children's health by offering innovations in telemedicine, health monitoring applications, and predictive analytics to identify health risks. Such advancements can lead to earlier diagnoses and more effective interventions, ultimately promoting children's right to health. In the realm of social services, AI can optimize case management and resource allocation. Predictive analytics can help social workers identify families at risk of instability, enabling early and preventive interventions. Furthermore, AI systems can streamline administrative tasks, thus allowing social workers to dedicate more time and resources to direct child protection efforts. On the other hand, the influence

¹⁴ Michail Giannakos, Roger Azevedo, Peter Brusilovsky, Mutlu Cukurova, Yannis Dimitriadis, Davinia Hernandez-Leo, Sanna Järvelä, Manolis Mavrikis & Bart Rienties (02 Sep 2024): The promise and challenges of generative AI in education, *Behaviour & Information Technology*, DOI: 10.1080/0144929X.2024.2394886 To link to this article: <https://doi.org/10.1080/0144929X.2024.2394886>

¹⁵ Mezei, Kitti; Bán-Forgács, Nóra, Discrimination in the age of algorithms, In: Iwona, Florek; Ildikó, Laki; Schottner, Krisztina (szerk.) *Human rights as a guarantee of smart, sustainable and inclusive growth*, Józsefów, Lengyelország: Alcide De Gasperi University of Euroregional Economy in Józsefów, Milton Friedman University (2022) pp. 73-80., 8 p.

¹⁶ <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>

of AI algorithms on social media platforms can have negative repercussions on children's mental health. Children's mental and social development is special, while exposure to unrealistic standards, harmful content, or even online bullying—exacerbated by AI's content delivery mechanisms—can severely affect children's emotional and psychological well-being.

3. BALANCING RISKS AND BENEFITS

To balance the risks with benefits, to empower children and young people regarding their rights, the education systems should incorporate AI literacy into curricula. This will allow children to understand AI technologies, enhancing their ability to engage with and question the systems affecting their lives. Children need to be equipped with the skills required to navigate online environments safely. Focus should be on online safety, responsible social media use, and critical thinking regarding AI content. We would like to highlight that critical thinking has a crucial role; children must understand that they need to use AI but they should not trust AI without criticism.

Before deploying AI technologies that affect children, comprehensive impact assessments should be conducted to identify potential risks and ethical implications. Similarly to the data protection risks at GDPR, these assessments should include evaluating technology's alignment with children's rights. Children should be involved in the design and evaluation of AI technologies that should accurately address their needs, preferences, and concerns. This participation could inform the development of child-friendly technologies that respect and promote their rights. In the creation of technology for children, ethical considerations should be a priority. This encompasses ensuring that algorithms are bias-free, accurately represent diverse demographics, and undergo rigorous testing to evaluate their cultural sensitivity and applicability across different contexts.

A multi-stakeholder approach is needed, involving governments, private sector representatives, educational institutions, parents, and technology companies, to shape and further enhance the responsible AI use among children. (We should note that AI is not the only domain in which new approaches are experimented nowadays with regards to the right of future generations. One of these initiatives gives rise to electoral votes for children concerning their rights in certain areas such as environmental protection or technology)¹⁷. A joint vision can help create safe and equitable AI applications tailored to children's needs. The complexities surrounding AI and children's rights necessitate international dialogue and cooperation. Global partnerships can encourage the exchange of best practices, strategies, and solutions that prioritize children's rights across different contexts. Policymakers must implement comprehensive data privacy regulations specifically designed for children's interactions with AI technologies. This includes establishing guidelines for obtaining informed consent, ensuring transparency regarding data collection processes, and limiting data retention periods.

¹⁷ Könczöl, Miklós, Parental proxy voting and political representation, *Revus: European Constitutionality Review* 21 : 51 Paper: 9753 (2023)

4. CONCLUSION

Children constitute a vulnerable population, deserving of special protections and rights as articulated in various international frameworks, most notably the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC). As AI technologies rapidly evolve and permeate numerous aspects of life, they pose both opportunities to enhance children's rights and risks that could jeopardize them. This article seeks to explore the interplay between children's rights and AI technology, highlighting both challenges and recommendations for future practices and policies that safeguard the rights of children in the digital age.

The intersection of children's rights and Artificial Intelligence presents both opportunities for advancement and significant challenges. While AI technologies can provide innovative solutions to enhance children's rights, there is an urgent need for comprehensive ethical frameworks and regulations that prioritize the best interests of children. By embracing a rights-based approach and fostering collaboration among stakeholders, society can work toward an inclusive and equitable digital future where AI serves as a tool for empowerment rather than a source of risk for the most vulnerable population: our children. As we advance into this technological era, the imperative remains clear: safeguarding children's rights must remain at the forefront of AI development and implementation.

Artificial intelligence holds significant promise for enhancing child protection efforts in various sectors, including online safety, health care, and social services. However, the challenges associated with privacy, bias, and dependency on technology must be carefully considered and addressed. AI can play a crucial role in developing safer online environments for children. Content moderation algorithms can detect and filter out harmful material, including cyberbullying and inappropriate content, thus supporting children's right to protection from violence and exploitation.

A balanced approach that leverages AI's capabilities while ensuring ethical standards and human oversight will be essential in realizing its full potential for safeguarding children. Continued interdisciplinary collaboration among technologists, child protection professionals, policymakers, and ethicists will be vital in creating a future where AI serves as a tool for the greater good of child welfare. While artificial intelligence offers significant benefits, it is essential to recognize and address the risks it poses to children. Exposure to inappropriate content, cybersecurity threats, privacy violations, psychological impacts, dependency on technology, and ethical considerations collectively contribute to an urgent need for enhanced protection and regulation. Stakeholders—including parents, educators, technology developers, and policymakers—must work collaboratively to create safer digital environments. By combining robust regulatory frameworks, educational initiatives, and technological safeguards, society can mitigate the risks of AI for children, ensuring that they benefit from technology without compromising their safety and well-being.

LITERATURE

Bán-Forgács, Nóra ; Mezei, Kitty, Data protection challenges during pandemic: smart phones and other applications during Covid-19, In: Tafaro, Lara; Florek, Iwona; Laki, Ildikó (szerk.) DIGITAL WELL-BEING - a concern for the quality of life, Józefów, Lengyelország : Wyższa Szkoła

- Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide De Gasperi w Józefowie, Milton Friedman University (2023) 330 p. pp. 30-40. , 11 p.
- EU Regulation 2016/679 (General Data Protection Regulation). Retrieved from <https://gdpr.eu/>
- European Commission. (2020). Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act).
- European Commission. (2021). EU Strategy on the Rights of the Child.
- Fati Tahiru, AI in Education: A Systematic Literature Review Ho Technical University, Ghana, Journal of Cases on Information Technology Volume 23, Issue 1, January-March 2021 <https://orcid.org/0000-0003-0874-0428> ; Alexandra Harry , Sayudin, Role of AI in Education, Injuriuty: Interdisciplinary Journal and Humanity Volume 2, Number 3, March 2023 e-ISSN: 2963-4113 and p-ISSN: 2963-3397
- Fenio Annansingh , Thomas Veli, An investigation into risks awareness and e-safety needs of children on the internet: A study of Devon, UK, Interactive technology and smart education, 20 Jun 2016, Vol. 13, Issue 2, pages 147 – 165, <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/ITSE-09-2015-0029/full/html>;
- H. Hartikainen, N. Iivari and M. Kinnula, Children's design recommendations for online safety education, International Journal of Child-Computer Interaction (2019), doi: <https://doi.org/10.1016/j.ijcci.2019.100146>;
- Klein, Tamás, a DSA alapjogvédelmi mechanizmusa mint alkotmányjogi nóvum:
- A magánjogviszonyokban érvényesülő horizontális alapjogvédelem legutóbbi példája, In: Koltay, András; Szikora, Tamás; Lapsánszky, András (szerk.) A vadnyugat vége? : Tanulmányok az Európai Unió platformszabályozásáról, Budapest, Magyarország : ORAC Kiadó Kft. (2024) 540 p. pp. 260-294. , 35 p.
- Klein, Tamás, Cybercrime, In: Klein, Tamás; Tóth, András (szerk.) Technológia jog - Robotjog - Cyberjog, Budapest, Magyarország : Wolters Kluwer Kft. (2018) 331 p. pp. 293-320. , 28 p.
- Könczöl, Miklós, Jövő nemzedékek: Jogok és kötelességek a Laudato si' enciklika alapján, Iustum Aequum Salutare 20 : 1 pp. 205-218. , 14 p. (2024)
- Könczöl, Miklós, Parental proxy voting and political representation, Revus: European Constitutionality Review 21 : 51 Paper: 9753 (2023)
- Könczöl, Miklós, Rights and Future Persons: The Promise of Arguments from Present People's Identity, Public Governance Administration And Finances Law Review 8 : 2 pp. 29-40. , 12 p. (2023)
- Macmillan, K, Berg, T, Just, M & Stewart, ME 2020, Are autistic children more vulnerable online? Relating autism to online safety, child wellbeing and parental risk management. in NordiCHI '20: Proceedings of the 11th Nordic Conference on Human-Computer Interaction: Shaping Experiences, Shaping Society., 14, Association for Computing Machinery, 11th Nordic Conference on Human-Computer Interaction 2020, Tallinn, Estonia, 25/10/20. <https://doi.org/10.1145/3419249.3420160>
- Mezei Kitti, The European AI Tango: Balancing Regulation Innovation and Competitiveness, In: Brett, A. Becker; Roisin, Faherty; Juho, Leinonen; Keith, Quille (szerk.) HCAIep '23: Proceedings of the 2023 Conference on Human Centered Artificial
- Intelligence: Education and Practice, New York, Amerikai Egyesült Államok : Association for Computing Machinery (ACM) (2023) pp. 2-8. , 7 p.

- Mezei, Kitty ; Bán-Forgács, Nóra, Discrimination in the age of algorithms, In: Iwona, Florek; Ildikó, Laki; Schottner, Krisztina (szerk.) Human rights as a guarantee of smart, sustainable and inclusive growth, Józsefów, Lengyelország : Alcide De Gasperi University of Euroregional Economy in Józsefów, Milton Friedman University (2022) pp. 73-80. , 8 p.
- Mezei, Kitty ; Krasznay, Csaba, Cybersecurity and Cybercrime in Hungary During the COVID-19 Pandemic, In: Chałubińska-Jentkiewicz, Katarzyna; István, Hoffman (szerk.) The Role of Cybersecurity in the Public Sphere - The European Dimension, Maribor, Szlovénia : Lex Localis (2022) 234 p. pp. 191-207. , 17 p.
- Mezei, Kitty ; Boldizsár, Szentgáli-Tóth, Some Comments on the Legal Regulation on Misinformation and Cyber Attacks Conducted Through Online Platforms, Lexonomica: Revija Za Pravo In Ekonomijo 15 : 1 Pp. 33-52. , 20 P. (2023)
- Mezei, Kitty ; Träger, Anikó, The European Approach to Artificial Intelligence: Ethical and Regulatory Implications, Acta Universitatis Sapientiae Legal Studies 11 : 2 Pp. 19-34. , 16 P. (2022)
- Michail Giannakos, Roger Azevedo, Peter Brusilovsky, Mutlu Cukurova, Yannis Dimitriadis, Davinia Hernandez-Leo, Sanna Järvelä, Manolis Mavrikis & Bart Rienties (02 Sep 2024): The promise and challenges of generative AI in education, Behaviour & Information Technology, DOI: 10.1080/0144929X.2024.2394886 To link to this article: <https://doi.org/10.1080/0144929X.2024.2394886>
- United Nations. (1989). Convention on the Rights of the Child. Retrieved from <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/international-human-rights-instruments/convention-rights-child>
- Widyatri, I., Salman, A.G. and Kanigoro, B. (2018), "Parental control application on Android platform", *Library Hi Tech News*, Vol. 35 No. 1, pp. 18-24. <https://doi.org/10.1108/LHTN-08-2017-0057>

ВЈЕШТАЧКА ИНТЕЛИГЕНЦИЈА И ЗАШТИТА ДЈЕЦЕ

Нора Бан-Форгач¹⁸

Кити Мезеи¹⁹

Иван Халаш²⁰

*Институт за правне студије, ЦСС, Мађарска академија наука, Центар за изврсност
(Мађарска)*

Сажетак: Право дјеце да не буду изложени сексуалној експлоатацији на интернету није само основно људско право, већ и основна морална обавеза националних држава и међународних актера. Живимо у вријеме дигитализације гдје су пријетње и напади врло често виртуелни. Требало би узети у обзир сваки ефикасан механизам контроле у онлајн сфери за смањење штете по појединце (нарочито ако су угрожене групе као што су дјеца). Међутим, такође треба да примјетимо да потпуна контрола интернета није технички могућа, нити је уставно оправдана у погледу прописа о слободи говора и забринутости за приватност под националним и наднационалним јурисдикцијама.

Наша презентација истражује могуће ВИ технологије у дигиталној сфери за борбу против злостављања дјеце. Године 2022. Европски одбор за заштиту података (EDBP) и Европски надзорник за заштиту података (EDPS) усвојио Заједничко мишљење о Приједлогу уредбе о спречавању и борби против сексуалне злоупотребе дјеце. Његов циљ је да наметне обавезе када је у питању откривање, уклањање, пријављивање и блокирање познатих и нових онлајн материјала о сексуалном злостављању деце (SCAM). У нашој презентацији фокусирамо се на два аспекта SCAM технологије.

Први проблем, као што је наведено, јесте да такво коришћење технологије треба да буде уравнотежено другим фундаменталним вриједностима. Неконтролисани приступ било чијим и свачијим подацима под маском истраге о случајевима онлајн злоупотребе дјеце лако може довести до надзорног капитализма, што је, између осталог, у супротности са ГДПР-ом ЕУ.

Други проблем је обим примјенљивости нових технологија вјештачке интелигенције у истрази кршења права дјеце. У овој презентацији тврдимо да је забринутост изражена у Заједничком мишљењу валидна. При коришћењу вјештачке интелигенције за идентификацију предатора, алгоритмима о сликама или тексту, пристрасност и дискриминација може настати услед нерепрезентативности одређених група становништва у подацима који се користе за обуку алгоритма. У нашој презентацији ћемо дати анализу могућих законских рјешења за унапређење тачности вјештачке интелигенције у вези са ИТ.

Кључне ријечи: ВИ, насиље над дјецом, SCAM, правна рјешења, капитализам надзора.

¹⁸ Научни сарадник, ХУН-РЕН, Центар за друштвене науке, Будимпешта (Мађарска), Асс. проф, Универзитет Милтон Фридман, Будимпешта

¹⁹ Научни сарадник, ХУН-РЕН, Центар за друштвене науке, Будимпешта (Мађарска), Асс. Проф, Универзитет у Будимпешти, Технологија и економија, Будимпешта

²⁰ Професор истраживач, ХУН-РЕН, Центар за друштвене науке, Будимпешта (Мађарска) – Факултет за јавну управу, Универзитет Павол Јозеф Шафарик, Кошице (Словачка).

THE ROLE OF THE HUNGARIAN OMBUDSMAN IN HANDLING THE CORONAVIRUS CRISIS IN HUNGARY FROM 2020-2023

Nora Ban-Forgacs¹

Milton Friedman University, HUN-REN, CSS, Institute for Legal Studies, Budapest

Summary: *This study examines the relationship between the coronavirus epidemic and the ombudsman in Hungary. Its main claim is that the COVID-19 epidemic exposed the shortcomings of the Hungarian Ombudsman institution. On the one hand, the constitutional changes in 2011 adversely affected the institution, and therefore, the political environment from which the pandemic erupted was not ideal. We demonstrate through the Ombudsman's cases that legal protection remained half-hearted and inadequate, thus undermining the active protection of citizens.*

Keywords: COVID-19, Coronavirus, Ombudsman, pandemic, human rights

1. INTRODUCTION

The COVID-19 pandemic posed unprecedented challenges globally, prompting governments to implement a range of emergency measures impacting various aspects of public life.

In Hungary, the Ombudsman in principle plays an important role in safeguarding citizens' rights during this crisis. This paper examines the 2020 and 2021 Annual Reports of the Hungarian Ombudsman, analyzing the institution's responses to the pandemic, the challenges faced, and the standards of human rights protection amid emergency measures.

Statistical data indicates a trend towards an increase in the number of applications on violations of human rights by the authorities and officials during the COVID-19 pandemic, but also, in general, an increase in citizens' confidence in this national mechanism for protecting fundamental human rights and freedoms.²

During the time of crisis, a certain group of people includes, for example, ethnic minorities, people belonging to disadvantaged socio-economic class, women, children, immigrants, and refugees as vulnerable,³ and therefore, the role of the Ombudsman to protect these groups gains in

1 Associate professor of Milton Friedman University, Research Fellow at HUN-REN CSS, Institute for Legal Studies, Hungary

2 Rakitskaya, Inna, Institute of the Parliamentary Ombudsman for Administration in Norway: novelties in Norwegian legislation in the light of the adoption of the Act relating to the Parliamentary Ombud for Scrutiny of the Public Administration dd. June 18, 2021, October 25, 2022.

3 Pap, András; Lőrincz, Viktor Olivér ; Kovács Szitkay, EszterPandémia, közpolitika, jog: diskurzív és szakpolitikai összefüggések. In: Gárdos-Orosz, Fruzsina; Lőrincz, Viktor Olivér (szerk.) Jogi diagnózisok II. : A Covid 19 világjárvány

importance under health crisis. The measures taken to combat the situation, may lead to the impediments regarding access to healthcare and education or a fair distribution of economic resources.⁴

„Another challenge is the maintenance of independence and neutrality, in an environment that is often dominated by loud, forceful and highly emotional voices. It is not easy determining and holding a position on contested issues, whilst being true to our standards of practice. We need to find our own voice; we also need to support and enable those who may have lost their voice in this environment.”⁵

Today, the role of the Hungarian Ombudsman is crucial in a rapidly changing political landscape. The institution needs to be a focal point for addressing grievances related to state actions, especially in the light of recent constitutional and political reforms that have raised concerns about the erosion of democratic standards and norms in Hungary. The Ombudsman's ability to act independently and effectively in the face of governmental pressures is vital for upholding the rule of law and protecting fundamental rights.

2. HISTORICAL CONTEXT

The establishment of the Hungarian Ombudsman in 1994 marked a significant milestone in the development of democratic governance and the protection of civil rights in Hungary. Under Act LIX. of 1993, this institution was tasked with the crucial responsibility of overseeing the legality of administrative actions and safeguarding individual rights against potential abuses by state authorities. This essay provides an in-depth examination of the Hungarian Ombudsman in COVID-19, with a focus on its original mandate and the broader implications for human rights protection in Hungary.

The 1989 constitutional revolution, the fall of the Communist era and the new constitution of Hungary resulted in a strong Scandinavian type ombudsman system in Hungary. Accordingly, the Parliamentary ombudsman was elected with a two-third majority. His/her deputies are also elected with a two-third Parliamentary majority in a separate procedure from the ombudsman

hatásai a jogrendszerre. Budapest, Magyarország: L'Harmattan Kiadó (2022) 491 p. pp. 383-407. , 25 p.

4 Farzamfar, Mehrnoosh and Janne Salminen, The supervision of legality by the Finnish Parliamentary Ombudsman during the COVID-19 pandemic, Nordisk Administrativt Tidsskrift, Vol 99 Nr. 2 (2022): Covid-19 og krisehåndtering i de nordiske forvaltningene. Some countries have similar challenges. See: Halasz, Iván, the role of the czech, slovak, and polish ombudsman during the first wave of the covid-19 epidemic; in: željko, mirjanić (szerk.) међународни научни скуп „изазови и перспективе развоја правних система у ххi вијеку”:

зборник радова, година iii, бања лука, број 3 (2023), том i / international scientific conference “challenges and perspectives of the development of legal systems in the xxi century” conference proceedings, year iii, Banja Luka, no. 3 (2023), Banja Luka, 389 p. p. 79 , 87 p.

5 Wright, Fred, Reimagining Ombudsing. An Operational Reflection on How the Pandemic has Impacted the Work of Ombuds, Journal of the International Ombudsman Association, 2023. https://www.ur.edu.pl/files/user_directory/951/Dokumenty/Wright%20F.%202023%20Reimagining%20Ombudsing.%20An%20Operational%20Reflection%20on%20How%20the%20Pandemic%20has%20Impacted%20the%20Work%20of%20Ombuds.pdf

himself/herself.⁶ According to the political traditions, the Ombudsman was nominated by the government-majority whereas the deputies by the opposition.

As Hungary transitioned towards a democratic system in 1989, there was an urgent need to address the historical issues of state oppression and bureaucratic accountability. The introduction of the Ombudsman was a response to these imperatives, aimed at providing a checks-and-balances system within the government.

The primary role of the Hungarian ombudsman is to investigate citizens' complaints about violations of their rights by public authorities. This includes investigating issues related to administrative decisions, government actions, and the conduct of public officials. The ombudsman serves as a mediator between the state and its citizens, providing a platform for individuals to voice grievances and seek redress. In the democratic turn of 1989 this institution was tasked with the crucial responsibility of overseeing the legality of administrative actions and safeguarding individual rights against potential abuses by state authorities. This essay provides an in-depth examination of the Hungarian Ombudsman, with a focus on its original mandate and the broader implications for human rights protection in Hungary.

In the first three mandates from 1995 and in the following fifteen years, the Hungarian ombudsman has played an essential role in promoting accountability and transparency in government. The office has addressed numerous issues, including cases of police misconduct, discrimination against minority groups, and violations of privacy rights. By bringing these issues to light, the ombudsman has contributed to a culture of accountability and has encouraged public institutions to operate more transparently.

Moreover, the ombudsman's reports and recommendations have often led to significant legislative and policy changes. For instance, investigations into the treatment of disadvantaged groups have prompted reforms aimed at improving social services and access to education. The ombudsman has also played a pivotal role in shaping public discourse on human rights issues, fostering a more informed and engaged citizenry.

According to the Constitution of 1989, the ombudsman is complemented by three deputies: for the protection of national minorities, for the protection of future generations (environmental protection), and a deputy for data protection. The data protection ombudsman was not stipulated in the constitution, but established by a special act in 1992 (Act LXIII), officially called deputy commissioner for data protection and freedom of information. The three deputy ombudsmen were granted a high degree of freedom in their mandate, organization of their work and their procedures. They were vested with a strong human rights profile with profound commitment to human rights.

6 Bán-Forgács, Nóra, Az adatvédelmi ombudsman intézményének politikai-jogtörténeti előzményei Jog Állam Politika: Jog- És Politikatudományi Folyóirat 14 : 4 pp. 57-80. , 24 p. (2022); Bán-Forgács, Nóra, Ombudsmanok és a hatalommegosztás, In: Chronowski, Nóra; Szentgáli-Tóth, Boldizsár; Szilágyi, Emese (szerk.) Demokrácia-dilemmák : Alkotmányjogi elemzések a demokráciaelv értelmezéséről az Európai Unióban és Magyarországon, Budapest, Magyarország : ELTE Eötvös Kiadó (2022) 377 p. pp. 359-375. , 17 p.; Bán-Forgács, Nóra, Az adatvédelmi ombudsman intézménye Magyarországon. A kezdet és a vég 1995–2011; Budapest, Magyarország : L'Harmattan Kiadó (2021); Bán-Forgács, Nóra, A rendszerváltás és az adatvédelmi ombudsman Magyarországon. Az adatvédelmi ombudsman alapjog-értelmezése.; Budapest, Magyarország : L'Harmattan Kiadó (2022); Bán-Forgács, Nóra, Az adatvédelmi ombudsman intézményének jogtudományi előzményei, Iustum Aequum Salutare 17 : 4 pp. 163-179. , 17 p. (2021);

3. EVOLVING MANDATE AND STRUCTURAL CHANGES

In 2011, the Hungarian parliamentary system underwent a significant reform that resulted in the merger of the Ombudsman with specialized offices, more precisely with deputy ombudsmen's offices. (For example, the Ombudsman for Future Generations, Ombudsman for National and Ethnic minorities and Data Protection Ombudsman merged into a unified structure.) This restructuring was aimed at streamlining operations and enhancing efficiency. On the other hand, it raised serious concerns regarding the dilution of focus on specific rights and the potential for diminishing the Ombudsman's independence. Much of these reforms received substantial criticism claiming that the reforms served only as a façade to cover up the political will aiming to over politicize the Hungarian constitutional legal order.⁷

The new Fundamental Law of Hungary (FL) replacing the 1989 Constitution provides for a unified system of fundamental rights protection. According to the new law on the ombudsman (Act. CXI. of 2011), the ombudsman has the right to nominate its deputies and he/she exercises all employers' rights over the deputies (except for dismissal from office and impeachment).

During the coronavirus crisis, the office of the Hungarian ombudsman, along with its deputy ombudsmen, faced several challenges. Political pressures, limited resources, and at times reluctant bureaucracy can hinder the effectiveness of the institution.⁸ Additionally, while the ombudsman and deputy ombudsmen can make recommendations, the lack of enforcement power means that compliance relies heavily on the willingness of public authorities to adhere to these suggestions.

As noted before, recent years have raised concerns regarding the independence of the ombudsman and deputy ombudsmen, particularly in the context of broader political landscape. The election of the ombudsman became highly centralized, the parliamentary ruling party has its political power to select the candidates for ombudsman and then to elect him/her without further political negotiations. Therefore, the elected ombudsman usually represents the will of the ruling party rather than the will of the people. Additionally, with the new mandate of the ombudsman, we witness a super concentration of power in the hands of the ombudsman, who is allegedly a "result" of a political appointment procedure (as described above). The unitary principle of the state is an anti-thesis for the separation of powers doctrine in Hungary, one would argue that the centralized government placed a hyper concentration of powers in the hands of a political appointee. The independent oversight of human rights protection is in danger, mainly by:

- the lack of political will to exercise control over the Executive in forms of Ombudsman investigations
- Informal pressure on constitutional institutions: self-censorship, chilling effect: even without direct political interference, no Ombudsman reports criticizing the government actions during Covid-19,

7 Vincze A. Schrödinger's Judiciary—Formality at the Service of Informality in Hungary. *German Law Journal*. 2023;24(8):1432-1448. doi:10.1017/glj.2023.71

8 Florczak-Wątor, Monika ; Fruzsina, Gárdos-Orosz ; Malíř, Jan ; Steuer, Max States of emergency and fundamental rights in books and in action, In: Monika, Florczak-Wątor; Fruzsina, Gárdos-Orosz; Jan, Malíř; Max, Steuer (szerk.) *States of Emergency and Human Rights Protection : The Theory and Practice of the Visegrad Countries*, Abingdon, Egyesült Királyság / Anglia : Routledge of Taylor and Francis Group (2024) 292 p. pp. 1-14. , 14 p.; Fruzsina, Gárdos-Orosz ; Nóra, Bán-Forgács, Introduction - The (non)resilience of the Hungarian Legal System: From Populist Constitutionalism to a Permanent State of Danger, In: Fruzsina, Gárdos-Orosz (szerk.) *The Resilience of the Hungarian Legal System since 2010. A Failed Resilience?* Wien, Ausztria : Springer Nature (2024) 190 p.

- Unified ombudsman system is very effective in silencing the deputies who are under direct control of a politically appointed ombudsman.

4. FINDINGS OF COVID-19

We argue that if external impacts on the legal system such as the global pandemic are coupled with internal effects (pressures) such as the illiberalization of the political system, the government measures appear to be only a façade that enable degrading of the institutional counterbalance of executive power, thus endangering constitutionalism, rule of law and the protection of human rights.⁹

In Hungary, some of the most pressing human rights problems during Covid-19 were the following:

- During the first wave of the epidemic Government ordered the evacuation of half of the capacity of hospital beds for prospective COVID-19 patients. Many of those with chronic diseases leaving the hospital did not survive very long without getting the treatment;
- Access to vaccination was unequal, some had choices and options for Western vaccines, others were left by the only choice of Chinese and Russian vaccination;
- The right to life of the elderly was at high risk, many of them without real opportunity to survive the pandemics;
- Quarantine regulations, especially forced quarantine in hospitals for the elderly and other vulnerable groups (for example people with disability in homes) dramatically increased mortality. Hospitals and social care homes were afraid to send inmates home fearing to violate emergency regulations;
- Health care workers were overwhelmed with a high risk to maltreatment and mistakes (both staff and doctors);
- Constant lack of transparency in the fight against Coronavirus. No clear numbers were published about how many lifesaving machines the government bought, how much the government paid for Eastern vaccinations, what were the exact capacities of the health institutions. In the first wave of the pandemics there were not even adequate data on the spread of the virus, no data on the death cases or the cause of death;
- Psychological effects were huge, isolation especially on children and elderly;
- Increased number of domestic violence was shown;
- Lack of doctor-patient meetings due to fears of transmission of the virus occurred;

None of these concerns has been addressed by the Hungarian Ombudsman.

9 Gárdos-Orosz, Fruzsina ; Nóra, Bán-Forgács, Introduction - The (non)resilience of the Hungarian Legal System: From Populist Constitutionalism to a Permanent State of Danger, In: Fruzsina, Gárdos-Orosz (szerk.) The Resilience of the Hungarian Legal System since 2010. A Failed Resilience? Wien, Austria : Springer Nature (2024) 190 p.

5. JURISPRUDENCE OF THE OMBUDSMAN

The Ombudsman specifically mapped the epidemiological situation in residential care homes in 2020 in the light of the epidemic situation. In total, the Ombudsman targeted five specific visits in 2020 to social care homes for people with disabilities both mental and physical, as well as to children's home, and elderly homes. Five reports were issued by the Ombudsman,¹⁰ in he stated his findings: "during his visits, the Ombudsman confirmed that the institutions are prepared as far as possible to deal with the epidemic situation, to ensure smooth collaboration with service provider and, most importantly, to inform residents and their relatives about the measures being taken." There were no shortcomings targeted in the Ombudsman's findings. No recommendations for government were made. (The Ministry of Interior - Ministry of Health was abolished in 2010 well accepted the Report of the Ombudsman).

On World Sanitation Day (19 November, 2020), the Ombudsman and its deputies called for the "importance of sanitation in its multi-faceted meaning, with life and human dignity, sustainability and climate change"; however, evidence from the Annual Report is missing as to what extent the Ombudsman enhanced the situation to ensure adequate hygienic situation and what institution the ombudsman found falling short in meeting those standards.¹¹

The Ombudsman partly targeted children as vulnerable groups (but failed to offer a solution) in cases where several people raised the issue of the hospitalization and isolation of children during COVID-19; there were also concerns about the organization of summer camps. The Ombudsman also received complaints about the lack of easy-to-understand information for people with disabilities, restrictions in child protection institutions and obstacles for separated parents to have contact with their children.¹² No effective remedy was taken, according to the Annual Report of 2020, the Ombudsman justified his lack of competencies to the complainants by the extraordinary legal regime,¹³ the exceptional rules in force.¹⁴

10 AJB-6904/2020. Annual Report of the Ombudsman 2020. p 69. See: <https://www.ajbh.hu/documents/10180/3812363/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2020.pdf/a629d00d-5057-b867-afef-aadcf10cf8ea?version=1.0&t=1617187816142>; Hoffmann, Tamás ; Gárdos-Orosz, Fruzsina Populism and Law in Hungary – Introduction to the Special Issue Review Of Central And East European Law 47 : 1 pp. 1-11. , 11 p. (2022)

11 Annual Report of the Ombudsman 2020. p 11. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/3812363/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2020.pdf/a629d00d-5057-b867-afef-aadcf10cf8ea?version=1.0&t=1617187816142>

12 Annual Report of the Ombudsman 2020. p 12. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/3812363/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2020.pdf/a629d00d-5057-b867-afef-aadcf10cf8ea?version=1.0&t=1617187816142>

13 About extraordinary legal regime: Gárdos-Orosz, Fruzsina, Poszt-COVID: ami velünk maradt, a különleges jogrend, In: Bán-Forgács, Nóra; Lőrincz, Viktor Olivér; Mezei, Kitti; Szentgáli-Tóth, Boldizsár (szerk.) Poszt-COVID : A Covid-19 hatásai a jogrendszerre, Budapest, Magyarország : Akadémiai Kiadó (2024)

Gárdos-Orosz, Fruzsina, The normative standards of human rights protection in normalcy and in emergency in Hungary, In: Monika, Florczak-Wątor; Fruzsina, Gárdos-Orosz; Jan, Malif; Max, Steuer (szerk.) States of Emergency and Human Rights Protection : The Theory and Practice of the Visegrad Countries, Abingdon, Egyesült Királyság / Anglia : Routledge of Taylor and Francis Group (2024) 292 p. pp. 124-144. , 21 p.; Hungler, S; Gárdos-Orosz, F; Rác, L, Legal Response to Covid-19: V-VI, In: King, J; Ferraz, O (szerk.) The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19, Oxford, Egyesült Királyság / Anglia : Oxford University Press (2021) 113 p. p. on-line Paper: e40 , 62 p.;

14 Annual Report of the Ombudsman 2020. p 12. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/3812363/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2020.pdf/a629d00d-5057-b867-afef-aadcf10cf8ea?version=1.0&t=1617187816142>

In 2021, one (!) complex ex officio investigation (Case AJB-509/2021) was dedicated to covering seven elderly homes to the Coronavirus crisis¹⁵.

The ombudsman noted that the older people were particularly hit by the outbreak, and the workload on residential social care providers was considerable. The Ombudsman has learned from press reports that during the first wave of the epidemic, in the country's largest elderly home at Pesti út in Budapest critical sanitary and mortality conditions arose. Therefore, the Ombudsman paid special attention to this institution.

According to the Ombudsman's findings, In the home in Pesti út, where almost all patients were critically ill or died, "efforts were made to control infections", the frequency of sterilization was increased and the necessary equipment, sterilizers and cleaning supplies were available. No irregularities were found. The Ombudsman noted however, that health authorities had identified shortcomings, moreover, the institution was fined by relevant health authorities - but the Ombudsman found that the remedy and effort made by the institution were sufficiently responsive. No irregularities were found in three more elderly homes where patients were heavily affected by the Coronavirus.¹⁶ The Follow-up investigation of the elderly homes found that the heads of the institutions had taken further action to ensure that the rights of the patients were fully guaranteed in each institution.

By 2022, the Ombudsman finally realized that besides sanitary concerns, the state of emergency involved serious fundamental rights restrictions. He issued a recommendation for digitalization for children at schools,¹⁷ recommendations on parental guidance and liaison,¹⁸ recommendation in case where the guardianship was unlawfully prolonged,¹⁹ issued concerns about hearing-impaired petitioners who claimed that the mandatory wearing of masks in an epidemic situation is discriminative, as masks hindered them in their daily activities and communication,²⁰ the ombudsman carried out a number of investigations on the right to health (focusing on on-line prescription of drugs, waiting lists, etc.)²¹ These investigations were partly delayed partly lacked efficiency.

15 Annual Report of the Ombudsman 2021. p 68, 69. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/7431400/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2021.pdf/bf73947f-a224-3e34-ca23-32efe207423b?version=1.0&t=1667998470775>

16 Annual Report of the Ombudsman 2021. p 69. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/7431400/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2021.pdf/bf73947f-a224-3e34-ca23-32efe207423b?version=1.0&t=1667998470775>

17 Annual Report of the Ombudsman 2022. p 48. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/7828043/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2022.pdf/0c966d1b-378d-901c-6faa-63eca7cea564?version=1.2&t=1704189862674>

18 Annual Report of the Ombudsman 2022. p. 50. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/7828043/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2022.pdf/0c966d1b-378d-901c-6faa-63eca7cea564?version=1.2&t=1704189862674>

19 Annual Report of the Ombudsman 2022. p. 61. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/7828043/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2022.pdf/0c966d1b-378d-901c-6faa-63eca7cea564?version=1.2&t=1704189862674>

20 Annual Report of the Ombudsman 2022. p. 72. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/7828043/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2022.pdf/0c966d1b-378d-901c-6faa-63eca7cea564?version=1.2&t=1704189862674>

21 Annual Report of the Ombudsman 2022. p. 81. <https://www.ajbh.hu/documents/10180/7828043/AJBH+besz%C3%A1mol%C3%B3+2022.pdf/0c966d1b-378d-901c-6faa-63eca7cea564?version=1.2&t=1704189862674>

6. CONCLUSION

As Hungary navigates contemporary political challenges, the Ombudsman should serve as an essential guardian of democratic principles and human rights. The continuance and adaptation of the Ombudsman's role will be crucial in fostering trust between the state and its citizens, ensuring the protection of rights, and fulfilling the promise of democracy in Hungary's ongoing journey.

Political pressures and resource limitations as well as an external factor such as world pandemics can hinder the work of deputy ombudsmen, particularly in sensitive areas where governmental interests may conflict with human rights advocacy. Ensuring that deputy ombudsmen operate free from political influence is crucial to maintaining the integrity of the institution.

Moreover, the reports and recommendations from both the ombudsman and deputy ombudsmen have often proven to be insufficient to halt the human rights consequences of the pandemics.

Investigations remained ineffective amid health crisis in the protection of vulnerable populations.

The Ombudsman did not fulfil its role to scrutinize, criticize and improve the human rights legislation and generally the human rights situation in Hungary during Coronavirus crisis.

LITERATURE

- Agamben, G.: *State of Exception*. (Translated by Kevin Attell. University of Chicago Press, 2005), 36.
- Andreas, A. - Frick, V.: "Der verdrängte Carl Schmitt. Ernst-Wolfgang Böckenfördes Diagnostik des Ausnahmezustandes". In Rüdiger VOIGT (ed.). *Ausnahmezustand: Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur*. Baden-Baden: Nomos, 2013, 128–143.
- Bán-Forgács, Nóra, *A rendszerváltás és az adatvédelmi ombudsman Magyarországon. Az adatvédelmi ombudsman alapjog-értelmezése.*; Budapest, Magyarország : L'Harmattan Kiadó (2022);
- Bán-Forgács, Nóra, *Az adatvédelmi ombudsman intézménye Magyarországon.*
A kezdet és a vég 1995–2011; Budapest, Magyarország : L'Harmattan Kiadó (2021);
- Bán-Forgács, Nóra, *Az adatvédelmi ombudsman intézményének jogtudományi előzményei*, IUS-TUM AEQUUM SALUTARE 17 : 4 pp. 163-179. , 17 p. (2021);
- Bán-Forgács, Nóra, *Az adatvédelmi ombudsman intézményének politikai-jogtörténeti előzményei*, Jog Állam Politika: 14 : 4 pp. 57-80. , 24 p. (2022);
- Bán-Forgács, Nóra, *Ombudsmanok és a hatalommegosztás*, In: Chronowski, Nóra; Szentgáli-Tóth, Boldizsár; Szilágyi, Emese (szerk.) *Demokrácia-dilemmák : Alkotmányjogi elemzések a demokráciaelv értelmezéséről az Európai Unióban és Magyarországon*, Budapest, Magyarország : ELTE Eötvös Kiadó (2022) 377 p. pp. 359-375. , 17 p.;
- Bjørnskov, C., Voigt, S.: This time is different? On the use of emergency measures during the corona pandemic. *European Journal of Law and Economics* vol. 54, 2022, 63–64.

- Böckenförde, E.-W.: "Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat". In Hans J. Vogel, Helmut Simon, Adalbert Podlech (eds.), *Die Freiheit des anderen: Festschrift für Martin Hirsch*. Baden-Baden: Nomos, 1981, 259–272.
- Dyzenhaus, D.: Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order? 2006.
- Dyzenhaus, D.: The Nature and Structure of the State. *Cardozo Law Review*. 18.
- Farzambar, Mehrnoosh and Janne Salminen, The supervision of legality by the Finnish Parliamentary Ombudsman during the COVID-19 pandemic, *Nordisk Administrativt Tidskrift*, Vol 99 Nr. 2 (2022): Covid-19 og krisehåndtering i de nordiske forvaltningene. Some countries have similar challenges.
- Florczak-Wątor, Monika ; Fruzsina, Gárdos-Orosz ; Malíř, Jan ; Steuer, Max States of emergency and fundamental rights in books and in action, In: Monika, Florczak-Wątor; Fruzsina, Gárdos-Orosz; Jan, Malíř; Max, Steuer (szerk.) *States of Emergency and Human Rights Protection : The Theory and Practice of the Visegrad Countries*, Abingdon, Egyesült Királyság / Anglia : Routledge of Taylor and Francis Group (2024) 292 p. pp. 1-14. , 14 p
- Gárdos-Orosz, Fruzsina, Poszt-COVID: ami velünk maradt, a különleges jogrend, In: Bán-Forgács, Nóra; Lőrincz, Viktor Olivér; Mezei, Kitti; Szentgáli-Tóth, Boldizsár (szerk.) *Poszt-COVID : A Covid-19 hatásai a jogrendszerre*, Budapest, Magyarország : Akadémiai Kiadó (2024)
- Gárdos-Orosz, Fruzsina, Poszt-COVID: ami velünk maradt, a különleges jogrend, In: Bán-Forgács, Nóra; Lőrincz, Viktor Olivér; Mezei, Kitti; Szentgáli-Tóth, Boldizsár (szerk.) *Poszt-COVID : A Covid-19 hatásai a jogrendszerre*, Budapest, Magyarország : Akadémiai Kiadó (2024)
- Gárdos-Orosz, Fruzsina, The normative standards of human rights protection in normalcy and in emergency in Hungary, In: Monika, Florczak-Wątor; Fruzsina, Gárdos-Orosz; Jan, Malíř; Max, Steuer (szerk.) *States of Emergency and Human Rights Protection : The Theory and Practice of the Visegrad Countries*, Abingdon, Egyesült Királyság / Anglia : Routledge of Taylor and Francis Group (2024) 292 p. pp. 124-144. , 21 p.;
- Gárdos-Orosz, Fruzsina ; Nóra, Bán-Forgács, Introduction - The (non)resilience of the Hungarian Legal System: From Populist Constitutionalism to a Permanent State of Danger, In: Fruzsina, Gárdos-Orosz (szerk.) *The Resilience of the Hungarian Legal System since 2010. A Failed Resilience?* Wien, Ausztria : Springer Nature (2024) 190 p.
- Ginsburg, T., Versteeg, M.: Binding the Unbound Executive: Checks and Balances in Times of Pandemic, *International Journal of Constitutional Law* vol. 19. 2021. 1498– 1535. 15. Ginsburg, T., Versteeg, M.: The bound executive: Emergency powers during the pandemic. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 5, December 2021, 1498–1535, doi.org/10.1093/icon/moab059. 1514. 16. Glaser, S.:
- Halasz, Iván, the role of the czech, slovak, and polish ombudsman during the first wave of the covid-19 epidemic; in: željko, mirjanić (szerk.) *међународни научни скуп „изазови и перспективе развоја правних система у ххi вијеку”: зборник радова, година iii, банја лука, број 3 (2023), том i / international scientific conference “challenges and perspectives of the development of legal systems in the xxi century” conference proceedings, year iii, banja luka, no. 3 (2023), Banja Luka, Bosznia-Hercegovina : University of Banja Luka Faculty of Law (2023) 389 p. p. 79 , 87 p.*
- Hoffmann, Tamás ; Gárdos-Orosz, Fruzsina, Populism and Law in Hungary – Introduction to the Special Issue, *Review of Central and East European Law* 47 : 1 pp. 1-11. , 11 p. (2022)

- Hungler, S ; Gárdos-Orosz, F; Rácz, L, Legal Response to Covid-19: V-VI, In: King, J; Ferraz, O (szerk.) The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19, Oxford, Egyesült Királyság / Anglia : Oxford University Press (2021) 113 p. p. on-line Paper: e40 , 62 p.;
- Ittai Bar-Simann-Tov, et al: Measuring Legislative Activity during the Covid-19 Pandemic: Introducing the ParlAct and ParlTech Indexes. International Journal of Parliamentary Studies, 2021, 1 (1), 115-118
- Jakab A.: German Constitutional Law and Doctrine on State of emergency. Paradigms and dilemmas of a traditional continental discourse. German Law Journal Vol. 7 ed. 5. 2019. 455.
- Kovács K.: Hungary's Struggle: In a Permanent State of Exception, VerfBlog, 2016/3/17, verfassungsblog.de/hungarys-struggle-in-a-permanent-state-of-exception/. 30. Lagi, S. (2020), State and Sovereignty: Some reflections on Hermann Heller as interpreter of the Weimar crisis, Cahiers d'Agora: revue en humanité, n°3 (ISSN 2608- 9157).
- Lebrete, A.: COVID-19 pandemic and derogation to human rights. Journal of Law and the Biosciences, vol 7. ed. 1. 2020.
- Pablo, R.: When the Center Lies Outside the Figure: Republic, Imbalance of Powers and Emergencies in José María Serna De La Garza (coordinator), Covid-19 and Constitutional Law (Universidad Nacional Autónoma de México, 2020) 33-40.
- Pap, András ; Lőrincz, Viktor Olivér ; Kovács Szitkay, EszterPandémia, közpolitika, jog: diskurzív és szakpolitikai összefüggések. In: Gárdos-Orosz, Fruzsina; Lőrincz, Viktor Olivér (szerk.) Jogi diagnózisok II. : A Covid 19 világjárvány hatásai a jogrendszerre. Budapest, Magyarország : L'Harmattan Kiadó (2022) 491 p. pp. 383-407. , 25 p.
- Rakitskaya, Inna: Institute of the Parliamentary Ombudsman for Administration in Norway: novelties in Norwegian legislation in the light of the adoption of the Act relating to the Parliamentary Ombud for Scrutiny of the Public Administration dd. June 18, 2021, October 25, 2022.
- Săraru, C-S.: Regulation of Public Services in the Administrative Code of Romania: Challenges and Limitations 2023 1 (18) Access to Justice in Eastern Europe 69-83.
- Tushnet, M.: Emergencies and the Idea of Constitutionalism. in Mark Tushnet (ed): The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency (Duke University Press, 2005)
- Varlamova, N.: Lockdown as a response to the COVID-19 pandemic: analysis in the context of the European Convention on Human Rights Vestnik of the St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia, volume 2020, ed. 3, 15.
- Vincze A. Schrödinger's Judiciary—Formality at the Service of Informality in Hungary. German Law Journal. 2023;24(8):1432-1448. doi:10.1017/glj.2023.71
- Wright, Fred, Reimagining Ombudsing. An Operational Reflection on How the Pandemic has Impacted the Work of Ombuds, Journal of the International Ombudsman Association, 2023. https://www.ur.edu.pl/files/user_directory/951/Dokumenty/Wright%20F.%202023%20Reimagining%20Ombudsing.%20An%20Operational%20Reflection%20on%20How%20the%20Pandemic%20has%20Impacted%20the%20Work%20of%20Ombuds.pdf

ВИДЈЕТИ ОЧИГЛЕДНО: ЗАШТО ЈЕ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У МАЂАРСКОЈ БОЛЕСТАН?

Нора Бан-Форгач²²

Институт за правне студије, ЦСС, Мађарска академија наука, Центар за изврсност (Мађарска)

Сажетак: Уставна револуција 1980тих. резултирала је јаким скандинавским моделом Омбудсмана у Мађарској са високим степеном заштите људских права и обавезом контроле извршне власти. Нова структура Омбудсмана уведена је у Мађарској 2011. године. Већина запослених у институцијама Омбудсмана је отишла или је била принуђена да је напусти. Нова парламентарна супервећина именовала је новог политички подржаног Омбудсмана. Дакле, у вријеме пандемије, Мађарска је била суочена са аутократским популизмом, неуспјехом доктрине подјеле власти, што је имало за резултат непостојање владавине права, подјеле власти, независног провођења правде, као и независног надзора над заштитом људских права.

Данас се Мађарска суочава са супервећином у парламенту и хиперконцентрацијом овлашћења (као што је мандат Омбудсмана) у рукама политички именованих (укључујући правосуђе), недостатком политичке воље за вршење контроле над извршном влашћу у виду вођења истрага од стране Омбудсмана, неформалним притиском на уставне институције, као што је аутоцензура, што ствара ефекат застрашивања, што значи да чак и без директног политичког уплитања ниједан Омбудсман није у својим извјештајима критиковао поступке управе током пандемије Ковид-19.

У овом раду, аутор детаљно анализира мјере које је мађарски Омбудсман предузео у борби против Ковид-19. Аутор закључује да је много тога требало учинити, али без политичке воље да се супротстави Влади, допринос мађарског Омбудсмана заштити људских права је изостао.

Кључне ријечи: Омбудсман, извршна власт, Ковид-19, подјела власти, заштита људских права, провођење правде.

22 Научни сарадник, ХУН-РЕН, Центар за друштвене науке, Будимпешта (Мађарска), Асс. проф, Универзитет Милтон Фридман, Будимпешта

МОЋ ПРАВА У САВРЕМЕНОМ ДРУШТВУ – СОЦИОЛОШКИ АСПЕКТ

Драгана Вилић¹

Универзитет у Бањој Луци, Економски факултет

Сажетак: Владавина права јесте основ добро уређеног друштва. Социологија показује интересовање за све облике и елементе правне и законске моћи и њено дјеловање на правду, на институције власти и на грађане. Улога моћи у настанку и функционисању права у друштву манифестује се у моћи правних институција и правног система да регулишу и контролишу цјелокупно друштво. У конкретној правној и друштвеној пракси моћ се испољава кроз спровођење процедура, прописа, тумачења, промјена, трансформација и допуњавања законских норми и стварања услова за њихово дјеловање као механизма и инструмената непосредне контроле појединца, група, заједница и друштва. Друштвена корисност и значај моћи права огледају се у њеном присуству у свим сегментима друштвеног живота. Моћ права постаје јавно добро и корист свих грађана у једној држави или у међународним односима и у комуникацији ако се она испољава као лична и колективна сигурност у друштву. Међутим, неопходно је сагледати улогу права у савременом међународном поретку кога обиљежавају социо-економске неједнакости, нарушавање или угрожавање правде и успон нових врста моћи и њена неједнака расподела. Међународно право треба да је сфера једнакости и стабилности. Међутим, у стварности испољавају се супротна настојања снажних држава да учврсте своју доминацију и непосредну контролу над другим државама. Оне настоје да ограниче и инструментализују улогу међународног права. Све ово ствара тензије, јер сила никада не ствара право. У међународној комуникацији држава испољавају се двије тенденције – претварање права у инструмент демонстрације и примјене силе и право без моћи. У оба случаја право губи своју ефикасност.

Кључне ријечи: право, моћ, савремено друштво.

1. УВОД

Моћ јесте важна друштвена категорија, коју је неопходно сагледати у ширем друштвеном контексту. Саставни је дио свих друштвених односа. Представља способност неког друштвеног субјекта да наметне своје одређене интересе, ставове, идеје другим друштвеним субјектима без обзира на њихов пристанак. Њени извори налазе се у посједовању и

¹ Доктор социолошких наука, редовни професор Редовни професор, Економски факултет Универзитета у Бањој Луци, е пошта: dragana.vilic@ef.unibl.org; ORCID: 0000-0003-0183-718X. Имејл: dragana.vilic@ef.unibl.org;

у утицају, стога се моћ не може изједначити са силом. Право је, такође, важна друштвена творевина, прожима све сегменте друштва и представља технику регулисања друштвених односа. Моћ има значајну улогу у настанку и у функционисању права у друштву – моћ правних идеја и моћ правних институција и правног система. Моћ и право се усложњавају са развојем и усложњавањем друштвених односа. „Право регулише моћ, ставља је у законске оквире, те на тај начин обезбеђује владавину права која у друштвеним односима означава поштовање људских права и слобода“.² Резултат моћи друштвених субјеката јесу сви елементи права и правног система. Моћ права и закона је велика. Она испољава снажно дјеловање на правду, институције власти и грађане. Специфично испољавање моћи у конкретnoj правној и друштвеној пракси јесу правне регулације (спровођење и тумачење процедура и прописа, трансформација и допуњавање законских норми, стварање услова за њихово дјеловање). Моћ права и закона јесте јавно добро свих грађана у једној држави или у међународним односима и комуникацији само ако се испољава као лична и колективна сигурност у друштву.³ Функција правног поретка је да гарантује моћ, али он није извор моћи, већ чинилац који обезбеђује легални оквир за посједовање моћи.⁴ Његовој стабилности доприноси правилно размјештена моћ.⁵ Политичка моћ, произашла из сложених односа у савременом друштву, има велики утицај на функционисање права и усмјеравање дјеловања правних институција у политички пожељном правцу. Иако се политичка моћ развија под окриљем права, у савременом друштву политика снажно потискује право, свдећи га на његово формално присуство у друштвеном поретку. Доминација политике над правом манифестује се у појединачним друштвима и земљама, али и у међународним односима земаља. Снажне државе настоје да сопствене интересе и ставове наметну уз присилу, како би учврстиле своју доминацију и непосредну контролу над другим државама. Често, претварају право у инструмент присиле и примјењују силу. Стога, владавина права јесте једини исправан и ефикасан начин да се ограничи неконтролисана примјена силе, дјеловање и ширење политичке моћи и њој потчињавање правних норми. У овом раду анализираћемо однос права и моћи у савременом друштву.

2. ПОЈАМ МОЋИ

Моћ је значајна социолошка категорија, она је покретач „друштвених процеса и градивни елемент друштвених творевина“.⁶ Моћ је друштвена творевина и саставни је дио свих друштвених односа, једино је и могућа унутар одређеног друштвеног односа.⁷ Ова друштвена

2 Саша Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“ (Мастер рад, Универзитет у Нишу, 2020), 4.

3 Ivan Šijaković i Dragana Vilić, *Sociologija za pravnike* (Udruženje sociologa Banja Luka, 2013), 350 – 351.

4 Vukašin Pavlović, „Veberova koncepcija moći“, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka*, broj 3 (2009): 21 – 22, ISSN:1820-6700, COBISS.SR-ID:145774604

5 Marko Trajković, „Odnos prava i moći u pravnom poretku“, *Bezbednost*, broj 7 (2019): 53, <https://DOI: 10.5937/vojdelo1907051T>.

6 Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 217.

7 Pavlović, „Veberova koncepcija moći“, 10.

творевина „настаје у одређеном друштвеном контексту, на одређеном степену развоја и која се од тренутка свог настанка са развојем друштвених односа и сама усложњава“.⁸

Моћ подразумемијева да неки друштвени субјекат (појединац или група) има способност да наметне одређене интересе и вољу у одговарајућим условима и различитим инструментима.⁹ Дакле, она подразумемијева способност наметања својих ставова, идеја и мишљење другима без обзира да ли они пристају на то или не. Може се рећи да моћ представља владање путем утицаја, јер почива на утицају, а не на сили. Извори моћи налазе се у посједовању (љепота, положај, богатство, знање) и у утицају (наређења, притисци, право, навике, морал).¹⁰ За Макса Вебера (Max Weber), моћ „представља изгледе да се у оквиру једног друштвеног односа спроведе сопствена воља упркос отпору, без обзира на то на чему се заснивају ти изгледи“.¹¹ С обзиром на то да не почива на сили, моћ подразумемијева и неки облик „пристанка у смислу да онај ко не посједује моћ прихвата наређења појединаца или група који/које посједују моћ“.¹²

3. МОЋ ПРАВА

Право има значајну друштвену улогу - настаје у односима међу људима и представља технику регулисања друштвених односа. „Његова сложеност огледа се у дејству које је врло широко и обухвата готово сваку људску делатност, при чему треба имати у виду да се право континуирано још више усложњава како се повећавају и правила која чине право и како се систем друштвених односа развија“.¹³

Када са социолошког аспекта говоримо о праву, обично под тим подразумемијевамо „обичајно-моралне представе о нечему што је исправно, правилно, сагласно. Оно што се очекује као најбоље, тежња да буде најбоље, и очекивање да се неко (нешто) заштити, да се не скрене са уобичајеног правца. Право у том смислу асоцира на закон иза кога увек стоји неки ауторитет, субјект, моћ“.¹⁴ Зато социологија има намјеру да открије социјалне носиоце права, то јесте друштвене субјекте који имају друштвену моћ стварања права, и да покаже да су то одређени носиоци моћи и власти. Моћ права манифестује се као унутрашња борба „за превласт и доминацију одређених социјалних актера у свим елементима правног система (институцијама, законима, судовима и затворима)“.¹⁵ Правни поредак има функцију „да гарантује како моћ (политичку и економску), тако и углед (престиж). Правни поредак у том смислу није примарни извор ни моћи ни угледа, већ додатни фактор који пружа и обезбеђује легални оквир повећаних или умањених изгледа за поседовање моћи, богатства и угледа“.¹⁶ У

8 Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 6.

9 Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 218.

10 Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 53.

11 Maks Веber, *Privreda i društvo*, превели Olga Kostrešević i Tihomir Kostrešević (Prosveta, 1976), 37.

12 Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 53.

13 Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 27.

14 Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 367.

15 Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 348.

16 Павловић, „Веберова концепција моћи“, 21 - 22.

настанку и у функционисању права у друштву моћ има двоструку улогу: моћ правних идеја и моћ правних институција и правног система. Моћ правних идеја огледа се у њиховој борби да успоставе принципе регулације међуљудских односа, док се моћ правних институција и правног система манифестује у њиховом настојању да регулишу и контролишу цјелокупно друштво. Право и закон показују своју моћ када штите појединце и друштвене групе од насиља, експлоатације, угрожавања, али и када, на примјер, протјерују или ограничавају кретање имигрантима или им намећу правила и обавезе интеграције у одређену средину.¹⁷

Стабилности једног правног поретка доприноси је правилно размјештена моћ. С идејом добро уређеног друштва повезана је идеја владавине права, а такво друштво могуће је једино уз добре стубове права који представљају друштвене, моралне, политичке и правне вриједности.¹⁸ Право се увијек налази између моћи и правде (морална димензија права). Ово се јасно уочавало већ од античког доба. Добар основ треба да има савршено добра државе, запажа Платон (Πλάτων), а таква држава је „мудра, храбра, тријезна и праведна“.¹⁹ Према Аристотелу (Αριστοτέλης), законитост и једнакост јесу основна начела правде. „Тако је праведно оно што је законито и једнако, а неправедно оно што је противзаконито и неједнако“²⁰ Али, треба разликовати природно и законски грађански праведно – „природно је оно што свугде има исту моћ, а да се неком чини овако а другоме онако; законски је оно при којем у почетку није било важно је ли овако или онако, али када је једном постављено, онда је важно.“²¹ Много вијекова касније, Џон Ролс (John Rawls) такође говори о правди као првој врлини друштвених установа (Rols, 1998).²²

4. ПРАВО, МОЋ И ПОЛИТИКА

Несумњив је узајамни однос права и политике – приближавање, удаљавање, преплитање и супротстављање. Политика утиче на функционисање права и настоји да правне институције усмјери ка дјеловању у политички пожељном правцу (конституисање правног система, формирање и дјеловање правних институција, доношење закона, функционисање, промјена и усклађивање законских и правних норми са политичким интересима и циљевима). Такође, политика апострофира своју улогу и значај у функционисању правног система користећи право као механизам социјализације и социјалне контроле. Креатори правосудног система и субјекти који утичу на избор судија (највиши судски ниво) су парламенти и министарства правде, док утицај на ниже нивое судства и тужилаштва имају партије и разне политичке *ad hoc* групе, фаворизујући случајеве који их афирмишу, чине привлачним и утицајним у ближем и ширем окружењу. Како се као производ политичког система јављају закони, општа правила и норме, у том случају и судске одлуке носе обиљежја и очекивања

¹⁷ Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 350 - 351.

¹⁸ Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism* (Oxford University Press, 2007), 7. У Trajković, „Odnos prava i moći u pravnom poretku“, 53.

¹⁹ Platon, *Država*, preveo Martin Kuzmić (Naklada Jurčić, 2001), 161 – 162.

²⁰ Aristotel, *Nikomahova etika*, prevela Radmila Šalabalić (BIGZ, 1980), 1129a-b.

²¹ Aristotel, *Nikomahova etika*, 1134 b.

²² Džon Rols, *Teorija pravde*, preveo Milorad Ivović („Službeni list SRJ – CID“, 1998).

доминантног политичког система.²³ Испитујући сложени однос права и политике Лоренс Баум (Lawrence Baum) увиђа да су политиком прожети и право и закони.²⁴ Трансформацијом политике у савременом друштву доведена је у питање идеја модерне државе као заједнице која почива на легитимном поретку. Суштину ове државе чинила је једнакост свих грађана пред законом и њихова заштита од самовоље политичке власти.²⁵

Политичка моћ произашла је из сложених односа у савременом друштву. Има снажан утицај на право и често над њим доминира. С друге стране, под окриљем права она се развија. Њени су носиоци друштвени субјекти који учествују у укупној друштвеној моћи.²⁶ Доминантна карактеристика политичке моћи јесте тежња за увећањем и проширењем на све сегменте друштва. Право и политичка моћ нису нужно у односу напетости и супротстављања. „Обезбеђујући владавину права и конституционализам, право утемељује политичкој моћи легитимитет у њеном деловању. Даље, обезбеђујући легитимитет политичкој моћи, право је и процес доношења политичких одлука иза којих стоје оне друштвене групе које поседују политичку моћ.“²⁷

Средство које осигурава примјену моћи јесте контрола друштвених норми, путем контроле законодавних органа (вјештачко сервирање законских прописа, обликовање правних норми у складу с интересима моћника и сл.) и правосудних органа (одбацивање прописа који су потенцијално опасни за моћнике, а тумачење постојећих у пожељном им облику, спречавање доношења одлука). На овај начин моћи се даје потребна мјера легитимности и привидне легалности – обезврјеђивање сврхе које норме треба да остваре (постизање привидне праведности норми). Посљедице тога огледају се у селективној примјени права, сумњи у законске прописе и обезврјеђивање друштвених вриједности.²⁸ У савременом друштву у значајној мјери присутно је потискивање права од стране политике – свођење права на његову формалну присутност у друштвеном поретку од стране влада, партија, политичких група и покрета, с наміјером да „га стварно учине неефикасним, зависним од политике и да га прертворе у инструмент који ће се користити у *ad hoc* ситуацији“.²⁹ Посебно, у законодавном и судском простору долази до изражаја утицај политике – њена доминација и губљење аутономије закона и законских процедура – утицај једних политичких група и оријентација на честе промјене закона. „Највећу доминацију политички субјекти остварују над судовима и судијама (заузимање или блокирање судских процеса, спречавање прибављања доказа и провођење адекватне процедуре, ослобађања кривице и помиловања)“.³⁰ Владавина права не може се у пракси успоставити без независног судства, без тога правне и демократске државе нема. Судство уколико је законито, дјелује и представља ефикасну брану политичкој моћи. Судство треба увијек да чува своју независност и компетентност, не дозвољавајући никакво

²³ Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 354.

²⁴ Lawrence Baum, *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (Princeton University Press, 2006).

²⁵ Милорад Ђурић, „Глобализација и(ли) демократија: космополитска перспектива“, *Култура полиса*, број 31 (2016): 131, УДК 316.334.3:321.7, ISSN 1820-4589.

²⁶ Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 8.

²⁷ Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 4.

²⁸ Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 13.

²⁹ Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 355.

³⁰ Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 355.

уплитање политичких интереса (постављање на функције себи оданих и некомпетентних).³¹ Правни систем треба да је постављен тако да доношење одлука и поступање судија и других правних службеника мора бити искључиво у складу са законима и правном материјом или позитивним правом. Да би све ово постојало неопходно је да код најважнијих друштвених субјеката буде присутан висок степен друштвене свијести, улоге и одговорности.³²

5. МОЋ ПРАВА У МЕЂУНАРОДНИМ ОДНОСИМА

У савременом друштву присутан је преображај демократије, како примјећује Зоран Аврамовић, у правцу њеног претварања у „инструменталистички објекат за ширење одређене моћи и одређене власти“, она се од једног унутрашњег поретка „полако и све отвореније шири и на друге земље, на међудржавне односе и на глобални план, тако да ми данас можемо да ову класичну дефиницију изменимо тако што ћемо рећи да је данас демократија непроцедурално ширење моћи, освајање моћи на друге земље и друге народе и то је оно што је, наравно, забрињавајуће“.³³

Доминација политике над правом није изражена само у појединачним друштвима и земљама, она је на простору међународних односа изражена још више и значајније. „Већина међународних судова и судских процеса су политички продукти и продужена рука светске моћи коју репрезентује неколико великих држава и десетине различитих светских центара моћи. Може се рећи да је данас дошло до потпуног потискивања права од стране политике у међународним односима“.³⁴ Савремени међународни поредак обиљежавају социо-економске неједнакости, нарушавање или угрожавање правде и успон нових врста моћи и њена неједнака расподела. Међународно право треба да је сфера једнакости и стабилности. Међутим, у стварности се испољавају супротна настојања снажних држава да учврсте своју доминацију и непосредну контролу над другим државама. Оне настоје да ограниче и инструментализују улогу међународног права. Све ово ствара тензије, јер сила никада не ствара право. Још је Жан Жак Русо (Jean Jacques Rousseau) запазио да „најјачи никада није толико јак да би заувјек могао постати господар не претвори ли своју снагу у право, а послушност у дужност. Одатле право јачега, који се наизглед чини иронично, али се у начелу заиста успоставља. Но хоће ли нам се икада објаснити та ријеч? Сила је физичка моћ, не видим каква моралност може произилазити из њезиних учинака. Устукнути пред силом је чин нужности, а не воље, то је надасве чин разборитости“.³⁵

Бројни су примјери у прошлости и садашњости система који су умјесто на праву почивали на сили.³⁶ Постоје земље навикнуте на примјену силе. Највећи губитници од такве

31 Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 41.

32 Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 354 - 355.

33 Зоран Аврамовић, „Демократија је метод за освајање моћи“, Спутњик Србија, разговор Љубинке Миљинчић, Спутњик Србија, 27. август, 2017, 20:06, <https://rs-lat.sputniknews.com/intervju/201708271112441373-zoran-avramovic/>.

34 Šijaković i Vilić, *Sociologija za pravnike*, 355.

35 Jean-Jacques Rousseau, *Raspitava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima i Društveni ugovor*, preveo Dalibor Foretić (Školska knjiga, 1978), 96.

36 Trajković, „Odnos prava i moći u pravnom poretku“, 55.

примјене силе јесу земље на чијим територијама се спроводи сукобљавање – а које резултира страдањем људи, уништавањем материјалних и духовних добара (на примјер, друштвено политичка ситуација на Блиском истоку).³⁷ Бројни су примјери злоупотребе коришћења монопола физичке силе у савременом свијету у односу према грађанима и на глобалном нивоу у односима међу државама. Такав примјер је бомбардовање Савезне Републике Југославије 1999. године од стране држава чланица Нато-пакта, без одобрења Уједињених нација. Несагледиве су посљедице злоупотребе монопола физичке силе и нарушавања људских права од оних који се формално боре и залажу за њих.³⁸

Такође, постоје случајеви мијешања међународне заједнице и њених (нелегитимних) представника у уставноправни поредак и систем надлежности земаља. То се може видјети и на примјеру Босне и Херцеговине. Конкретно, покушај страних чинилаца да Републици Српској наметну одлуке, наруше и одузму институционалне надлежности, отму имовину, санкционишу и забране политичко дјеловање и рад вршиоцима јавних функција изабраних демократским процедурама и ускрате остала људска права њима и њиховим породицама и сл. Све ово у супротности је с демократским начелим и принципима међународних институција и с Дејтонским мировним споразумом. Оваквим поступањем, подрива се мир, стабилност и развој не само БиХ него и читавог региона. Такође, овакав примјер јесте и усвајање препоруке Скупштине Савјета Европе да се тзв. Косову одобри чланство у Савјету Европе (16. 4. 2024.), чиме се Србији отима дио њене територије.

У савременом друштву доведена је у питање легитимацијска функција права, јер оно нема снагу да ограничи политичку вољу која потиरे његов легитимацијски основ и користи га као инструмент за своје ширење и увећање. Такво право нема никакву вриједност. У међународној комуникацији држава испољавају се двије тенденције – претварање права у инструмент присиле и право без моћи. У оба случаја право губи своју ефикасност.

6. ЗАКЉУЧАК

Моћ и право јесу важне друштвене категорије, које су међусобно повезане. Моћ је могућа искључиво у оквирима друштвених односа, док право представља технику њиховог регулисања. Настанак, функционисање, трансформација и нестанак свих елемената права и правног система јесу резултат моћи друштвених субјеката. Правни поредак обезбјеђује легални оквир за посједовање моћи.

Политичка моћ одувјек је показивала тежњу к увећању и ширењу на све сегменте друштва, користећи право као средство за остварење ових тежњи. Утицај политичке моћи изражен је посебно у законодавном и судском простору, с несагледивим посљедицама. Независно и компетентно судство, без уплитања политичких интереса, могуће је остварити само уз висок ниво свијести и одговорности најважнијих друштвених субјеката. Доминантан утицај политике на право није само изражен унутар земаља, већ и на међународном простору. Већина међународних судова продужена су рука свјетске моћи, то јест неколико великих

³⁷ Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 15 - 16.

³⁸ Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 31.

држава и различитих центара моћи. Они теже да учврсте своју доминацију и контролу над другим државама користећи право као инструмент, примјењујући силу и нарушавајући људска права, супротно демократским начелима за које се сами формално залажу. У таквом праву нема никакве вриједности, правде нити људског прогреса. Стога, да би се ово спријечило, једини пут је владавина права.³⁹ Право и закон се увијек обезвјеђују када неки друштвени субјекат настоји да наметне своје интересе присилом.

Право и политичка моћ не морају нужно бити у напетом односу. Право, својом легитимацијском функцијом, ставља моћ у законске оквире и спречава је да прерасте у насиље и самовољу. На овај начин, право штити човјека од насртаја политичке моћи.⁴⁰

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамовић, Зоран. „Демократија је метод за освајање моћи.“ Разговор Љубинке Милинчић. *Спутњик Србија*, 27. август, 2017, 20:06, <https://rs-lat.sputniknews.com/intervju/201708271112441373-zoran-avramovic/>.
- Aristotel. *Nikomahova etika*. Prevela Radmila Šalabalić. BIGZ, 1980.
- Baum, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*. Princeton University Press, 2006.
- Veber, Maks. *Privreda i društvo*. Preveli Olga Kostrešević i Tihomir Kostrešević. Prosveta, 1976.
- Ђурић, Милорад. „Глобализација и(ли) демократија: космополитска перспектива.“ *Култура полиса*, број 31 (2016): 127 – 139. УДК 316.334.3:321.7, ISSN 1820-4589.
- Pavlović, Vukašin. „Veberova koncepcija moći.“ *Godišnjak Fakulteta političkih nauka*, broj 3 (2009): 9 - 26, ISSN:1820-6700, COBISS.SR-ID:145774604
- Павловић, Саша. „Моћ и право у транзиционим државама.“ Мастер рад, Универзитет у Нишу, 2020.
- Platon. *Država*. Preveo Martin Kuzmić. Naklada Jurčić, 2001.
- Rols, Džon. *Teorija pravde*. Preveo Milorad Ivočić. „Službeni list SRJ – CID“, 1998
- Rousseau, Jean-Jacques. *Rasparava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima i Društveni ugovor*. Preveo Dalibor Foretić. Školska knjiga, 1978.
- Trajković, Marko. „Odnos prava i moći u pravnom poretku.“ *Bezbednost*, broj 7 (2019): 51 – 61. <https://DOI: 10.5937/vojdela1907051T>
- Šijaković, Ivan, i Dragana Vilić. *Sociologija za pravnike*. Udruženje sociologa Banja Luka, 2013.

39 Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 32.

40 Павловић, „Моћ и право у транзиционим државама“, 32.

LITERATURE

- Avramović, Zoran. „Democracy is a Method to Conquer Power.“ Interview by Ljubinka Milincic. *Sputnik Serbia*, August 27, 2017, 20:06, <https://rs-lat.sputniknews.com/intervju/201708271112441373-zoran-avramovic/>.
- Aristotle. *The Nicomachean Ethics*. Translated by Radmila Šalabalić. BIGZ, 1980.
- Baum, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*. Princeton University Press, 2006.
- Weber, Max. *Economy and Society*. Translated by Olga Kostrešević i Tihomir Kostrešević. Education, 1976.
- Đurić, Milorad. „Globalization and(or) Democracy: Cosmopolitan Perspective.“ *The Culture of the Police*, No. 31 (2016): 127 – 139. УДК 316.334.3:321.7, ISSN 1820-4589.
- Pavlović, Vukašin. „Weber’s Conception of Power.“ *Yearbook of the Faculty of Political Sciences*, No. 3 (2009): 9 - 26, ISSN:1820-6700, COBISS.SR-ID:145774604
- Pavlović, Sasha. „Power and Law in Trasional States.“ Thesis, University of Niš, 2020.
- Plato. *The Republic*. Translated by Martin Kuzmić. Edition Jurčić, 2001.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Translated by Milorad Ivović. „Official Messenger SFRJ – CID, 1998.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Discourse on the Origin of Inequality and the Social Contract*. Translated by Dalibor Foretić. School Book, 1978.
- Trajković, Marko. „The Relationship Between Law and Power in the Legal Order.“ *Security*, No. 7 (2019): 51 – 61. <https://DOI: 10.5937/vojdela1907051T>.
- Šijakovic, Ivan, and Dragana Vilić. *Sociology for Lawyers*. Association of Sociologists Banja Luka, 2013.

THE POWER OF LAW IN A MODERN SOCIETY - SOCIOLOGICAL ASPECT

Dragana Vilic⁴¹

University of Banja Luka, Faculty of Economics

Summary: *The rule of law is the basis of a well-ordered society. Sociology shows interest in all forms and elements of legal power and its effect on justice, government institutions and citizens. The role of power in the creation and functioning of law in society is manifested in the power of legal institutions and the legal system to regulate and control the whole society. In concrete legal and social practice, power is manifested through the implementation of procedures, regulations, interpretations, changes, transformations and additions to legal norms and the creation of conditions for their operation as mechanisms and instruments of direct control of individuals, groups, communities and society. The social utility and importance of the power of law is reflected in its presence in all segments of social life. The power of law and order is manifested as personal and collective security in society. In the international order marked by socio-economic inequalities, disturbance or threat to justice, the rise of new types of power and its unequal distribution, the question of the role of law arises. International law emerges as a sphere of equality and stability. However, as strong states seek to limit and instrumentalize the role of international law. This creates tensions. In modern conditions, in the international communication of states, two tendencies are manifested - turning law into an instrument of demonstration and application of force and law without power. In bouth cases, the law loses its efficiency.*

Keywords: *law, power, modern society.*

⁴¹ Full Professor, Faculty of Economics of the University of Banja Luka; dragana.vilic@ef.unibl.org; ORCID ID: 0000-0003-0183-718X

“THE TROUBLE WITH GENDER” IN THE CONSTITUTION ACT OF THE REPUBLIC OF SRPSKA (BOSNIA AND HERZEGOVINA)

Dijana Zrnić¹

Faculty of Law of the University of Banja Luka

Summary: Fast expanding gender movement, which is acting in the promotion of sexual and reproductive rights and liberties, has been struggling lately to verbalise its agenda and to supplement national legislations with its policy. In support of such a programme, at the Conference in Istanbul in 2011, the Council of Europe offered a set of recommendations on the protection of women and families against gender-based violence (the Istanbul Convention). Consequently, a majority of member countries, including Bosnia and Herzegovina, signed and ratified the Convention. Ever since its ratification, Bosnia and Herzegovina and its entities, including the Republic of Srpska, have been driving their legislative apparatus to creating a regulatory framework that would meet the requirements of the Istanbul Convention. However, after years of non-critical adjustment of the legal system to the recommendations of the Convention, certain interest groups (civil societies, non-governmental organisations, and religious communities) in the Republic of Srpska have recognised a subversive gender ideology standing behind this *prima facie* human rights and fundamental freedoms protection act.

Key words: gender, sex, Istanbul Convention, constitutionality, family, motherhood, parenthood.

1. INTRODUCTION

The Istanbul Convention is one of the most controversial international agreements ever introduced by the Council of Europe. It has divided the academic and social community into genderists and anti-genderists, wherein the former allegedly represent the Western point of view, while the latter is Eastern European-oriented, showing a strong and successful resistance to the Convention. The Eastern block has identified the Convention as a promoter of anti-family/anti-human ideologies, and values, and as such need to be removed from the international law forum. It is necessary to reveal the real purpose of the Istanbul Convention, since its *prima facie* objective as a guardian of women and children against violence is too unconvincing to be accepted. Careful study of its major principles has unmasked the concept of gender lying in its core that can be associated with the gender constructivism of Judith Butler. Hence, the first chapter will try to deconstruct her gender concept and the theory of heteronormative sexual hierarchy of powers. Next in line is the

¹ Associate Professor, Faculty of Law of the University of Banja Luka, email: dijana.zrnic@pf.unibl.org; ORCID iD: 0009-0002-0554-1917

gender-based concept of manhood and womanhood introduced within the constitutional framework of Bosnia and Herzegovina, and primarily the Republic of Srpska. Such a concept threatens to endanger on the legal and political capacity of the Republic of Srpska to critically review the constitutionality of the Convention and its recommendations.

Furthermore, the author will try to vocalise the valid concerns raised by the Republic of Srpska social, religious and political actors, through entering a critical dialogue with various legal theorists. The validity of the theory of heteronormative sexual hierarchy of power strongly promoted by Judith Butler shall be exposed to critical analysis, to understand the need to introduce gender as a social construct. Additionally, the author will analyse the legality of gender-based regulatory framework against the Republic of Srpska constitutional principles. Finally, to better understand the gender phenomenon exposed through the Istanbul Convention, the author shall reflect on the (non) ratification experience of some CE/EU countries (Hungary, Romania, Czech Republic, Slovakia, Poland, Bulgaria and Turkey). In conclusion, a mandatory review of constitutionality of the Istanbul Convention with a strong message that denying biological nature of sex and its replacing with theory of relativism represents a new crossroads for human civilisation shall be highlighted.

2. GENDER TROUBLE OF JUDITH BUTLER

To better understand the concept of gender it is important to observe it from the reverse angle, because along with fast-expanding gender movements the counter stream has also flourished. The gender opposition has been so loud and provocative that it caught the attention of genderists. Their studies have shown that anti-gender movements (AGMs) primarily base their agenda on protecting “family values” against “gender ideology”. Hence, according to Gergorić², *gender ideology* serves AGMs to create a unique enemy, unite religious and non-religious actors for the sake of wider mobilisation, create moral panic in public sphere, and to prevent legal and social reforms of the system of reproductive and sexual health and rights, and the rights of LGBTQ* persons. According to Bobić³ *gender* is not understood as an *analytical category* which explores ways in which society and culture form our gender identities and further questions relations between gender and sex, socially and culturally conditioned relations of power between sexes/genders. She further points out that AGMs do not see in *gender ideology* biological differences as a basis for the construction of *desirable* and *adequate* models of masculinity and femininity, but rather see the constructs of femininity and masculinity as a biological given. After an in-depth analysis of AGMs actions, Bobić concludes that gender ideology is represented as an ideological weapon of the West and its cultural elite and globalists against a man and a natural traditional family. Pro-gender theorists have further established that anti-genderists see radical feminists/postfeminists, gay-lobbyists and genderists as actors of global “dehumanisation”, deconstruction of the very essence and nature of man and woman, and extermination of traditional, natural (nuclear) family. Inter

² Maja Gergorić, „Anti-rodni pokreti u 21. stoljeću“, *Anali hrvatskog politološkog društva*, 17/1, 2020, 149-167. DOI: 10.20901/an.17.07..<https://hrcak.srce.hr/file/359630> [accessed 16 October 2024]

³ Lana Bobić, „Tko se boji roda još? Uloga vjerskih zajednica u anti-rodnim pokretima u regiji“, *Heinrich Böll Stiftung*, 26 April 2024, <https://ba.boell.org/bhs/2024/04/26/tko-se-boji-roda-jos-uloga-vjerskih-zajednica-u-anti-rodnim-pokretima-u-regiji> [accessed on 23 October 2024];

and trans persons are believed to create their way of life from deconstructing biological essentialism in terms of understanding sex and gender.

Proponents of gender ideology argue that their primary agenda is to create a society without sexual differences, thus cancelling the very anthropological basis of family. Biological sex as a natural given and socio-cultural role of sex ("gender") are in the process of separation by genderists, aiming at achieving denaturalisation of sexes. For constructionists, biological sex is a convention, just like gender and gender roles. It is sufficient for an individual to be what he/she wants to be and when he/she wants it, under the veil of the right to choice, equality, and non-discrimination. Sex as a biological given and fixation, has been losing battle to gender as social and cultural fluidity and variability. However, if a main aspiration of humankind is freedom of choice, does gender ideology mean emancipation or slavery? According to Jakovac-Lozić⁴ a human being with his/her biological given, its predefined sexuality, bodily and spiritual integrity and ethicality has become a target of new ideological winds of essentialist change. The root of such globalist aspirations can be traced back to the 60s of the XX century feminist movements who based their belief in social differences solely on sexual differences. Thus, a new term was created – *gender*. It could be understood as a social construct ascribed to sex. Gender becomes a fruit of a norm, a social standard.

One of the greatest proponents of gender ideology is Judith Butler⁵. She is the *foremother* of the idea that biological differences are not given, but rather a construct of political will and power of male-dominant society. She believes that heterosexuality was imposed as an ideal and superior norm and individuals are forced to accept it to be perceived and accepted as a true man or woman. Butler insists on the thesis that a man should not be defined according to his/her sex, but rather according to his/her sexuality (*sexual orientation*). In her book "*Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*", Butler criticises one of the central assumptions of feminist theory – that there exists an identity and a subject that requires representation in politics and language. Accordingly, terms "men" and "women" have presumed universality just like patriarchy, thus erasing the particularity of oppression in distinct times and places.⁶ Butler is against *identity politics* in favour of a new, coalitional feminism that critiques the basis of identity and gender, which she further points out by using *she/her* or *they/them* pronouns to denote a woman. Namely, she believes that many people who were assigned "female" at birth never felt at home with that assignment, and those people (including herself) tell something important about the constraints of traditional gender norms for many who fall outside its terms.⁷ To challenge assumptions about the distinction often made between sex and gender, Butler argues that sexed bodies cannot signify without gender, and the apparent existence of sex prior to discourse and cultural imposition is only an effect of the functioning of gender. Sex and gender are both constructed. They are the product of social reality formed through continuous interactions and negotiations among society's members rather than empirical observation of physical reality (*social constructionism*).⁸ This means that

⁴ Dijana Jakovac-Lozić, "Rod' protiv 'spola' – polazište na putu razaranja braka i obitelji", *Aktuelnosti građanskog trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse (zbornik radova)*, 15, 2017, 135-157

⁵ Judith Butler is a post-structuralist gender theorist, philosopher and a professor at Berkley University (California). Her pivotal work is a book entitled *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (New York: Routledge, 1990).

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Peter L. Berger, and Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge* (New York: Open Road Media, 2011);

people in society construct ideas or concepts that may not exist without the existence of people or language to validate those concepts, meaning without a society these constructs would cease to exist. Gender is performative and is maintained, created or perpetuated by iterative repetitions when speaking and interacting with each other.

Examining the work of the philosophers Simone de Beauvoir and Luce Irigaray, Butler explores the relationship between power and categories of sex and gender. For de Beauvoir men constitute a presence against which women establish their identity, which needs to be overcome⁹; for Irigaray, this dialectic belongs to a structuralist concept that excludes the representation of women altogether because it employs phallogentric language.¹⁰ Both assume that a female being is in a need of representation through gender identity, but Butler argues instead that no identity exists behind the acts that supposedly “express” gender. These acts rather constitute, Butler claims, the illusion of the stable gender ideology. If the appearance of gender is culturally influenced, then there exists no solid universal gender, but it remains contingent and open to interpretation and “resignification”. Butler calls for people to trouble the categories of gender through performance, meaning that gender is something inscribed in daily practices, learned and performed based on cultural norms of femininity and masculinity. What society regards as a person’s gender is just a performance made to please social expectations and not a true expression of the person’s gender identity. Butler further argues that the way we behave is not because of our gender, it is because of the ideologies set by ourselves and by the society.¹¹

Asked to discuss from a distance of 30 years the position of feminism and gender identity, Butler expressed her fears as to a fast-evolving trans-exclusionary radical feminism that attacks the dignity of trans people.¹² By insisting on seeking to represent a particular idea of women, Butler expresses her deep fears, that feminists may have been participating in the same dynamics of oppression and heteronormativity that they are trying to shift (Ferber).¹³ If the basic feminist proposition is freedom and equality of all people, regardless of race, colour, creed or *gender* in particular, then the right question, says Butler, is not who counts as a woman, but do we really need to have a settled idea of women, or of any gender, in order to advance feminist goals?¹⁴ Butler further insists that feminists are committed to thinking about the diverse and historically shifting meanings of gender, and to the ideals of gender freedom in the sense of getting to make a political claim to live freely and without fear of discrimination and violence against the genders that we are. She is convinced that in anti-intellectual times, social media spread unpopular and demeaning quick form of hate speech, like vitriol, that does not leave room for thoughtful debates about the concept of identity or its change. Questioning biological binary essentialism has brought to gender movement lots of conflicts in academic and non-academic circles. Butler’s newest arguments rely on rethinking equality in terms of interdependency. She believes that if trans-exclusionary radical feminists understood themselves as sharing a world with trans people, in a common struggle for equality,

⁹ Dijana Zrnić, *Mito o ženi u književnosti Anđele Karter* (Banja Luka: Besjeda, 2023), 40;

¹⁰ *Ibid.*, 59;

¹¹ Butler, *Gender Trouble*;

¹² Alona Ferber, „Judith Butler on the culture wars, JK Rowling and living in ‘anti-intellectual times’“, *The New Statesman*, 22 September 2020; <https://www.newstatesman.com/long-reads/2020/09/judith-butler-culture-wars-jk-rowling-living-anti-intellectual-times> [accessed 20 October 2023];

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

freedom from violence, and for social recognition, there would be no more trans-exclusionary radical feminists and feminism would survive as a coalitional practice and vision of solidarity. However, with the most recent radical reaction against “gender ideology” from various religious, economic, political and social transregional fractions; forcing the return to defining gender as a biological sex and the purge of “gender” from education and public policy, in one word, returning to biological essentialism, Butler expresses her serious concern for the current impasse in feminism over trans rights, and sees reconsidering the ways in which the medical determination of sex functions in relations to the lived and historical reality of gender, as the only way out.¹⁵ There is no doubt that Butler’s rhetoric has stirred a lot of commotion among feminist thinkers and activists, she being equally surprised with the reaction. Under the veil of protecting the basic human right to free living and choice, neoliberal democrats and capitalists have been undermining every human order based on biology and nature. Fully aware that new concepts of human civilisation would require their legalisation, these advocates have invested all their efforts on the reconstruction of national legal systems with the aim to integrate heterogenous identity or no identity concept into legislation.

3. GENDER AND BIH/RS LAWS

3.1. Constitution and Gender

In BiH various universal and regional legal documents are in effect that primarily protect human rights as a whole, and indirectly certain rights based on sexual orientation and, as of recently, gender identity.

Universal conventions that are integrated into BiH Constitution, as Annex I, and are directly implemented, but ARE NOT superseding the BiH Constitution are, as follows: the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide; the Geneva Conventions I-IV on the protection of war victims and Protocols; the Convention relating to the status of refugees and a Protocol; the Convention on the Nationality of Married Women; the Convention on the reduction of statelessness; the International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination; the International Pact on civil and political rights and Protocols; the International Pact on economic, social, and cultural rights; the Convention on Elimination of all forms of discrimination against women; the Convention against torture, and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment; the Convention on the rights of the child; the International Convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families; and the Framework Convention on the protection of national minorities. In addition, there are **three** regional conventions that protect human rights in general: the European Convention for the Protection of Human Rights and General Freedoms and Protocols, directly implemented, but DOES NOT have

¹⁵ *Ibid.*

supremacy over the BiH Constitution¹⁶; the European Convention against torture, and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment; and the European Charter for Regional and Minority Languages.

The Republic of Srpska, as a BiH entity, is in obligation to harmonise its Constitution with the BiH Constitution; thus, it is founded on the same international and legal grounds/acts/documents which ARE NOT replacing it. Such interpretation of the position of international acts follows the mean solution offered by constitutionalists. As a rule, international human rights documents do not expressly suggest their position within national legal systems of signatory states, making a diversity in the way this question is regulated among countries. Thus, to some constitutional theorists, international acts have a status equal to the constitution (Austria); others claim that they have equal status to national laws (Germany and Italy), and, finally, some argue that they do not replace the constitution, nor do they have equal status to the national legislation (Switzerland, Belgium, France and Greece).¹⁷

Thus, in article 5 of the RS Constitution, constitutional aspect of the Republic is based on “guaranteeing and protecting human rights and freedoms *in compliance with international standards*; providing national equality and protection of vital interests of constitutive peoples; social justice; rule of law; market economy; multiparty system; parliamentary democracy and division of powers; free elections; local self-government; and protecting the rights of ethnic minorities and other minorities” (art. 5, RS Constitution). Chapter II entitled Human Rights and Freedoms, article 10 states, “that all citizens of the Republic are equal in freedoms, rights and duties; they are equal before the law and are enjoying the same legal protection regardless of race, sex, language, nationality, denomination, social background, birth, education, property, political and other creed, social status, or other personal property”. Furthermore, in the article 49 of the RS Constitution states that “freedoms and rights are realised, and duties carried out directly according to the Constitution, unless the Constitution prescribes that realisation of certain rights and duties shall be further established by an act/statute. Hence, an act/statute prescribes the process of realisation of certain rights and freedoms only when it is necessary for their realisation. In case of discrepancy in the interpretation of provisions related to human rights and freedoms between the RS Constitution and BiH Constitution, provisions that are more beneficial to an individual shall be applied. Constitutional principles related to human rights and freedoms shall be realised in compliance with the European Convention on the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (article 1-3 LVII Amendment to the RS Constitution). Indicatively, the concept of gender or gender identity is not recognised by the RS Constitution, having in mind the time distance when it was introduced and the complexity of constitutional reform. The question remains whether the gender concept can become the subject of elaboration of any lower legal document, such as an act/statute, if not envisaged or guaranteed by the constitution, as the highest legal act. The most recent case law of the RS Constitutional Court sends a clear message that the principle of rule of law and the hierarchy of legal acts must be respected. Namely, on 30 October 2024 the RS Constitutional Court ruled that a word “gender” in the name of a co-ordinating body for the implementation of

16 Damir Banović i Vladana Vasić, *Seksualna orijentacija i rodni identitet: pravo i praksa u BiH* (Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2013), footnote 8, 39;

17 Sanja Kreštalica, “Ljudska prava u Bosni i Hercegovini (kroz prizmu odnosa Ustava BiH i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda”, *Konstitucionalizacija Bosne I Hercegovine*, (Istočno Sarajevo: Pravni fakultet, 2021), 195-215;

the IC in the RS (“Gender Centre”) is unconstitutional, since it does not correspond to any of the official languages in the RS.¹⁸

Furthermore, Amendment to Criminal Code draft Act was placed before the RS NA on 16.7.2024 for discussion and ultimate enactment. This draft Act tends to accord the non-discrimination grounds listed in the existing RS Criminal Code with the RS Constitution, requesting the erasing of gender identity from the list of grounds in the RS Criminal Code and its substituting with “other personal characteristics”.

Henceforth, contrary to constitutional standards, the Convention forces the authorities to uproot traditions and customs related to the roles of women and men (Article 12 of the Convention). By targeting the basic social institutions, it removes barriers that protect against violence. The Convention authors have disregarded the actual causes of violence, such as family breakdown, addictions or sexualisation of a woman’s image, and rather see the causes in the traditional gender roles. The document treats victims of violence in an instrumental way, using them for the promotion of ideological demands.

As Kreštalica well put it, Bosnia and Herzegovina too easily accept obligations set in various domestic and international instruments in the field of promotion and protection of human rights. The problem, however, arises at the practical level of efficiency of mechanisms anticipated by these instruments for the protection of human rights. Henceforth, BiH government should pay more attention to the fulfillment of obligations taken over when joining the European Convention and other international agreements, such as the Istanbul Convention.¹⁹ The Convention has been incorporated into the BiH/RS legal system, but its position in the hierarchy of legal acts has not been clearly defined. Likewise, the BiH/RS Constitutional court Acts do not mention at all their authority in terms of reviewing the constitutionality or legality of any international agreement with domestic laws and constitutions. In case U 5/04, the Constitutional Court of BiH proclaimed itself incompetent to review a constitutionality of a certain principle of ECHR. Contrary to the practice of the BiH Constitutional court, the RS Constitutional court took the liberty to review the harmonisation of the Criminal Code with the RS Constitution in relation to the use of certain non-discrimination grounds, such as gender and gender identity, which resulted in the draft act on the amendment of the Criminal Code, mentioned before. If the Constitutional court is labelled as the protector of constitutionality and legality of laws and by-laws that represent an integrative part of the RS legal system, then, by analogy, it has the power to review any international act that has been incorporated into the RS legal framework. In compliance with art. 3 of the BiH Constitution, international agreements are signed and ratified by the Presidency of BiH based on the consent of the Parliamentary Assembly of BiH. Hence, if the Republic of Srpska considers abandoning the Istanbul Convention recommendations, it cannot do so at the entity level. It remains to be seen whether Bosnia and Herzegovina is willing to withdraw from the Convention due to its unconstitutional policy, thus following the example of Poland or Turkey.

¹⁸ BL Portal, “Ustavni sud Srpske utvrdio da je termin “gender” neustavan: Ovako glasi obrazloženje, 30.10.2024; [accessed on 6.11.2024];

¹⁹ Kreštalica, *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini*, 211;

3.2. The Istanbul Convention and Gender

The Istanbul Convention (IC) represents the first international legal document that is based on the concept of gender identity, and protects such a concept through various legal mechanisms, instruments, and policies. On the official page of the Council of Europe, in the context of the IC, it is stated that men and women should not be distinguished only according to their sex, as male and female, but also according to their social roles they have in a society.²⁰

Thus, in the Preamble of the Convention it is stated that, “the structural nature of **violence** against women is **gender-based**, and ... one of the crucial social mechanisms by which women (*auth.comm.* as social constructs, they could be male or female from the aspect of sex) are forced into a subordinate position compared with men (equally, as social constructs)” (Preamble, para.11, the IC).

Furthermore, **gender** as a concept is defined as “the socially constructed roles, behaviours, activities, and attributes that a given society considers appropriate for women and men; and gender-based violence against women, as “violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately (Ch. I, art. 3/c-d, IC).

It could be interpreted in a way that the primary cause of violence against women is based on their social role, and not because they are women by sex. Hrabar asks us to consider main reasons for men to use force against women, and already insinuates that it is usually corporeal and economic dominance of a male sex over female. Violent behaviour does not have any basis to be condemned.²¹ To claim that violence against women is more particular from that against a child, elderly person or a man is a false statement. Women are victims of violence because of their physical inferiority to men (“weaker sex”). They are often in an economically dependent position in relation to their spouses or partners, which often is a reason for violent behaviour or harassment on the side of man. Hence, gender is the least reason for violent behaviour women suffer, unlike other deviant behaviours, such as alcoholism, mental illnesses on the side of the violator; physical inferiority, economic dependence on the side of the female victim. By asking the signatory states to eradicate gender stereotypes, prejudices, customs and traditions that place women in an inferior position, the IC is not only calling for elimination of violence as socially acceptable behaviour but is obviously advocating for a radical conceptual transformation of an individual, as a natural being, and a family, as an essential social unit. The Freddy McConnell case represents a concrete manifestation of perilous effects of a new gender concept on the understanding and functioning of mankind. A transgender man, Freddy McConnell, from the UK, gave birth in 2018, after suspending his hormone treatment. He changed his passport and NHS records to show he was male, after gaining a gender recognition certificate, but retained his female reproductive system. He went into a legal battle after he was refused to be registered as his child’s father or parent. Both the High court, in September 2019, and the Court of Appeal, in April 2020, ruled that even though he was considered a man by law and had a gender recognition certificate to prove it, he could not appear on his child’s birth certificate as “father” or parent, since motherhood is defined

²⁰ <https://tinyurl.com/ycyorrhn> [accessed on 24.10.2024];

²¹ Dubravka Hrabar, *Istanbulska konvencija, i zamke rodne perspektive*, Zagreb, 2018;

as being pregnant and giving birth regardless of whether the person who does so was considered a man or a woman in law.²²

A theatrical play "They suffered" by Milena Depolo and Boban Skerlić, represents an adaptation of transcripts of statements of women who are serving a prison sentence in Požarevac (Serbia), having killed their violent partners, reveals as the main triggers of violence against women: alcoholism, loss of employment, mental illness, economic dominance or patriarchal upbringing. Not a single woman has identified gender role as a cause of violence they suffered from their partners.²³

Having set a new standard (gender-based violence), the IC tends to act supplementarily toward other regional conventions (InterAmerican and African documents), which is suggesting that "gender" must be accepted as a mundane category. Hrabar strongly opposes this insinuation of imposing European standards (the Council of Europe) on other countries in the world, comparing this practice to ideological colonialism.²⁴ Accordingly, the Ashwari case speaks in favour of a non-recognition of gender/gender identity as a protected category. Namely, in the late 70s, an Afghani woman and a teacher, Asefa Ashwari, was jailed and tortured by the Taliban for committing what was determined to be an act of defiance by the patriarchy of her home country. Her actions - opening a school for girls and leading them in the public square without a male escort - were grounds for an honour execution. Ashwari sought asylum in the United States. However, the law of asylum of the United States allowed applicants to qualify for refugee status if they feared persecution in their home country. They had to prove that their oppression is a direct result of their race, religion, nationality, political opinion, or membership in a particular social group. Being a woman was not recognised as a valid ground for being granted asylum, since one half of the world are women. Through incorporating international humanitarian rights law into asylum law, counsel Judy Wood managed to have the US Court of Appeals for the Ninth Circuit recognise persecuted women, for publicly standing up for their political ideas, rights and interests, a protected class and a particular social group.²⁵

If the legal grounds for the IC are the Convention on eradication of all forms of discrimination against women (CEDAW), often described as an international charter on the rights of women and the only legally binding international agreement on non-discrimination of women based on their **sex**, and General recommendation of CEDAW Committee no. 19 (1991) related to violence against women, why has, all of a sudden, the IC become the protector and fervent promoter of gender-based ideology? Maybe the answer lies within the Explanatory Report (CETS 210) which easily equates the status of women with "gay, lesbian and bisexual victims of domestic violence, who are often excluded from support services because of their sexual orientation." The Report further elaborates that "certain groups of individuals may also experience discrimination based on their gender identity, which in simple terms means that the gender they identify with is not in conformity with the sex assigned to them at birth. This includes categories of individuals such as

22 Robert Booth, "Trans man loses UK legal battle to register as his child's father", *the Guardian*, 16 November 2020, <https://www.theguardian.com/society/2020/nov/16/trans-man-loses-uk-legal-battle-to-register-as-his-childs-father>, [accessed on 6 Nov. 2024].

23 Dijana Zrnić, „One su trpele' nasilje u porodici“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, 1/37, 2015, 337-361;

24 Hrabar, *Istanbulska konvencija*, 26;

25 Sara Bunch, "Write of Asylum", *Pepperdine*, summer 2019, <https://www.pepperdine.edu/magazine/summer-2019/write-asylum.htm> [accessed 10 October 2024];

transgender or transsexual persons, cross-dressers, transvestites and other groups of persons that do not correspond to what society has established as belonging to “male” or “female” categories” (CETS 210, art. 53). According to the IC, the signatory states are to take over the necessary legislative and other measures to promote and protect the rights of all, especially women, to life without violence in public and private sphere. Henceforth, the states are to include into their constitutions or other adequate legislation the principle of equality of men and women, and guarantees for the implementation of that principle (Ch. I, art. 4, para.2/1, IC). It has already been established that the RS Constitution promotes equality between men and women, based on sex, while gender perspective is not recognised by the legislator, nor can it be further elaborated through lower legal documents. In addition, it is still the relevant standpoint of medical science in the Republic of Srpska that homosexuality is a disease, and not a non-discrimination ground, hence sexual orientation cannot be a protected right, guaranteed by the RS Constitution, although it has been enshrined into national legislative framework. It is a matter of time when the constitutionality of special acts that regulate non-discrimination on the ground of sexual orientation will be brought into question.

The IC further insists on elimination of violence against women, but puts special accent on gender-based violence. It seems that gender-based policies have discretely coloured traditional concepts of human equality, substituting biological determinants with social constructs. Strong semantics, or putting principal words before the public eye, such as violence, women, child, family, is a manipulative strategy acting in service of a new prospect of mankind.

Thorough analysis of the sources of law of the Istanbul Convention has revealed certain loopholes or imprecisions that directly affect the concept of gender-based violence against women and family. Namely, being treated as a primarily European Convention since its creator is the Council of Europe, the Istanbul Convention in its Preamble refers to the principal sources of law, those being the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols; the European Social Charter; The Council of Europe Convention on the Elimination of Trafficking in Human Beings; and the CE Convention on the protection of children against sexual exploitation and abuse. However, what is not being mentioned is the Universal Declaration on Human Rights that places certain limitations in relation to the right to marry men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion (UDHR, art. 16/1). The ECHR in article 12, refers to the same limitation, stating “men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right”. The Universal Declaration has also a general understanding of the concept of family treating it as “the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State” (UDHR, article 16/3), which is contrary to the understanding of the idea of family according to the Istanbul Convention. There is also a general limitation of rights and freedoms in the UD, in the sense that, “everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society. With the „new humanity” proposals promoted by the IC, the requirements of morality, public order and the general welfare have seriously been shattered in many signatory countries, especially those located in Eastern Europe.

4. ISTANBUL CONVENTION (NON)RATIFICATION EXPERIENCE – COMPARATIVE ANALYSIS

Ever since its introduction, the Istanbul Convention has become one of the most controversial international documents that the Council of Europe has produced. It has divided the world into genderists and anti-genderists. For a number of countries (46 signed the Convention, and 36 ratified it), the IC became a symbol of emancipation and advancement of European community, with the Convention representing a beacon of progress in human relations freed from inequality and sexism. Others (Azerbaijan, and Russia) labelled the Convention as a symbol of decadence, demise, destruction of family, and even Western exploitation of developing societies, and refused to sign it. However, ten countries refused to ratify the IC, and Turkey is the only country who first signed and ratified the Convention in 2012, and then withdrew its signature in 2021. Poland is also having second thoughts on how to painlessly withdraw from the Convention, it ratified in 2015, without tarnishing its international status. To prove the fact, in September 2021, Poland submitted to GREVIO its Comments on this body's final report on the implementation of the IC.²⁶ The rhetoric used in the Comments clearly indicates that Poland is seriously thinking of withdrawing from the Convention. Some of the remarks against the Convention include: reducing the sources of violence to power relations between men and women over the centuries, as the Convention does, is (therefore) too restrictive (p. 2); the concept of "gender" must be adopted as a binding policy framework in areas such as the protection and support of victims of violence, criminal proceedings, education, measures to raise awareness and change social consciousness, and the granting of protection to foreigners, which cannot be reconciled with the principle deriving from the Constitution of the Republic of Poland, which states that public authorities must be impartial with regard to religion, convictions and philosophical beliefs. On the contrary, state bodies are obliged to act in protection of and respect for inherent and inalienable human dignity, which is the source of freedom and rights of man and citizen (p. 3); fundamental principles guaranteed by the Constitution are the concepts of marriage as the union of a man and a woman, the family, motherhood and parenthood, as the majority of social and cultural roles assigned to women and men are closely related to their functioning within families, there is a strong risk that measures to combat "gender-based violence" may reduce the importance of basic social institutions, such as the family, turning them into a place of oppression for women and male domination (p.3). When ratifying the Convention, Poland made a declaration that it will implement the Convention in accordance with the principles and provisions of the Constitution of the Republic of Poland. This means that Poland has reserved the right to implement the Convention respecting the most fundamental constitutional principles, such as: respect for the obligation of impartiality of public authorities in the field of religion, convictions and philosophical beliefs; the fulfilment of the fundamental obligation of public authorities to respect and protect human dignity and to guarantee the freedoms and rights derived from the Constitution; the protection of marriage as a union of a man and a woman, the family, motherhood and parenthood, respect for the right of parents to bring up their children in accordance with their beliefs; and respect for the right of parents to provide their children with moral and religious education and training in accordance with their convictions. The legislation

²⁶ *Comments* submitted by Poland on GREVIO's final report on the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 8 September 2021;

in force in Poland and the measures taken for its implementation ensured the protection of all persons against all forms of violence, including domestic violence (p. 3). The strengthening of this protection is one of the priority tasks of the Government. There is no need to introduce new measures or to expend the existing corpus of criminal acts and wrongful actions with a prefix of gender. The real nature and extent of violence and domestic violence must be understood in Poland first, instead of blindly copied from a broadly scoped international act. Thus, some manifestations of violence, covered by the Convention, do not occur in Poland, in principle (forced marriages, honour-related violence, genital mutilation, forced sterilisation and abortion).²⁷ Poland's withdrawal from the Istanbul Convention seems more and more likely and the government is offering generous compensations to municipalities that have declared themselves free from "LGBT ideology" and lost EU funding.²⁸ In his book *Razaranje i otpor (Destruction and Resistance)* Đurković reveals that five regions in Poland have proclaimed themselves as LGBT free zones.²⁹ There is a Citizens' Committee initiative entitled "Yes to Family, No to Gender", placed before the Polish Parliament insisting on terminating the IC by the Polish Government. According to the initiators, the IC is undermining the rights of families and imposing ideological demands on countries that have ratified it. Research has shown that in the countries that have adopted solutions in the Convention (e.g. Denmark, Finland, Sweden), the rate of domestic violence is much higher than in Poland.³⁰ Instead of the IC, there is a strong proposal for the adoption of the International Convention on the Rights of the Family that will guarantee the fundamental rights of spouses, parents and children.³¹ Ultraconservatives and right-wing populists have cordially commended prime minister Mateusz Morawiecki's recent submission of a request to the Constitutional Tribunal for the revision of the constitutionality of the IC.³² At the same time, the Polish Parliament approved of a series of acts banning sexual education and placing restrictions to abortion. Next in legislative line is a draft act on ban of same sex marriages.

Hungary is an EU country that signed (2014), but refused to ratify the IC. Together with Poland, Hungary has been recognised as a leading opponent to the Brussels value system. In 2014 and 2015, there was a debate in the Hungarian parliament over ratifying the Convention, but eventually the odds of its ratification vanished into thin air after the Parliament ruled against it.³³ The main objections to incorporating the IC into the Hungarian legal system were related to the concept of gender, migration policy and asylum.³⁴ Instead, in 2020, the Parliament adopted an act that banned transgender people from changing the gender they were assigned at birth on official

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Agnieszka Graff and Elzbieta Korolczuk, "Worse than Communism and Nazism put together", *Anti-Gender Politics in the populist moment* (Oxon: Routledge Studies in Gender, Sexuality and Politics, Taylor & Francis Group, 2022), 67-91;

²⁹ Miša Đurković, *Razarenje i otpor* (Beograd: Catena Mundi, 2023), 53;

³⁰ *Ibid.*

³¹ <https://en.ordoiuris.pl/family-and-marriage/yes-family-no-gender-legislative-initiative-committee-registered-sejm> [accessed 16 October 2024]

³² C. Ciobanu, "Poland replacement for Istanbul Convention Would Ban Abortion and Gay Marriage", *BIRN*, Poland, 15 March 2021, [accessed 16 October 2024]

³³ Lidia Balogh, "Gender Equality – how are EU rules transposed into national law?" *Country Report*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, (Brussels, 2019), <https://doi.org/10.2838/538782>, 68

³⁴ Đurković, *Razaranje i otpor*, 52;

documents.³⁵ According to the Parliament majority, recognition of gender-based violence as a form of persecution in the asylum cases endangers Hungarian culture, laws, tradition and national values. Hence, the Hungarian government is advised to rule against the ratification of the IC and to openly protest it in all EU forums.³⁶ Ever since 2018, a series of activities have been launched to remove women's studies and a complete concept of gender from higher education system. However, such actions were stopped due to strong pressures from the EU. Still, Hungary is making resolute legislative moves to liberate itself from the claws of the IC.

The Istanbul Convention also induced a debate of epic proportions in Bulgarian civil society. The polemic was so fierce that in February 2018, Bulgaria's Prime Minister, leader of GERB party that governs in coalition with three far-right parties, withdrew a motion for ratification from Bulgaria's Parliament. At the same time, 75 Members of Parliament, primarily from GERB party, submitted a request before the Bulgaria's Constitutional Court for the revision of constitutionality of the Convention. Their main arguments blamed the introduction of gender equality for the promotion of homosexuality and bringing into question traditional values of the Bulgarian society. In its majority ruling (8-4), the Constitutional Court found that the Convention is using a term "gender" which is in contradiction to the Bulgarian Constitution, and its binary understanding of "sex" – male and female – determined at birth.³⁷ Due to its open anti-gender narrative and intolerance toward the LGBTQ+ community, the European Institute of Gender Equality gave Bulgaria the worst score in the EU in its composite measure of violence against women. The study of social media comments regarding the IC, revealed that citizens of Bulgaria are highly devoted to the traditional concept of marriage, family and motherhood as well as to the Christian values which do not make a distinction between gender and sex.³⁸

Slovakia is one of the few countries that officially refused the ratification of the IC. The Slovakian Parliament attempted several times in 2019 and 2020 to ratify it, but every time the proposal was turned down under the same pretext of being in contradiction to the Constitution, which defines marriage as a union between a man and a woman. Očenašova recognizes the cause of the refusal in the very term gender, as it is believed that gender ideology would threaten children and national identity and the nation's cultural heritage. Moreover, gender-sensitive education would contradict parental rights ensuring education according to their belief. The Slovak civil majority is convinced that the IC, as part of the Europeanisation package, would strengthen the so-called liberal democracy which in reality is a totalitarian neo-Marxist dictatorship and tyranny by minorities. Neo-Marxism represented by multiculturalism, as its most important part, has become official ideology of the EU who builds upon it a new cultural socialism.³⁹

³⁵ BBC, "Hungary outlaws changing birth gender on documents", 19 May 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-52727615>, [accessed 12 November 2024];

³⁶ Lidia Balogh, "The Ratification Status of the Council of Europe's Istanbul Convention Among EU Member States", *MTA Law Working Papers*, Budapest, 2020/7;

³⁷ Vassileva, R., „Bulgaria's Constitutional Troubles with the Istanbul Convention", *VerfBlog*, 2018/8/20, <https://verfassungsblog.de/bulgarias-constitutional-troubles-with-the-istanbul-convention/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20180803-101332-0> [accessed 12 October 2024];

³⁸ S. Darakchi, "The Western Feminists Want to Make Us Gay": Nationalism, Heteronormativity, and Violence Against Women in Bulgaria in Times of "Anti-Gender Campaigns", *Sexuality and Culture*, 4, 2019, 1208-1229;

³⁹ Z. Očenašova. "Poison in the Juice: "Gender Ideology" and the Istanbul Convention in Slovakia", *Politické Vedy*. 24/4, 38-55, <https://doi.org/10.24040/politickevedy.2021.24.4>.

The Istanbul Convention was neither ratified by the neighboring Czech Republic. Although highly acclaimed for its liberal thinking, the Czech Republic's political actors could not turn a blind eye toward the threats to the stability of a traditional family that the gender ideology promoted by the Istanbul Convention. However, according to the law enforcement agencies, greater threat for the Czech civil society was coming from other rights heavily promoted by the Convention, those being the rights of immigrants and asylum seekers.⁴⁰

Romania ratified the Convention in 2016. However, in 2020, a huge debate was raised after the Romania's parliament voted for the amendment to the already adopted sexual education act, which mandated schools to "systematically roll out...at least once every semester, educational programmes for life, including sexual education for children, in order to prevent the contraction of sexually transmitted diseases and pregnancy in minors". The amended law no longer refers to "sexual education" and instead speaks of the introduction into schools of "education for life, including health education, in order to prevent the contraction of sexually transmitted diseases and pregnancy in minors". These sudden changes to the previous act were the result of the influence of the Orthodox Church to which more than 80 percent of Romanians belong. It was justified as "an attack on the innocence of children".⁴¹ In addition, a special act was passed defining gender ideology and banning separation of gender from biological sex. Since president Klaus Iohannis refused to promulgate it, the act ended before the Constitutional court, and was eventually rebutted. Instead, in 2022, a new act was proposed that would limit sex education in schools, and prevent "assault of gender ideology" by accepting sex given at birth as the only identity determinant. This legislative initiative is meant to protect the child against dissemination by any means of content regarding deviation from established sex at birth, or popularization of sex change, or homosexuality.⁴²

Romania's standpoint on the subject matter of gender identity is also revealed through the Coman and Others against Romania case⁴³ related to recognition of homosexual marriages concluded outside Romania. CJEU passed a ruling in favour of the applicants, requesting Romania to give the right of residence to same-sex spouses who are not nationals of Romania. That meant that all 28-member states would have to accept same-sex marriages, regardless of their national legislation, which prescribed otherwise. Ever since this infamous decision was passed, Romania has been refusing to enforce it, under various pretexts, buying time to infiltrate into the Romanian Constitution heterosexual definition of marriage as a union of a man and a woman.⁴⁴ For reasons of clarity, it is interesting to analyse the way Romania bypassed the obligation to enforce the CJEU decision by very subtle statutory interpretation. Namely, Mr. Coman, Romanian-American

40 Petra Guasti, 2021, "Same Same, but Different: Domestic Conditions of Illiberal Backlash Against Universal Rights in the Czech Republic and Slovakia", A. Lorenz and L. H. Anders (eds.), *Illiberal Trends and Anti-EU Politics in East Central Europe*, *Palgrave Studies in European Union Politics*, (New York: Palgrave Macmillan, 2021, https://doi.org/10.1007/978-3-030-54674-8_8, 179-206

41 Marcel Gascón Barberá, "Romania Bows to Church, Scraps Mandatory Sex Education", 3 June 2020, <https://balkaninsight.com/2020/06/03/romania-bows-to-church-scraps-mandatory-sex-education> [accessed 14 November 2024];

42 Madalin Necsutu, "Romanian Hungarians Advocate Laws to Stop 'Gender Ideology Assault'", 16 February 2022, <https://balkaninsight.com/2022/02/16/romanian-hungarians-advocate-laws-to-stop-gender-ideology-assault/>, [accessed 16 November 2024];

43 C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-208508%22%7D>

44 Alina Tryfonidou, "The EU top court rules that married same-sex couples can move freely between EU member states as 'spouses': case C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*", *Feminist Legal Studies*, 27(2), 2019, 211-221;

citizen, married Mr. Hamilton, American citizen, in Belgium in 2010. The couple contacted the Romanian immigration inspectorate to receive information on the conditions under which Mr. Hamilton could obtain a residence permit in Romania as the spouse of an EU citizen. According to Directive 2004/38/EC, third-country nationals who are family members of an EU citizen who is exercising their right to free movement enjoy a derived right of residence in the host Member State (article 7(2)). The inspectorate informed the couple that Mr. Hamilton could not claim a right of residence under Romanian Civil Code, which defines marriage as the union of a man and a woman (Article 259/1 of the Civil Code) and expressly prohibits same-sex marriage, as well as the recognition in Romania of same-sex unions contracted abroad (Articles 227/1 and 227/2 of the Civil Code). Coman, supported by the LGBTI rights organisation Accept, brought an action before the national court, which referred the matter to the Constitutional Court. The latter decided to stay the proceedings and refer questions to the CJEU for a preliminary ruling. The Romanian Constitutional Court sought clarification regarding the interpretation of the term “spouse” in Directive 2004/38/EC, and, therefore, the rights that can be claimed by a same-sex spouse of an EU citizen. In its judgement, the CJEU noted that Directive 2004/38/EC does not apply to the case at hand, since it only concerns citizens who move to or reside in a Member State other than that of which they are nationals (Case C-673/16, para. 19 and 20)). Nonetheless, Mr. Coman could derive a right to free movement and residence, which he can claim also against his own country, by virtue of Article 21 TFEU (the Treaty on the Functioning of the EU) (para. 23-24). In such a case, Directive 2004/38/EC is applied by analogy, meaning that the conditions under which a right of residence can be derived must not be stricter than those laid down by said Directive (para. 25). The Court continued by stating that the rights which EU nationals enjoy in virtue of Article 21 TFEU include “the right to lead a normal family life, together with their family members” (para. 32). According to the Court it is also undisputed that during the “genuine residence” of Mr. Coman in Belgium the couple “created or strengthened a family life” (para. 28). In reference to the question of the Constitutional Court, the CJEU clarified that the term “spouse” used in Directive 2004/38/EC is gender neutral (para. 35) and applies to any person joined to another person by the bonds of marriage in accordance with the law of the state where the marriage is concluded (para. 33-34). As a result, “a Member State cannot rely on its national law as justification for refusing to recognise in its territory [...] a marriage concluded [...] in another Member State (para. 36). However, the Court stressed that the marriage in question needs to be recognised “for the sole purpose of granting a derived right of residence to a third-country national” (para. 36). The Court concluded by considering the possible justification of such a restriction to the freedom of movement, and affirmed that recognising a same-sex marriage concluded abroad for the sole purpose of granting a derived right of residence to a third-country national cannot undermine the institution of marriage as defined in the host Member State (para. 45) and therefore, cannot be justified on the grounds of national identity or public policy. Furthermore, the Court also observed that any justification of a restriction of a fundamental freedom shall respect the fundamental rights of EU citizens, including the right to family life.⁴⁵ Following the judgment adopted by the CJEU on 5 June 2018, the Constitutional

45 Viola Bianchetti, *Same-sex couples and freedom of movement: the case for cross-border recognition*, executive master thesis, 2022, 27-33, https://www.eu-online-academy.org/EOA/Ressources/FCK/files/Master%20Thesis%20Final%20Paper/Viola%20Bianchetti_CIFE%20Executive%20Master%20in%20EU%20StudiesMaster%20thesis%20EU%20Law%202022_Same-sex%20couples%20and%20freedom%20of%20movement.pdf

Court ruled that the relevant provisions of the Civil Code are constitutional only if interpreted in the sense that they allow the granting of the right to reside, in accordance with the European Union law, to spouses of Romanian citizens from same-sex marriages concluded in a Member State of the EU. Subsequently, the applicants requested the reopening of the main proceedings. By a decision of 16 September 2019, the Bucharest District Court dismissed the action as time lapsed, on the grounds that the applicants were at fault for not requesting the reopening of the proceedings within six months from the date of the Constitutional Court's decision. By a final decision of the Bucharest County Court of 26 June 2020, the applicants' appeal was rejected as unfounded with final effect. In December 2020, the applicants addressed the ECtHR complaining of a breach of their right of access to court due to the dismissal of their action on procedural grounds without a decision on the merits, arguing that the reopening of the proceedings should have been done *ex officio*.⁴⁶ As we speak, the CJEU decision has not been enforced yet. Romania is simply refusing to act in contradiction to its Civil Code, which not only defines marriage as the union of a man and a woman, but also stipulates that "marriage between persons of the same sex shall be prohibited", and, even more specifically, "marriages between persons of the same sex entered into or contracted abroad by Romanian citizens or by foreigners shall not be recognised in Romania".⁴⁷

In 2018, Romania organised a referendum seeking constitutional determination of marriage as a union of a man and a woman. Namely, the Romanian Constitution defines the family as being founded on the free-willed marriage "between spouses", which could also be translated as "between husbands" since in Romania the same word is used to mean both husband and spouse of indefinite gender.⁴⁸ Although, 3 million signatures were collected by the Coalition for Family in late 2015, which was more than the required minimum of 500.000, the referendum was unsuccessful due to small turnout (only 21 % of voters took the referendum, out of the required minimum of 30%).⁴⁹

The case of Turkey is unique in every way. It was the first CE country to sign and ratify the IC (2012). However, on 20 March 2021, Turkey unilaterally withdrew from it. Initially, as the first signatory to the Convention, it demonstrated a strong commitment to protect women's status in society and fight any violence against women. However, what started as a promotion of women's rights, soon turned into an attempt of a group of people to normalise homosexuality, which was recognised by the Turkish government as incompatible with Turkey's social and family values.⁵⁰ By applying article 80 of the Istanbul Convention, Turkey denounced it by a midnight presidential decree in March 2021. President Erdogan's discretionary decision drew fierce opposition from women's rights defenders and opposition parties, claiming that the withdrawal needed to be approved by the parliament first. However, article 3 of Presidential Decree no. 9 on which the withdrawal was based, says that the ratification or termination of international treaties is made by a presidential

⁴⁶ application no. 2663/21, Relu-Adrian Coman and Others against Romania, 9 February 2021;

⁴⁷ *Coman and Others v Romania*, ECtHR, application no. 2663/21, Written comments submitted jointly by AIRE Centre, ICJ, ILGA-Europe, 29 October 2021, https://www.ilga-europe.org/files/uploads/2022/06/Coman-and-Others_TPI_final.pdf;

⁴⁸ Adina Portaru, "Marriage at a Crossroads in Romania", *The Natural Family*, 2017, 29-40;

⁴⁹ BBC News, "Romania marriage poll: Referendum to ban gay unions fails", 8 October 2018, <https://www.bbc.com/news/world-europe-45779107> [accessed 16 November 2024];

⁵⁰ Statement regarding Türkiye's withdrawal from the Istanbul Convention, <https://www.iletisim.gov.tr/english/haberler/detay/statement-regarding-turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention> [accessed 16 November 2024];

decision, as a type of executive action.⁵¹ We have seen that Turkey is not the only country that has developed serious concerns about the Convention, but has gone the furthest in an attempt to protect its society against the LGBT community imposing their ideas about gender. Turkey remains committed to the protection of women against violence without compromising the constitutional definition of marriage, family and motherhood.⁵²

This comparative analysis represents a recognition of the fact that the Istanbul Convention and struggle for women's rights have in a certain way become the victim of overall distrust developed between the East and the West and of growing polarity in understanding of the significance of tradition, religion and future of society. It is evident that the Eastern European countries have shown and expressed their strong reservations toward the Istanbul Convention, in general, and the concept of gender, in particular. The (non)constitutionality of gender-based identity is a challenge that will trouble the conservative countries to the point of its denunciation (e.g. Turkey).

5. CONCLUSION

Summarising the explorative critical study of the Istanbul Convention, a series of legal dilemmas have been revealed that put into question the justification of its ratification and incorporation into the Republic of Srpska legal system. The primary dilemma is a true purpose of the Istanbul Convention. By taking advantage of a noble purpose, such as protection of women against violence and inequality, the IC has discretely introduced a new ideology of gender unknown and uncharacteristic to a greater majority of the world, including the Republic of Srpska (BiH). By insisting on breaking stereotypes and traditional conceptions of family, marriage, motherhood and parenthood through changing educational programmes, the gender-based ideology of the IC has seriously interfered with the guaranteed rights of parents to educate their children in compliance with their religious, philosophical and pedagogical beliefs.

By introducing an unclear, vague and non-legal concept of gender into national legislation, the Istanbul Convention does not prevent, but promote legal uncertainty. A single international document cannot eradicate violence against women and family. The latest recordings of cases of violence against women in countries that ratified the IC, verify the rise, and not decline of violence.

Introducing gender into the legal system of the Republic of Srpska shall not exterminate violence against women, not shall reduce it. What needs to be done is continuous promotion of equality between a man and a woman in all spheres of life, knowing that equality in rights derives from human dignity, followed by the respect of differences between sexes.

Gender as a determinant of violence, as promoted by the IC, is an unfounded thesis that cannot be justified in the natural. It is not a non-discrimination ground envisaged by the Republic of Srpska Constitution and cannot be instantly introduced into the national legislation without rational argumentation. Enforcing gender argumentation as a dominant perspective of the Convention can

51 "Erdogan insists it's at his discretion to pull Turkey out of Istanbul Convention", *Bianet*, 26 March 2021, <https://bianet.org/haber/erdogan-insists-it-s-at-his-discretion-to-pull-turkey-out-of-istanbul-convention-241444> [accessed on 16 November 2024];

52 Tuğba Bayar, "Turkey's withdrawal from Istanbul Convention: international human rights regime vis-à-vis authoritarian survival", *Turkish Studies*, 25(1), 2023, 22-42;

only provoke further discord among peoples, cultures, nations, and the ultimate idea of humanism and reason. There are growing voices against the Convention echoing from the East (Poland, Hungary, Bulgaria, the Czech Republic, Slovakia, Romania, and Turkey). United, they promote non-gender struggle against violence, by introducing better protective mechanisms, education and change of mindset and overall conduct. The Republic of Srpska has also joined these attempts to eradicate violence against women and in family, based on equality of sexes.

Instead of giving a priority to scientifically unfounded ideas of gender-based violence, the interest groups of the Republic of Srpska have launched an initiative to erase the gender prospective from its legal system. It is a matter of time when this strategy will be adopted at the state level.

LITERATURE

- Balogh, Lidia, "Gender Equality – how are EU rules transposed into national law?" *Country Report*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, (Brussels, 2019);
- Balogh, Lidia., "The Ratification Status of the Council of Europe's Istanbul Convention Among EU Member States", *MTA Law Working Papers*, Budapest, 2020/7;
- Barberá, Marcel Gascón, "Romania Bows to Church, Scraps Mandatory Sex Education", 3 June 2020, <https://balkaninsight.com/2020/06/03/romania-bows-to-church-scraps-mandatory-sex-education> [accessed 14 November 2024];
- Bayar, Tuğba, "Turkey's withdrawal from Istanbul Convention: international human rights regime vis-à-vis authoritarian survival", *Turkish Studies*, 25(1), 2023,
- BBC, "Hungary outlaws changing birth gender on documents", 19 May 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-52727615>, [accessed 12 November 2024];
- BBC News, "Romania marriage poll: Referendum to ban gay unions fails", 8 October 2018, <https://www.bbc.com/news/world-europe-45779107> [accessed 16 November 2024];
- Banović, Damir i Vasić, Vladana, *Seksualna orijentacija i rodni identitet: pravo i praksa u BiH* (Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2013);
- Berger, Peter L., and Luckmann, Thomas, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge* (New York: Open Road Media, 2011);
- Bianchetti, Viola, *Same-sex couples and freedom of movement: the case for cross-border recognition*, executive master thesis, 2022; https://www.eu-online-academy.org/EOA/Ressources/FCK/files/Master%20Thesis%20Final%20Paper/Viola%20Bianchetti_CIFE%20Executive%20Master%20in%20EU%20StudiesMaster%20thesis%20EU%20Law%202022_Same-sex%20couples%20and%20freedom%20of%20movement.pdf
- "Erdogan insists it's at his discretion to pull Turkey out of Istanbul Convention", *Bianet*, 26 March 2021, <https://bianet.org/haber/erdogan-insists-it-s-at-his-discretion-to-pull-turkey-out-of-istanbul-convention-241444> [accessed on 16 November 2024];
- BL Portal, "Ustavni sud Srpske utvrdio da je termin "gender" neustavan: Ovako glasi obrazloženje, 30.10.2024; [accessed on 6.11.2024];
- Bobić, Lana, „Tko se boji roda još? Uloga vjerskih zajednica u anti-rodnim pokretima u regiji“, *Heinrich Böll Stiftung*, 26 April 2024, <https://ba.boell.org/bhs/2024/04/26/tko-se-boji-roda->

- jos-uloga-vjerskih -zajednica-u-anti-rodnim-pokretima-u-regiji (last accessed on 23 October 2024);
- Booth, Robert, "Trans man loses UK legal battle to register as his child's father", *the Guardian*, 16 November 2020, <https://www.theguardian.com/society/2020/nov/16/trans-man-loses-uk-legal-battle-to-register-as-his-childs-father>, [accessed on 6 Nov. 2024].
- Bunch, Sara, "Write of Asylum", *Pepperdine*, summer 2019, <https://www.pepperdine.edu/magazine/summer-2019/write-asylum.htm> [accessed 10 October 2024];
- Butler, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (New York: Routledge, 1990);
- Ciobanu, C., "Poland replacement for Istanbul Convention Would Ban Abortion and Gay Marriage", *BIRN*, Poland, 15 March 2021, [accessed 16 October 2024]
- C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Associatia Accept v. Inspectoratul General pentru Imigrari, Ministerul Afacerilor Interne*, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-208508%22](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-208508%22)]
- application no. 2663/21, *Relu-Adrian Coman and Others against Romania*, 9 February 2021;
- Coman and Others v Romania*, ECtHR, application no. 2663/21, Written comments submitted jointly by AIRE Centre, ICJ, ILGA-Europe, 29 October 2021, https://www.ilga-europe.org/files/uploads/2022/06/Coman-and-Others_TPI_final.pdf
- Comments* submitted by Poland on GREVIO's final report on the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 8 September 2021
- Darakchi, S., "The Western Feminists Want to Make Us Gay": Nationalism, Heteronormativity, and Violence Against Women in Bulgaria in Times of "Anti-Gender Campaigns", *Sexuality and Culture*, 4, 2019, 1208-1229;
- Đurković, Miša, *Razarenje i otpor*, (Beograd: Catena Mundi, 2023);
- Ferber, Alona, "Judith Butler on the culture wars, JK Rowling and living in 'anti-intellectual times'", *The New Statesman*, 22 September 2020; <https://www.newstatesman.com/long-reads/2020/09/judith-butler-culture-wars-jk-rowling-living-anti-intellectual-times> [accessed 20 October 2023];
- Gergorić, M. "Anti-rodni pokreti u 21. stoljeću", *Anali hrvatskog politikološkog društva*, . DOI: 10.20901/an.17.07..<https://hrcak.srce.hr/file/359630> [accessed 16 October 2024]
- Graff, Agnieszka and Korolczuk, Elzbieta, "Worse than Communism and Nazism put together", *Anti-Gender Politics in the populist moment* (Oxon: Routledge Studies in Gender, Sexuality and Politics, Taylor & Francis Group, 2022);
- Guasti, Petra, 2021, "Same Same, but Different: Domestic Conditions of Illiberal Backlash Against Universal Rights in the Czech Republic and Slovakia", *Illiberal Trends and Anti-EU Politics in East Central Europe, Palgrave Studies in European Union Politics*, A. Lorenz and L. H. Anders (eds.) (New York. Palgrave Macmillan, 2021, https://doi.org/10.1007/978-3-030-54674-8_8;
- Hrabar, Dubravka, *Istanbulska konvencija, i zamke rodne perspective*, Zagreb, 2018;
- Jakovac-Lozić, Dijana, "Rod' protiv 'spola' – polazište na putu razaranja braka i obitelji ", *Aktuelnosti građanskog trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse (zbornik radova)*, 15, 2017, 135-157;

- Kreštalica, Sanja, "Ljudska prava u Bosni i Hercegovini (kroz prizmu odnosa Ustava BiH i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda", *Konstitucionalizacija Bosne I Hercegovine*, (Istočno Sarajevo: Pravni fakultet, 2021);
- Necsutu, Madalin, "Romanian Hungarians Advocate Laws to Stop 'Gender Ideology Assault'", 16 February 2022, *BalkanInsight*, <https://balkaninsight.com/2022/02/16/romanian-hungarians-advocate-laws-to-stop-gender-ideology-assault/>, [accessed 16 November 2024];
- Očenašova. Z., "Poison in the Juice: "Gender Ideology" and the Istanbul Convention in Slovakia", *Politické Vedy*, 24/4, 38-55, <https://doi.org/10.24040/politicevedy.2021.24.4>.
- Portaru, Adina, "Marriage at a Crossroads in Romania", *The Natural Family*, 2017;
- Statement regarding Türkiye's withdrawal from the Istanbul Convention, <https://www.iletisim.gov.tr/english/haberler/detay/statement-regarding-turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention> [accessed 16 November 2024];
- Tryfonidou, Alina, "The EU top court rules that married same-sex couples can move freely between EU member states as 'spouses': case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne", *Feminist Legal Studies*, 27(2), 2019, 211-221;
- Vassileva, R., "Bulgaria's Constitutional Troubles with the Istanbul Convention", *VerfBlog*, 2018/8/20, <https://verfassungsblog.de/bulgarias-constitutional-troubles-with-the-istanbul-convention/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20180803-101332-0> [accessed 12 October 2024].
- Zrnić, Dijana, *Mito o ženi u književnosti Anđele Karter* (Banja Luka: Besjeda, 2023);
- Zrnić, Dijana, "One su trpele' nasilje u porodici", *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, 1/37, 2015; <https://en.ordoiuris.pl/family-and-marriage/yes-family-no-gender-legislative-initiative-committee-registered-sejm> [accessed 16 October 2024]

НЕВОЉЕ С “РОДОМ” У УСТАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ (БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ)

Дијана Зрнић

Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Сажетак: Брзо развијајући родни покрет, који дјелује у корист промоције сексуалних и репродуктивних права и слобода, у посљедње вријеме сусреће се са великим потешкоћама да вербализује своју агенду те да национална законодавства унаприједи својом политиком. Подржавајући такав програм, на конференцији у Истанбулу 2011. године, Савјет Европе понудио је низ препорука у корист заштите жена и породица од родно заснованог насиља (Истанбулска конвенција). За посљедицу, већина држава чланица, укључујући и Босну и Херцеговину, потписала је и ратификовала ову Конвенцију. Од ратификације, Босна и Херцеговина и њени ентитети, укључујући и Републику Српску, улажу све напоре не би ли свој законодавни апарат смјестили у регулаторни оквир којим би испунили захтјеве Истанбулске конвенције. Међутим, након година некритичког прилагођавања правног система препорукама Конвенције, у Републици Српској појављују се одређене интересне групе (цивилна друштва, невладине организације и вјерске заједнице) које препознају субверзивну родну идеологију у позадини овог међународног акта који *prima facie* штити фундаментална људска права и основне слободе.

Кључне ријечи: род, пол, Истанбулска конвенција, уставност, породица, мајчинство, родитељство.

THE PROTECTION OF HEALTH-RELATED DATA IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

Brano Hadži Stević¹

Faculty of Law, University of East Sarajevo

Summary: Health-related data (HRD) are particularly sensitive and demand special protection. In the European Court of Human Rights' (the ECtHR) case law, HRD are protected by Article 8, which proclaims the right to private and family life. Furthermore, the ECtHR underlines that the protection of personal data has "fundamental importance" for an individual's enjoyment of the right to privacy. The sensitivity of HRD is connected with the possibility of revealing an individual's privacy and intimate life, which, consequently, could lead to the violation of other rights, e.g., discrimination. Under the Council of Europe, the only legally binding document related to data protection is Convention 108, while Recommendation No. R (97) 5 and Recommendation CM/Rec(2019)2 are not legally binding, but they provide guidelines on regulating HRD issues. All of these documents are germs that have been developing in the ECtHR's case law.

In order to analyze the ECtHR's case law related to the protection of HRD, this paper aims to elucidate the meaning of some concepts, such as personal data, health-related (medical) data, the collecting and processing of data, etc. Also, this paper tends to examine: who can collect HRD, in which way they can be collected (particularly: is the consent of a data subject necessary), for which purposes, and how long should they be kept? The ECtHR claims that respecting the confidentiality of HRD is a "vital principle" not only regarding the patient's right to privacy but also in order to preserve confidence in medical protection and health services.

Keywords: personal data, health-related data, right to privacy, The European Court of Human Rights, Convention 108.

1. INTRODUCTION

The protection of personal data is extraordinarily important since their disclosure could lead to serious breaches of human rights and freedoms. However, the term "personal data" refers to different types of personal data, and this paper is devoted to the protection of health-related data (HRD). The importance of this issue lies in the particular sensitivity of HRD, which demands special protection. In order to provide a proper analysis, it is necessary to solve some conceptual issues, such as the meaning of the key terms. Hence, the first part of this paper deals with the definitions of crucial concepts, such as personal data, health-related (medical) data, and the processing

¹ Senior assistant, Faculty of Law, University of East Sarajevo ORCID ID: 0009-0001-0844-3450

of data. The second part of this paper is devoted to the legitimacy of the (health-related) data processing i.e., to some crucial principles of data protection, such as the purposes of collecting, the consent of data subject, data minimization, guarantees against arbitrariness, etc. The third part of this paper deals with HRD protection regarding Article 8 of the European Convention of Human Rights (the ECHR), i.e., the ECtHR case law related to HRD protection.

The main hypothesis that will be examined is the following: regardless of their importance, the HRD are not sufficiently legally protected, but the existing European documents are the germs developed by the ECtHR's case law. In order to answer the abovementioned issues, we will analyze relevant international documents as well as the ECtHR case law.

2. CONCEPTUAL QUESTIONS – PERSONAL DATA?

In order to provide a proper analysis of private data protection, it is necessary to define the main concepts related to this issue. Therefore, the following lines are devoted to the determination of the conceptual frame.

According to Recommendation No. R (97) 5, the expression “personal data” refers to “any information relating to an identified or identifiable individual” (hereinafter: data subject).² But, if the identification of a data subject requires “an unreasonable amount of time and manpower”, it will not be regarded as identifiable. On the other hand, if personal data have undergone pseudonymization but could be attributed to a person by the use of additional information, they present the personal data, which refers to an identifiable subject.³ If different pieces of information that are collected together can lead to the identification of a person,⁴ they also present personal data. Personal data that have been made anonymous to the point where the individual can no longer be identified are no longer regarded as personal information (the anonymization must be irreversible).⁵

Among the personal data, health-related data are particularly sensitive since their revealing could cause encroachment on privacy and intimate life, and, consequently, the revealing of these data could easily lead to the violation of other human rights, such as discrimination.⁶ Health-related or medical data are all personal data about the physical or mental health of an individual that reveal information about his/her past, current, or future health.⁷ In Recommendation CM/Rec(2019)2, the HRD also refer to the data about health-care services, while Recommendation No. R (97) 5 proclaims that medical data refers to “all personal data concerning the health of an individual” as

² In the decision *S. and Marper v. The United Kingdom*, the ECtHR claims that fingerprints, DNA profiles, and cellular samples are personal data since they relate to identified or identifiable individuals (para. 68).

³ See Recital 26 of the Regulation 2016/679 - General Data Protection Regulation (hereinafter: EU GDPR), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>.

⁴ The main data pieces relevant to the identifiable data subject are *exempli causa* are mentioned in Article 4 of the EU GDPR.

⁵ See: https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en.

⁶ For example, the data about HIV infection as one type of HRD can “dramatically affect his or her private and family life” and social and employment situation, while there is a danger of exposing someone to “opprobrium and the risk of ostracism”. The more sensitive the nature of personal data (especially HRD) is, the stronger reason must exist for data processing and more safeguards designed to provide effective protection (para. 96, *Z. v. Finland*).

⁷ Compare with the definition from the EU GDPR (Recital 35 and Article 4).

well as “data which have a clear and close link with health” and “genetic data”. According to the EU GDPR (Recital 35), HRD refers to a number or symbol assigned to a person for identification for health purposes, information derived from testing or examination, genetic data and biological samples, information on a disease, disability, disease risk, medical history, clinical treatment, etc.

According to Article 6 of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (hereinafter: Convention 108)⁸ and Article 9 of the EU GDPR, the HRD present a special category of data, and we could claim that the general principle of the European law is that certain categories of personal data demand special protection. It is beyond doubt that the HRD belong to this category since they are particularly sensitive and could reveal details about an individual’s privacy, intimate life, etc. Accordingly, the HRD “deserve greater protection due to the presumption that misuse of this data is likely to have more severe consequences⁹ for an individual’s fundamental rights”.¹⁰

It is common to claim (especially regarding the ECHR) that human rights and freedoms can be divided into two groups: absolute and relative, depending on whether their limitations are possible.¹¹ The right to private data is not an absolute right, since the processing of personal data is sometimes legitimate and lawful. If we know what (health-related) private data are, the following question arises: what is data processing, who is authorized to process personal data, and under what conditions? According to the Convention 108, data processing refers to operation/s performed on personal data, e.g., collection, storage, preservation, alteration, retrieval, disclosure, making available, erasure, destruction, or carrying out of logical/arithmetical operations on such data (Article 2).¹² The authorization and the legitimacy of the data processing will be discussed in the part devoted to the legitimacy of (medical) data processing.

Whether the right to protection of private data equals the right to privacy? In our opinion, the answer is negative. For example, we have the right to prohibit journalists from entering our house to take photos in order to keep our privacy, but there is no personal data here.¹³ Similarly, when an employer asks a job candidate about family planning, it is the breach of the right to privacy, but when an employer uses his/her data without consent to check his/her history of medical

⁸ The Convention 108 “inscribed in international law, and indirectly in the national legal orders” the idea that “data protection serves privacy” and it contributes to the understanding of this idiom. See Gloria Gonzalez Fuster, Serge Gutwirth, “Opening up personal data protection: A conceptual controversy”, *Computer Law and Security Review*, XXIX, 5 (2013): 535.

⁹ HRD are “one of the most sensitive type of personal data” and “the impact of a data breach can have enormous consequences” (Sarita Lindstad, Kaspar Rasager Ludvigsen, “When is the processing of data from medical implants lawful? The legal grounds for processing health-related personal data from ICT implantable medical devices for treatment purposes under EU data protection law”, *Medical Law Review*, XXXI, 3 (2023): 318).

¹⁰ V. Horden, “Defining and using health data”, <https://www.taylorwessing.com/en/global-data-hub/2022/march--health-data---getting-the-right-balance-between-innovation-and-data-protection/defining-and-using-health-data>.

¹¹ See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012): 27-37 and Brano Hadži Stević, „Test proporcionalnosti u doba pandemije: ljudska prava versus javno zdravlje“, *Strani pravni život*, LXVII, 1 (2023): 24-28.

¹² About the requirements for HRD processing in the EU Law, see EU GDPR, Recitals 53-54.

¹³ Before 2000, it was “relatively common” to claim that the right to privacy evolved and came to include the protection of personal data. More precisely, the personal data were understood as an “informational dimension of privacy, concerned with positive control on the use of information”. See Gonzalez Fuster, Gutwirth, “Opening up personal data protection: A conceptual controversy”, 536.

treatments, that is the breach of right to private data protection.¹⁴ Consequently, the right to privacy is broader than the right to personal data protection.¹⁵ Also, privacy¹⁶ concerns physical persons, while collective entities do not have the right to privacy.¹⁷

The mere storing of someone's data presents an interference with the right under Article 8 and falls under the scope of data protection, while intervention in private life is not *eo ipso* a breach of conventional right since the conclusions about the breach of someone's right to private life depend on *in concreto* circumstances (e.g., certain epidemic measures are not a breach of conventional right to privacy during a pandemic).¹⁸ Under the Council of Europe's (CoE) legal framework, there is no right to the protection of personal data as a distinct right, while in the EU law this right has been acknowledged as a distinct fundamental right in various documents, such as the Charter of Fundamental Rights of the EU.¹⁹

Although Article 8 of the ECHR proclaims the right to privacy, under the ECHR, the private data is not equal to the right to privacy since the right to data protection is just a part of the right to privacy (officially: the right to respect for private and family life).²⁰ While privacy refers to a personal sphere,²¹ data protection refers to control over or protection of personal information.²² We believe that the better solution is to proclaim the right to private data protection as a distinct right,²³ but the ECtHR case law *de facto* solves this issue through a broad interpretation of Article 8 of the ECHR.²⁴

The ECtHR expanded the scope of the right to respect for private life from Article 8 of the ECHR through incorporation of data protection aspects (based on the Convention 108) in its

14 Some authors speak about the difference in terms of opacity and transparency, see Serge Gutwirth, Paul De Hert, "Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power", in *Privacy and the criminal law*, eds. Erik Claes, Anthony Duff, Serge Gutwirth (Antwerp-Oxford: Intersentia 2009), 61-104.

15 According to Blume, "the concept or idea of privacy that is fundamental" although "privacy and data protection for many years have formed some kind of unity" - Peter Blume, "Data Protection and Privacy - Basic Concepts in a Changing World", *Scandinavian Studies in Law*, LVI, (2010): 152, 154.

16 On some aspects of right to private life see M. Младенов, „Заштита права на приватност у пракси Европског суда за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XLVII, 3 (2013): 578-582.

17 See Blume, "Data Protection and Privacy - Basic Concepts in a Changing World", 152, 155.

18 See also: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/privacy-and-data-protection-explanatory-memo>.

19 See Article 8 of the Charter, available at: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf. About the right to personal data protection as a distinct and separated right from the right to privacy, see also Gonzalez Fuster, Gutwirth, "Opening up personal data protection: A conceptual controversy", 535-536.

20 Both of these concepts rest on the idea that "a person is more than just an aspect of society and accordingly is something in his own right", i.e., people "are entitled to some kind of autonomy". See "Data Protection and Privacy - Basic Concepts in a Changing World", 152.

21 Right to privacy is related to the "personal, intimate sphere of individual's life" and the "right to be left alone". See Младенов, „Заштита права на приватност у пракси Европског суда за људска права“, 575-576.

22 See at: <https://www.hiig.de/en/why-privacy-%E2%89%A0-data-protection-and-how-they-overlap/>. "Data protection may be translated to information privacy", while privacy "describes a situation that is related to either the physical or the psychological environment of an individual person", and it is concerned with the relationship between the individual and other people and the state - Blume, "Data Protection and Privacy - Basic Concepts in a Changing World", 153.

23 This opinion is not shared by Blume, see "Data Protection and Privacy - Basic Concepts in a Changing World", 163. The ECtHR "has never ruled or implied" that a right to personal data protection as such might exist. See Gonzalez Fuster, Gutwirth, "Opening up personal data protection: A conceptual controversy", 537.

24 The ECtHR has the willingness "to abandon certain positions from previous judgments if new circumstances demand it... in order to respond to new challenges". See Младенов, „Заштита права на приватност у пракси Европског суда за људска права“, 592.

interpretation of this Article. Hence, the data protection in the ECtHR case law is “progressively augmented and strengthened” through accepting “specific ideas” from Convention 108.²⁵

3. LEGITIMACY OF DATA PROCESSING

Briefly, the legitimacy of data processing is connected with a number of questions, such as who can process the (health-related) data, for what purpose, whether the data subject gave consent, whether the collected data are relevant for the purpose, whether there are guarantees against abuse of data, etc. Depending on the answers to these questions, we can claim that data processing is (not) legitimate.

3.1. The basic principles of data processing

It is not questionable whether data collecting is possible,²⁶ but *when* it is lawful and legitimate.²⁷ In the ECtHR case law, the data processing is legitimate under conditions from Article 8 of the ECHR: (1) alignment with the law, (2) necessity in a democratic society,²⁸ and (3) legitimate goal, i.e., the protection of one of the proclaimed interests: national security, protection of health or morals, protection of the rights and freedoms of others, public safety or economic well-being, prevention of disorder or crime. Article 8 proclaims *numerus clausus* legitimate aims, hence, analogy is not allowed. Therefore, when the ECtHR determines that the interference into privacy exists, it will examine whether that interference is in accordance with the above-mentioned three requirements. Those conditions are “upgraded” by the Convention 108, which prescribes additional requirements, i.e., principles regarding data (including HRD) processing.

Article 5 of the Convention 108 proclaims necessary principles for the legitimacy of data processing and the quality of data, such as (1) *proportionality* and a fair balance between the legitimate purpose of the processing,²⁹ interests and rights and freedoms. Something that is espe-

25 Gonzalez Fuster, Gutwirth, “Opening up personal data protection: A conceptual controversy”, 538.

26 There are two conceptions about the right to protection of personal data. According to the prohibitive conception, data collecting is in principle prohibited, and only in exceptional cases allowed (e.g. see EU GDPR, Article 9), while permissive conception rests on the idea that the data collecting is in principle allowed in accordance with proper principles. See Gonzalez Fuster, Gutwirth, “Opening up personal data protection: A conceptual controversy”, 532-533.

27 According to the case law of the ECtHR, an interference with the right to respect for private life is possible whenever there is processing of any information relating to an identifiable individual; when there is an impairment of one of the ‘core principles of data protection’, such as, for instance, the requirement that data must not be stored longer than strictly necessary; when restricting full access to information kept about an individual; or when data is used in an unforeseen manner – Gonzalez Fuster, Gutwirth, “Opening up personal data protection: A conceptual controversy”, 535–536.

28 The necessity of interference in a democratic society exist when it answers a “pressing social need”, if it is proportional to the legitimate aim and if there exist “relevant and sufficient” reasons adduced by the national authority (para. 101 and 93, *S. and Marper v. The United Kingdom*).

29 HRD can be extraordinarily important for so called secondary use (e.g., scientific research and quality assessment) and doubtless, that is a legitimate aim. On the other side, extraordinary importance also belongs to the preservation of private data. Through the anonymization of HRD “a great portion of identifiable data is removed” and “the data will not be appropriate for a secondary use”. See Mostafa Langarizadeh, Azam Orooji, Abbas Sheikhtahri, “Effectiveness

cially important is the principle that data processing must be carried out (2) on the basis of “the free, specific, informed³⁰ and unambiguous consent of data subject”³¹ or in order to achieve “other legitimate basis laid down by law”³² Besides, Article 5 of the Convention 108 proclaims that personal data must be collected (3) lawfully, fairly, and in a transparent manner (4) “for explicit, specified and legitimate purposes” without being processed “in a way incompatible” with those purposes. Personal data under processing are only (5) “adequate, relevant and not excessive” regarding purpose, (6) accurate and updated, if necessary, and (7) preserved in a form that permits identification of the data subject for no longer than necessary for the purposes.³³

3.2. The legitimacy and legality of the HRD processing

According to Article 8 of the ECHR, “everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. The concept of “private life” presents “a broad term not susceptible to exhaustive definition” and it can embrace “multiple aspects of the person’s physical and social identity” (para. 66, *S. and Marper v. The United Kingdom*). An interference in this right is forbidden except when it is (1) in accordance with the law, (2) necessary in a democratic society and (3) serves a legitimate interest.³⁴

According to the ECtHR, the protection of personal data “is of fundamental importance” to an individual’s enjoyment of the right to privacy (para. 56, *L.H. v. Latvia* and para. 95, *Z. v. Finland*), and an important element of someone’s private life are information about health (para. 66, *S. and Marper v. The United Kingdom*). Moreover, HRD are a particularly sensitive type of personal data, and the ECtHR claims that respecting the confidentiality of HRD is a “vital principle” not only regarding the patients’ right to privacy, but also to “preserve confidence in medical

of Anonymization Methods in Preserving Patients’ Privacy: A Systematic Literature Review”, *Studies in health technology and informatics*, 248 (2018): 85.

30 About informed consent, see Robert Young, “Informed Consent and Patient Autonomy”, in *A Companion to Bioethics*, eds. Helga Kuhse, Peter Singer (Chichester: Wiley-Blackwell, 2009), 530-540.

31 About the conditions for valid consent, see Lindstad, Rasager Ludvigsen, “When is the processing of data from medical implants lawful? The legal grounds for processing health-related personal data from ICT implantable medical devices for treatment purposes under EU data protection law”, 328-332.

32 Article 9 of the EU GDPR proclaims that the “processing of personal data ... concerning health ... shall be prohibited”. But the exceptions are possible if, among all, (1) the data subject has given *explicit consent* to the processing of those personal data for one or more specified purposes; (2) processing is necessary for the *purposes* of carrying out the obligations and exercising specific rights of the controller or of the data subject in the field of employment and social security and social protection law; (3) processing is necessary to protect the *vital interests* of the data subject or of another natural person where the data subject is physically or legally incapable of giving consent; etc.).

33 According to some authors, “the substantial components” of the right to protection of the protection of personal data are the principle of fair processing, purpose specification, legitimate basis, right of access, rectification and the requirement of independent supervision. See Gonzalez Fuster, Gutwirth, “Opening up personal data protection: A conceptual controversy”, 533. For example, the ECtHR in *Leander v. Sweden* points out that independent supervision exists when the data processing in a police-register control both parliament and independent institutions. The ECtHR especially emphasizes the significance of the participation of parliament members, including the opposition, in that bodies and their right of veto that prevents further data processing (para. 64-65).

34 In other words, “the interest of data subjects and the community as a whole” regarding the personal data may be “outweighed by the legitimate interest in the prevention of crimes (para. 104, *S. and Marper v. The United Kingdom*) or some other legitimate interest, but a number of conditions must be met.

protection” and “health services” (para. 56, *L.H. v. Latvia*).³⁵ Without such protection, people who need medical assistance “may be deterred from revealing such information of a personal and intimate nature” although this information is “necessary in order to receive appropriate treatment”.³⁶ In such situations, data subjects can endanger not only their own but also the health of the community in the case of transmissible diseases. The sensitivity of some HRD can discourage people from seeking proper diagnosis and treatment (para. 95-96, *Z. v. Finland*).³⁷

The principles for data processing contained in the ECHR and the Convention 108 are the germs of HRD protection concretized and “upgraded” through the ECtHR case law.³⁸ Firstly, the ECtHR states that the *mere* storing of data about private life presents an interference with the right under Article 8 (para. 48, *Leander v. Sweden* and para. 67, *S. and Marper v. The United Kingdom*), and it is irrelevant whether these data are subsequently used or not (para. 69, *Amman v. Switzerland*).³⁹ But the ECtHR has due regard to the specific context in which these data are recorded, retained, the nature of records, the way in which they are used and processed, results that may be obtained (para. 67, *S. and Marper v. The United Kingdom*).

Regarding legitimate goals, the ECtHR claims that it is relevant whether authorities, *at the time when the contested measures were taken*, sought to achieve a legitimate goal (para. 75, *Z. v. Finland*). For example, the fight against crime (especially organized crime and terrorism), which “depends to a great extent on the use of modern scientific techniques of investigation and identification” (para. 105, *S. and Marper v. The United Kingdom*), undoubtedly presents a legitimate purpose for data processing during investigation or criminal procedure; however, it is the *quality of processing* that matters. As the ECtHR states, some actions of the authorities (*in concreto* the extension of the DNA database) contributed to the detection and prevention of crimes, but it is necessary to examine whether “a fair balance” between public and private interests exists (para. 117–118 of *S. and Marper v. The United Kingdom*).⁴⁰ For example, in *M.S. v. Sweden*, the ECtHR decided that such a balance exists because the data processing for determining whether the applicant met the conditions for compensation for industrial injury presented a legitimate aim since “the data was potentially decisive for the allocation of public funds” (para. 38).

In abstracto, the significant problem with HRD processing lies in the quality of the national HRD collecting provisions and the deficiency of adequate legal protection against arbitrariness. The

35 Some authors claim that “the justification for overriding medical confidentiality seems morally overwhelming” in some cases. See Raanan Gillon, Daniel K. Sokol, “Confidentiality”, in *A Companion to Bioethics*, eds. Helga Kuhse, Peter Singer, 513-519. (Chichester: Wiley-Blackwell, 2009), 517-518.

36 This, *inter alia*, shows the importance of electronic health record systems for “secondary use of clinical data” but at the same time a fertile ground for intrusion into private data and potential abuse. Furthermore, about 59% of patients believe that this “has increased risk of data loss or privacy breach”. See Langarizadeh, Orooji, Sheikhtahri, “Effectiveness of Anonymization Methods in Preserving Patients’ Privacy: A Systematic Literature Review”, 80.

37 Some authors stress that the use of medical data can bring benefits to an individual, since the more a medical practitioner knows about an individual, the greater the chances are for treatment “in a personalized effective way”. See V. Horden, “Defining and using health data.

38 See also the Recommendation CM/Rec(2019)2, Chapter II 5.

39 For example, the retention of fingerprints from the authorities may *itself* give rise to “important private-life concerns”. Therefore, the mere retention and storage of personal data have “a direct impact on the private-life interest of an individual” – para. 85 and 121 *S. and Marper v. The United Kingdom*.

40 In the mentioned case, the ECtHR claims that “is stuck by the blanket and indiscriminate nature of the power” of data retention in England and Wales” since the nature or gravity of the offense is irrelevant, the retention is not time-limited, there is no possibility for an independent review of the justification for the retention, etc. See para. 119 of *S. and Marper v. The United Kingdom*.

case law of the ECtHR confirms that the precision of relevant provisions is vital for the legitimacy of data processing.⁴¹ For example, the provisions that allow DNA profiles to be collected for “the prevention or detection of crime”, “the investigation of an offence” or “the conduct of a prosecution” are “vague and open to abuse” and could lead to the processing of personal data “outside the immediate context of investigation” (para. 87, *S. and Marper v. The United Kingdom*). Therefore, it is not enough for the impugned measure to have some ground in domestic law,⁴² but it needs to be compatible with the rule of law as an inherent purpose of the ECHR (para. 95, *S. and Marper v. The United Kingdom*), i.e., the quality of the law in question is equally important (para. 84, *Hasan and Chaush v. Bulgaria*).

Procedural guarantees against arbitrariness or abuse of personal data also present an important element for the legitimacy of data processing. According to the ECtHR, the state must provide “sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness” (para. 99, *S. and Marper v. the UK*) and ensure that data subjects are informed about HRD processing (para. 51, *L.H. v. Latvia*).⁴³ For example, the applicant in *S. and Marper v. The United Kingdom* states that the police records were accessible to both police and 56 non-police bodies (para 87).⁴⁴ The ECtHR accepts this, stressing the importance of “minimum safeguards” related to “duration, storage, usage, access of third parties, procedure for preserving the integrity and confidentiality of data and procedures for its destruction” (para. 99, *S. and Marper v. The United Kingdom*).⁴⁵

These considerations are especially valid regarding the protection of “special categories of more sensitive data” from Convention 108 (para. 103, *S. and Marper v. The United Kingdom*) and the HRD are exactly this type of data.⁴⁶ Hence, the purpose of HRD processing must be precisely determined to avoid the breach of conventional principles. Also, the stored data must be relevant and not excessive regarding purposes for which they are stored (para. 103, *S. and Marper v. The United Kingdom*). Article 5 of the EU GDPR proclaims the principle of minimization which states that personal data shall be “adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed”.

The Recommendation No. R (97) 5 proclaims (lines 10.1-10.3) that in general, the HRD should be kept “no longer than necessary to achieve purpose” for which they were processed, and

⁴¹ About the link between HRD data processing and “a foreseeable application” of the national law, see *M.S. v. Sweden*, para. 31–32.

⁴² Under the EU GDPR, “the duty to demonstrate a legal ground for processing lies on the data ‘controllers’”. See Lindstad, Rasager Ludvigsen, “When is the processing of data from medical implants lawful? The legal grounds for processing health-related personal data from ICT implantable medical devices for treatment purposes under EU data protection law”, 324.

⁴³ The Recommendation No. R (97) 5 proclaims that the data subject needs to be informed about the existence of a file contacting his/her medical data, the purpose of processing, the subjects to whom the data are or will be collected and subjects to whom and the purposes for which they may be communicated, the possibility (if any) of refusing the data processing, its withdrawal and the consequences of it, as well as the identity of the controller and his/her representative. The data subject should be informed at the latest at the moment of collection, but when medical data are not collected from him/her, the notification should be given as soon as possible. About this and relevant exceptions, see lines 5.1-5.3 of the Recommendation No. R (97) 5.

⁴⁴ The fact that someone sought treatment at the medical institution does not mean that he/she “would consent to the data being disclosed” to other (medical) institutions. See *M.S. v. Sweden*, para. 35.

⁴⁵ The Recommendation No. R (97) 5 proclaims that the data subject has the right of access and of rectification (line 8.1).

⁴⁶ The need for safeguards is all the greater where the data are under automatic processing, especially when “such data are used for police purposes” (para. 103, *S. and Marper v. The United Kingdom*).

at the request of a data subject, his or her HRD should be erased, unless they are anonymized or there is an obligation or legitimate interest (e.g., interest of public health, medical science, historical, or statistical reasons). This is also an important aspect of the principle of HRD processing minimization – time minimization. In our opinion, this principle has two aspects: (1) the collected HRD should refer to a specific period directly connected with the purpose of data processing, and (2) the HRD should be kept no longer than necessary.

According to Recital 63 of the EU GDPR, a data subject should have the right of access to personal data that has been collected about her/him, especially data concerning health, such as the data contained in medical records that include diagnoses, examination results, etc.⁴⁷ That right of a data subject especially relates to the right to know the purposes of data processing, the period for which they are processed, the recipients of data, etc.

In decision *S. and Marper v. The United Kingdom* the ECtHR states that a data subject's "concern about the possible use" of private data retained by the authorities is "legitimate and relevant" in determining whether interference exists (para. 71). Hence, the ECtHR considers that the development in the fields of genetics and informational technology⁴⁸ presents ground for "legitimate concerns about the conceivable" future use of cellular material.⁴⁹ According to the ECtHR's opinion, it is very important whether some data (*in concreto* fingerprints) contain information that allows "identification with precision in a wide range of circumstances" and that the retention of this information without the consent of the data subject "cannot be regarded as neutral or insignificant" (para. 84, *S. and Marper v. The United Kingdom*).

An extraordinarily important question is related to the subjects connected with the processing of (health-related) data (alongside the data subject). The Convention 108 (Article 2) makes a distinction between a controller, processor and recipient.⁵⁰ The controller is the subject who has "decision-making power with respect to data processing", the processor is the subject who "processes personal data on behalf of the controller", and the recipient is the subject "to whom data are disclosed or made available".⁵¹ In all these cases, the term "subject" refers to "natural or legal person, public authority, service, agency or any other body". For example, data controllers are financial institutions, universities, hospitals, government agencies that process the data of clients, students, patients, citizens. An example of a processor is a bookkeeping service hired by an enterprise.⁵² The Recommendation No. R (97) 5 proclaims that "in principle, medical data should be collected

⁴⁷ Compare with the Recommendation CM/Rec(2019)2, Chapter II 4.1g, Chapter II 11-12. The Chapter II proclaims a number of rights of a data subject that are derived from the right of access. The health professional must ensure "the effective exercise of such rights as part of their professional ethics". About the confidentiality as "a central tenet of medical ethics" that "produces better medical consequences", see Gillon, Sokol, "Confidentiality", 513-518.

⁴⁸ About the connection between technological development and medical data protection see Lindstad, Rasager Ludvigsen, "When is the processing of data from medical implants lawful? The legal grounds for processing health-related personal data from ICT implantable medical devices for treatment purposes under EU data protection law", 318-339.

⁴⁹ See also lines 4.7-4.9 of the Recommendation No. R (97) 5.

⁵⁰ The Recommendation CM/Rec(2019)2 distinct only controller from processor, while recipient is not defined. See Chapter I 3.

⁵¹ About these subjects, see Lindstad, Rasager Ludvigsen, "When is the processing of data from medical implants lawful? The legal grounds for processing health-related personal data from ICT implantable medical devices for treatment purposes under EU data protection law", 324-325.

⁵² See "Who is data controller and who is data processor?", https://www.edpb.europa.eu/sme-data-protection-guide/faq-frequently-asked-questions/answer/who-data-controller-and-who-data_en.

and processed only by health-care professionals, or by individuals or bodies working on behalf of health-care professionals” (line 3.2).⁵³

4. THE PROTECTION OF HRD IN THE ECtHR CASE LAW – THE CASE STUDY

In the following lines we will analyze one case from the ECtHR case law, in order to show how this court reasons in determining whether there is a breach of data privacy (i.e., the right from Article 8 of the ECHR). Since the relevant principles of (health-related) data processing are established in the Section 3 of this paper, we will analyze the following decision in the light of these principles.

Facts. The case we will analyze is *L.H. v. Latvia* from 2014. The applicant is a woman who gave birth in 1997 by Caesarean section, with her consent. During the surgery, the surgeon performed surgical contraception, i.e., tubal ligation *without* the applicant’s consent.⁵⁴ At the end, this woman filed a lawsuit against the hospital and she was awarded compensation for unlawful sterilization. But before that verdict, the director of the hospital in which she gave birth wrote to the Latvian Inspectorate of Quality Control for Medical Care and Fitness for Work (hereinafter: the Inspectorate) asking for the evaluation of the treatment received by the applicant during childbirth. The institutional role of the Inspectorate was to inspect and monitor the quality of medical care in Latvian medical institutions.

During that inquiry, the Inspectorate requested and received medical files from three different medical institutions, containing detailed information about the applicant’s health over that period. The Inspectorate issued a report concerning the medical treatment given to the applicant during childbirth in 1997. The report contained medical details about the applicant of a particularly private and sensitive character. It concluded that no laws had been violated, either during the applicant’s antenatal care or during childbirth.

Problems. The applicant lodged a claim with the Administrative District Court, alleging that the Inspectorate had initiated the inquiry unlawfully, since in essence its purpose had been to help the hospital to gather evidence for the impending litigation, which was outside the Inspectorate’s competence. Hence, the applicant claimed that the hospital and the Inspectorate were collaborating against her.⁵⁵ It was also alleged that the Inspectorate had acted unlawfully in requesting and receiving information about the applicant’s health, as it had violated the applicant’s right to respect

⁵³ According to the Recommendation CM/Rec(2019)2 the HRD should “in principle and as far as possible, be collected from the data subject” (Chapter II 4.1d).

⁵⁴ About the question at what time in the process the data subject must give consent, see Lindstad, Rasager Ludvigsen, “When is the processing of data from medical implants lawful? The legal grounds for processing health-related personal data from ICT implantable medical devices for treatment purposes under EU data protection law”, 332.

⁵⁵ This claim is not nonsensical since the director of the hospital requested the investigation from the Inspectorate in 2004, i.e., during the civil procedure (ended in 2006) between the applicant and the hospital. See also paras. 14, 37, and 43 of *L.H. v. Latvia*. The ECtHR stressed that “none of the legal norms cited by the Government states” provided “independent expert advice in ongoing litigation is one of the functions” of the Inspectorate (para. 55).

for her private life. That right had been further violated when the Inspectorate unlawfully transferred the applicant's data to the hospital.

Legal aspects. It is clear that there has been an interference with the applicant's right to respect her private life through the collection of the applicant's health-related data,⁵⁶ since the mere storing of the HRD is an interference in private life. But it is important to determine whether the interference complied with the requirements of Article 8 of the Convention (lawfulness, necessity and legitimate purpose).

(1) *Accordance with the law.* The relevant Latvian law was contained in the Medical Treatment Law, the Statute of Inspectorate, and the Personal Data Protection Law. The Data Protection Law provided that data processing is permitted only when the data subject gives written consent. Exceptionally, a written consent is not necessary in some situations, *inter alia*, if data collecting is "necessary for the purposes of medical treatment" or "the provision or administration of health care services".⁵⁷ Since data processing is only possible in exceptional cases without the written consent of the data subject,⁵⁸ it is crucial that the relevant provisions are precise enough in order to avoid abuse.

But the problem lies in the fact that the relevant Latvian data protection law does not limit the scope of private data that could be collected by the Inspectorate. The Latvian government stated that interference in the applicant's privacy was in accordance with the law since the Inspectorate was authorized to check the quality of health care in order to eliminate "any irregularities" in the future (para. 35-36), while the applicant claimed that the data processing was unlawful (para. 40). The ECtHR concluded that the Inspectorate "was authorised to assess the quality of medical care provided in medical institutions" both at the request of patients and at the request of medical institutions themselves (para. 48). But, as we mentioned earlier, the quality of processing matters. The ECtHR noted that the applicable legal norms described the competences of the Inspectorate "in a very general fashion" (para. 52) and the Latvian law, as in force at the relevant time, did not prescribe that the data subject must be informed *before the start* of data collecting (para. 53).⁵⁹

(2) *Necessity.* The applicant further argued that the interference in the present case were not necessary in a democratic society. For instance, the hospital could have forwarded the applicant's data to the Inspectorate without disclosing her name.⁶⁰ Indeed, there are some possibilities that could prevent the negative consequences of personal data usage. For example, personal data

⁵⁶ This was not disputable between the applicant, the respondent state, and the ECtHR, see para. 33 of *L.H. v. Latvia*.

⁵⁷ About the relationship between data subjects' consent and medical scientific researches. see Edward Dove, Jiahong Chen, "Should consent for data processing be privileged in health research? A comparative legal analysis", *International Data Privacy Law*, X, 2 (2020): 127-128. Additionally, about the data processing for scientific research purposes see the Recommendation CM/Rec(2019)2, Chapter V 15.

⁵⁸ See E. Dove, J. Chen, 120.

⁵⁹ If health-related data are shared "for purposes of providing and administering health care to an individual, the data subject shall be informed beforehand", except if this is impossible due to an emergency or when the data subject already has the information. See the Recommendation CM/Rec(2019)2, Chapter II 8.1.

⁶⁰ In *Z. v. Finland* the ECtHR concluded that the Finnish court had legal ground to "omit mentioning" the name of the data subject and since the court failed to do that, the publication of private data is a violation of Article 8 (see para. 113).

could be de-identified (anonymized), encrypted, or pseudonymized.⁶¹ These measures⁶² for data privacy preservation should be taken whenever there is a risk of revealing others' private data, especially HRD.

The ECHR notes that in the present case, the Inspectorate started to collect the applicant's medical data in 2004, seven years after her sterilization, and at the time when the applicant was involved in civil litigation with the hospital.⁶³ Taking into account this seven-year term, the ECtHR questions whether data collection is necessary for the purposes of medical treatment or the provision or administration of health care services, as required by the Latvian law (para. 50).

Since data processing is in general prohibited, the ECtHR states that the necessity for data processing after seven years is questionable, i.e., "such a broad interpretation" might not offer sufficient guarantees against the risk of arbitrariness and abuse (para. 50).⁶⁴ The data processing must rest on "sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness" which implies safeguards concerning "duration, storage, usage..." (para. 99 of *S. and Marper v. The United Kingdom*).⁶⁵ Furthermore, the ECtHR claims that the applicant had never been informed that the Inspectorate collected and processed her data and that the hospital was never given any recommendations about improving its services.⁶⁶ Also, the fact that the Inspectorate processed the applicant's HRD (1) from three different medical institutions and (2) regarding a period spanning seven years – one year before the sterilization and six years after it (from 1996 to 2003) is problematic.⁶⁷ Hence, *inter alia*, the principle of time minimization is breached.

61 Pseudonymization is the process of replacing identifying information with random numbers, codes or fictitious names, which can be linked back to the original person with additional information (reidentification), whereas anonymization is the irreversible process of rendering personal data non-personal (individuals are no longer identifiable). But "true anonymisation is hard, especially in the healthcare sector" - Lindstad, Rasager Ludvigsen, "When is the processing of data from medical implants lawful? The legal grounds for processing health-related personal data from ICT implantable medical devices for treatment purposes under EU data protection law", 319.

62 Although anonymization does not "reduce the risk of re-identification to zero" it is useful in "preserving patients' privacy". See Langarizadeh, Orooji, Sheikhtahri, "Effectiveness of Anonymization Methods in Preserving Patients' Privacy: A Systematic Literature Review", 82-83, 86.

63 Applicants claimed that the retention of the record on those who are acquitted or discharged of crimes "cast suspicion" and creates "stigma" on them that they are not "wholly innocent". But the government answered that stored records of DNA made it possible for successful prosecution for earlier crimes (paras. 89 and 93, *S. and Marper v. The United Kingdom*). In the ECtHR opinion, the perception of applicants that they are not being treated as innocent is "heightened by the fact that their data are retained indefinitely" and "in the same way" as convicted persons data (para. 122 of *S. and Marper v. The United Kingdom*).

64 See also the Recommendation CM/Rec(2019)2, Chapter II 4.1f.

65 The ECtHR in *M.S. v. Sweden* has a different view. Although the applicant's HRD from 1981 was relevant and requested from a state institution, the delivered HRD covered a period up to 1986, but the ECtHR claims that "the decisive factor in determining the scope of the imparting authority's duty to provide information is the relevance of the information rather than the precise wording of the request" (paras. 36-37).

66 On February 19, 2004, the director of the hospital requested an inquiry from the Inspectorate, which started it on February 20, 2004. The applicant was informed by telephone by the Inspectorate's staff member about the ongoing inquiry on April 10, 2004, but the applicant did not give her consent for data processing. Hence, the applicant got information about data processing, but probably the ECtHR does not accept that a phone call is relevant in this sense. Compare paragraphs 10 and 51 of *L.H. v. Latvia*. Also, the Recommendation CM/Rec(2019)2 in the Chapter III 12.1 proclaims that the data subject has the right to be familiar with data processing "without excessive delay or expense and in an intelligible form".

67 Hence, the argument of the Latvian Government that the Inspectorate "had collected the applicant's data in order to establish whether the treatment administered to her June 16, 1997 had complied with the legislation in force at the

Consequently, the ECtHR concludes that there is no direct link between data processing and procedures carried out at the hospital where the sterilization was done. In other words, the purpose of data processing was not determined precisely enough in this case. The ECtHR stresses that the Inspectorate collected applicant's HRD regardless of whether they were "potentially decisive", "relevant" or "of importance", i.e., medical data were collected indiscriminately (para. 58) without respecting the principle of minimalization.

The main problem that the ECtHR points out lies in the Latvian data protection law. Not only that the Latvian law (1) was not sufficiently precisely formulated and does not provide "adequate legal protection against arbitrariness", but also the applicable law failed to indicate with sufficient clarity the scope of discretion⁶⁸ conferred on competent authorities and the manner of its exercise (para. 59). Hence, the Latvian authorities failed the proportionality test already at the first step related to the alignment with the law. Also, the ECtHR properly stressed that it is not legitimate to collect the HRD several years after the sterilization without precisely determining the criteria for the relevance of HRD. Taking into consideration these main conclusions of the ECtHR, it is not surprising that this court concluded that Article 8 was breached and that the violation of the right to private life (i.e., its aspect regarding the HRD) exists.

5. CONCLUSION

It is undisputable that all of us are exposed to the risk of the breach of our private data on a daily basis. And that breach could lead to a number of serious consequences, especially regarding the HRD processing. The consequences of revealing someone's (health-related) data could be irreversible, like permanent discrimination against people whose HRD were revealed. Although the national and international documents recognize the importance of the protection of private data, we are convinced that the protection of HRD should be larger. The very first step is to enact the proper legal acts, such as (medical) data protection laws. Comparatively, the very exemplary is the EU GDPR, which sets out a number of principles. Also, the Convention 108, Recommendation No. R (97) 5, and Recommendation CM/Rec(2019)2 are significant.

In the current regulation, it is usual to proclaim that the HRD are in a so-called special category of data and to provide stricter conditions of their processing. This is a good step, but we are convinced that (1) the right to private data protection should be proclaimed as a separate right in legal acts, and (2) the special sensitivity of the HRD demands the special regulation on the HRD processing. The ECtHR, the institution that concretizes and develops the principles of the (health-related) data protection contained in documents under the CoE has a particularly special role in the existing and *in statu nascendi* HRD regulative. On the other hand, the EU GDPR sets high standards in this area.

material time" is not convincing and does not represent justification for processing the data from 1996 and from the following years (from 1998 on).

⁶⁸ The ECtHR states that the margin of appreciation "will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights" (para. 102, *S. and Marper v. The United Kingdom*).

The analyzed decision of the ECtHR as well as the legal viewpoint of this institution contained in other analyzed cases confirm that existing regulative is a germ developed by the ECtHR. And the decisions and views of the ECtHR, regulative under the CoE and the EU GDPR should be a pattern and a guideline for national institutions, since the domestic institutions must be the first line of defense of (health-related) data privacy.

LITERATURE

Bibliographic references

1. Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
2. Blume, Peter, "Data Protection and Privacy - Basic Concepts in a Changing World", *Scandinavian Studies in Law*, LVI, (2010):152-164.
3. Dove, Edward, Chen, Jiahong, "Should consent for data processing be privileged in health research? A comparative legal analysis", *International Data Privacy Law*, X, 2 (2020): 117-131.
4. Gillon, Raanan, Sokol, Daniel K., "Confidentiality", in *A Companion to Bioethics*, eds. Helga Kuhse, Peter Singer, 513-519. Chichester: Wiley-Blackwell, 2009.
5. Gonzalez Fuster, Gloria, Gutwirth, Serge, "Opening up personal data protection: A conceptual controversy", *Computer Law and Security Review*, XXIX, 5 (2013): 531-539.
6. Gutwirth, Serge, De Hert, Paul, "Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power", in *Privacy and the criminal law*, eds. Erik Claes, Anthony Duff, Serge Gutwirth, 61-104. Antwerp-Oxford: Intersentia 2009.
7. Hadži Stević, Brano. „Test proporcionalnosti u doba pandemije: ljudska prava versus javno zdravlje“, *Strani pravni život*, LXVII, 1 (2023): 17-43.
8. Langarizadeh, Mostafa, Orooji, Azam, Sheikhtahri, Abbas, "Effectiveness of Anonymization Methods in Preserving Patients' Privacy: A Systematic Literature Review", *Studies in health technology and informatics*, 248 (2018): 80-87.
9. Lindstad, Sarita, Rasager Ludvigsen, Kaspar, "When is the processing of data from medical implants lawful? The legal grounds for processing health-related personal data from ICT implantable medical devices for treatment purposes under EU data protection law", *Medical Law Review*, XXXI, 3 (2023): 317-339.
10. Младенов, Маријана, „Заштита права на приватност у пракси Европског суда за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XLVII, 3 (2013): 575-593.
11. Young, Robert, "Informed Consent and Patient Autonomy", in *A Companion to Bioethics*, eds. Helga Kuhse, Peter Singer, 530-540. Chichester: Wiley-Blackwell, 2009.

Legal acts, case law and internet sources

1. "Defining and using health data", <https://www.taylorwessing.com/en/global-data-hub/2022/march---health-data---getting-the-right-balance-between-innovation-and-data-protection/defining-and-using-health-data>.
2. "Privacy and data protection", <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/privacy-and-data-protection-explanatory-memo>.
3. "What is personal data?", https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en.
4. Charter on Fundamental Rights of the European Union.
5. Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.
6. ECtHR, *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, Application no. 30985/96, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-58921>.
7. ECtHR, *L.H. v. Latvia*, Application no. 52019/07, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-142673>.
8. ECtHR, *Leander v. Sweden*, Application no. 9248/81, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57519>.
9. ECtHR, *M.S. v. Sweden*, Application no. 20837/92, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58177>.
10. ECtHR, *S. and Marper v. The United Kingdom*, Applications nos. 30562/04 and 30566/04, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-90051>.
11. ECtHR, *Z. v. Finland*, Application no. 22009/93, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58033>.
12. European Convention on Human Rights.
13. General Data Protection Regulation of the European Union.
14. Recommendation CM/Rec(2019)2.
15. Recommendation No. R (97) 5.

ЗАШТИТА ЗДРАВСТВЕНИХ ПОДАТАКА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Брано Хаџи Стевић⁶⁹

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

Сажетак: Здравствени подаци (ЗП) су нарочито осетљиви и захтевају посебну заштиту. У пракси Европског суда за људска права (ЕСЉП), ЗП су заштићени чланом 8 који прокламује право на приватни и породични живот. Штавише, ЕСЉП наглашава да заштита личних података има „кључну важност“ за уживање права на приватност. Осетљивост ЗП повезана је с могућношћу откривања приватности и интимног живота појединца, што би, последично, могло довести до кршења других права, на пример, до дискриминације. У оквиру Савета Европе, једини правно обавезујући документ који се односи на заштиту података је Конвенција 108, док Препорука бр. R (97) 5 и Препорука CM/Rec(2019)2 нису правно обавезујуће, али дају смернице за регулисање питања у вези са заштитом ЗП. Сви ови документи су клице које се развијају у судској пракси ЕСЉП.

Зарад анализирања судске праксе ЕСЉП у вези са заштитом ЗП, овај рад смера да расветли значење неких појмова, као што су лични подаци, здравствени (медицински) подаци, обрада података итд. Такође, у раду се испитује: ко може прикупљати ЗП, на који начин се могу прикупљати (нарочито: да ли је неопходна сагласност лица о чијим је подацима реч), у које сврхе и колико дуго прикупљени подаци треба да се чувају? ЕСЉП истиче да је поштовање поверљивости ЗП „витални принцип“, не само у светлу права пацијената на приватност, већ и у погледу очувања поверења у здравствену заштиту и здравствене услуге.

Кључне речи: лични подаци; здравствени подаци; право на приватност; Европски суд за људска права; Конвенција 108.

⁶⁹ Виши асистент, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву ORCID iD: 0009-0001-0844-3450

ДИСЦИПЛИНСКА ОДГОВОРНОСТ ТУЖИЛАЦА У ПРАВОСУДНОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Роберт Шврака¹

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Сажетак: У раду пред нама биће говора о дисциплинској одговорности тужилаца у правосудном систему Босне и Херцеговине. Кориштењем правног метода биће анализирана законска рјешења у погледу дисциплинске одговорности тужилаца, *de lege lata* и *de lege ferenda*. Такође, анализираћемо законска рјешења у погледу ове одговорности у земљама региона које имају сличну или исту правну традицију као Босна и Херцеговина. Кориштењем социолошког метода анализираћемо на који начин су се ова рјешења остварила у стварности, односно можемо ли дати позитивну или негативну оцјену норми о позитивно правној регулативи дисциплинске одговорности тужилаца. Имајући све наведено у виду биће изнесени одређени закључци у погледу правне природе дисциплинске одговорности тужилаца те предложена одређена рјешења *de lege ferenda*.

Кључне ријечи: дисциплинска одговорност, правна одговорност, тужилац, правосудни систем Босне и Херцеговине

1. УВОД

Појам дисциплинске одговорности тужилаца јесте појам који треба посматрати у једном ширем контексту одговорности уопште. Да би се на прави начина схватила и анализирана суштина овог појма мора се одредити шта је то одговорност уопште. Имајући то у виду може се даље говорити о појму дисциплинске одговорности са свим својим специфичностима. Овај рад ће се бавити тематиком дисциплинске одговорности и то на начин да прво анализира међународне документе који су служили као подлога за регулисање овог питања у Босни и Херцеговини. Затим ће се нешто више рећи о позитивно-правном оквиру дисциплинске одговорности тужилаца у Босни и Херцеговини. Неизоставно је, такође, рећи нешто о регулисању овог питања у земљама региона које су сличне правне традиције и културе као и Босна и Херцеговина. Овдје се ради о земљама које су настале распадом бивше СФРЈ. На крају рада биће изложени закључци до којих се дошло приликом анализе овог питања.

У уводном дијелу битно је да се каже да је главна нит која се провлачи кроз цјелокупан рад та да је дисциплинска одговорност једна посебна врста одговорности у праву чије

¹ Виши асистент, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, robert.svraka@pf.unibl.org; ORCID: 0009-0008-2652-2866

постојање не би смјело да се доведе у питање. Поред кривичне одговорности која је највећа одговорност у правном поретку, грађанске одговорности, дисциплинска одговорност стоји као трећи вид одговорности и надовезује се односно надопуњује претходне двије. Аналогно томе дисциплинска одговорност судија требала би да надопуњује преостале двије одговорности тужилаца у правосудном систему Босне и Херцеговине. Приликом говора о овој теми користиће се позитивно правни метод, упоредноправни метод, историјски метод те социолошки метод. Позитивноправни метод ће бити кориштен у сврху сазнања и анализе законске регулативе питања дисциплинске одговорности тужилаца у Босни и Херцеговини. Дакле, посматрајући ово питање *de lege lata*. Упоредноправни метод ће бити кориштен у сврху сазнања каква је регулатива овог питања у земљама региона како би се на прави начин могла оцјенити законска рјешења у Босни и Херцеговини.

Анализа дисциплинске одговорности тужилаца у Босни и Херцеговини има и теоријску и практичну важност. Пре свега значајно је теоријски анализирати ово питање како би се потенцијално *de lege ferenda* искристалисала потенцијално боља рјешења од оних која тренутно постоје а када је у питању практична важност овог питања она се огледа у бољем разумјевању законских рјешења, отклањању недоумица која се могу јавити те једној врсти тумачења појмова и рјешења која се тичу овог питања.

2. ПОЈАМ ОДГОВОРНОСТИ У ПРАВУ

Дисциплинска одговорност представља један од видова одговорности у правном систему. Да бисмо боље схватили основна обиљежја дисциплинске одговорности морамо да дефинишемо шта је то одговорност уопште. Појам одговорности је везан за санкцију као елемент правне норме. Санкција као алтернативно и секундарно правило понашања не може да буде примјењена без постојања одговорности починиоца деликта односно прекршаја. У овом случају одговорност се појављује као предуслов за примјену санкције.² Ми можемо да класификујемо одговорност на више класификационих цјелина. Могли бисмо да говоримо о постојању колективне одговорности и постојању индивидуалне одговорности а да при том колективна одговорност представља у неку руку реликт прошлости. Данас у кривичном праву преовладава индивидуална одговорност заснована на постојању кривице починиоца деликта односно прекршаја. Тражи се поред постојања *actus reus* односно дјела за које се неко терети и субјективни однос починиоца према дјелу *mens rea*. Далеко је значајнија подјела одговорности према тежини учињеног прекршаја. Ту бисмо одговорност могли да подјелимо на пре свега кривичну одговорност која представља највиши степен одговорности гдје починилац трпи највише ефекте санкције јер она погађа најзаштићеније вриједности, затим грађанску одговорност односно одговорност за причињену материјалну и нематеријалну штету те на крају постојања дисциплинске одговорности³.

О постојању двије врсте одговорности у праву индивидуалне и колективне говори и Ханс Келзен. Келзен, додуше, прави подјелу на одговорност засновану на кривици и тзв.

² Драган Митровић, *Теорија државе и права*, Досије, Београд 2010, 381.

³ Митровић, 382.

апсолутну одговорност. Ако погледамо садржину ове две врсте одговорности према Келзену видимо да оне садржински одговарају индивидуалној и колективној одговорности раније поменутој. Наиме, Келзен одговорност засновану на кривици види као остваривање идеала правде који обухвата остваривање деликта било чињењем било нечињењем. Са друге стране Келзен појам апсолутне одговорности везује за непостојање психолошке повезаности између почињеног деликта и односа починиоца према деликту односно умишљаја или нехата на његовој страни. Овакву одговорност Келзен везује за примитивне правне поретке⁴. Јасно је да овакво гледиште о одговорности је скоро па истовјетно са посматрањем одговорности као индивидуалне и колективне.

Одговорност као збирни појам у праву који обухвата и дисциплинску одговорност можемо да ставимо у контекст правне обавезе. Правна обавеза и правно овлаштење су саставни дијелови правног односа заједно творећи фактички дио правног поретка. Оне су такође у корелативној вези и тако повезани доводе до тога да не можемо да говоримо о правној обавези без постојања правног овлаштења и обратно⁵. О томе говори и значајан правни теоретичар Џон Остин у свом дијелу *The Province of Jurisprudence Determined*. Суштина његовог односа према појму обавезе у праву јесте да он појам обавезе ставља у контекст његовог гледишта на сам појам правног феномена. Џон Остин припада групи позитивно-правних теоретичара који на право гледа као на „заповјест суверена“. Самим тим прописујући санкције и везујући санкције за повреду обавеза за деликт, правни поредак може да учини да људи почну испуњавати своје обавезе из страха од санкције.⁶ Овдје важи правна фикција која је иманентна скоро свим правним поредцима *ignorat iuris nocet* односно да непознавање права шкоди. У супротном било би обесмишљено и постојање правног поретка као таквог. Ово би значило да не можемо да говоримо о појму обавезе ако не уведемо појам одговорности јер се он директно надовезује за појам обавезе. Остин говори да је странка обавезана да нешто чини или не зато што је изложена злу и зато што се плаши зла⁷. То би практично значило да одговорност стоји не само као услов за примјену санкције него и као начин на који ће право да примора прекршиоца правне обавезе да се повинује присилним путем на испуњавање обавезе.

Све горе наведене врсте одговорности и кривична и грађанска и дисциплинска представљају правно уређене видове одговорности гдје имамо јасан механизам примјене санкције у случају да одређена особа почини деликт односно прекшај. Боље речено, норме које уређују поступке утврђивања кривичне, грађанске и дисциплинске одговорности су правне норме. Можемо такође да говоримо и о постојању моралне одговорности поред правне одговорности. То би било проширивање домаћаја одговорности којим се овај рад неће бавити али мора се нагласити да постоји и морална одговорност као један од видова одговорности. Дистинкција између правне и моралне одговорности лежи у самом односу између правних и моралних норми и захтјева да право мора да садржи „минимум моралности“ како то наводи Јеринг⁸.

Одредивши теоријски појам одговорности као предуслов за примјену санкције и као директну последицу постојања правне обавезе као елемента правног односа односно

⁴ Ханс Келзен. *Општа теорија државе и права*, ПФ БГ, Београд 2010, 145-146.

⁵ Снежана Савић. *Теорија државе и права*, Комесграфика, Бања Лука 2018, 390-393.

⁶ Келзен, 152.

⁷ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1832, 444.

⁸ Митровић, 372.

активирања одговорности у случају кршења правне обавезе потребно је нешто да се каже о међународном оквиру у којем је дисциплинска одговорност судија, као вид одговорности, смјештена.

3. МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ У ПОГЛЕДУ ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ТУЖИОЦА

Постоји велики број међународних докумената који регулишу питање дисциплинске одговорности тужилаца. Поглед на садржину ових докумената је битан из разлога што је законска регулатива већине земаља, па самим тим и Босне и Херцеговине, настала под директним утицајем ових докумената. Управо из тог разлога не бисмо могли да пређемо на анализу самог појма дисциплинске одговорности тужилаца у правосудном систему Босне и Херцеговине уколико не бисмо видјели шта је то послужило као узор за стварање баш таквог начина регулисања овог питања.

Међу тим документима, имајући у виду првенствено сам значај тијела који га је донијело, истичу се „Основна начела УН-а о независности правосуђа”⁹. Ова начела дају значајне принципе који уређују не само питање дисциплинске одговорности носилаца правосудних функција него и сам рад истих. Између осталог овим начелима је прокламован принцип независности судства као гране власти у демократској држави а из тог принципа у задњем дијелу начела је регулисано поступање приликом вођења дисциплинског поступка против судија и тужилаца. У 17. тачки се каже да судија и тужилац имају право на фер и правично суђење у дисциплинском поступку. На крају у тачки 20 се говори о потреби да се поступак учини двостепеним, односно да се омогући преиспитивање одлуке првостепеног органа¹⁰.

Други значајан документ који говори о овом питању јесте „Европска конвенција о људским правима”¹¹. Ради се о веома значајном документу за правни систем Босне и Херцеговине уопште с обзиром да је потписивањем Дејтонског мировног споразума Европска конвенција и људским правима постала саставни дио правног система Босне и Херцеговине. Конвенција нема директних одредби које регулишу ово питање али она посредним путем говори о бројним стварима које се тичу дисциплинске одговорности судија. Рецимо члан 6. Европске конвенције о људским правима говори о томе да свако има право на правичну јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним законом уставновљеним судом¹². Значајна је и пресумпција невиности, једна од значајних карактеристика кривичног поступка већине држава у свијету. С обзиром да је дисциплински поступак против тужилаца *sui generis* поступак са елементима и кривичног и грађанског поступка, што ћемо

9 Усвојена на седмом конгресу Уједињених нација одржаног у Милану од 26. августа до 6. септембра 1985 и потврђени од стране Генералне скупштине Уједињених нација у њеним резолуцијама 40/32 од 29. новембра 1985. и 40/146 од 13. децембра 1985. године

10 Тачке 17, 18, 19 и 20 Резолуције Уједињених Нација бр. 40/32 од 29. новембра 1985. године

11 Европска конвенција о људским правима је донесена у Риму 4. новембра 1950. године уз припадајуће протоколе који су је допуњавали, укупно 16 Протокола. Конвенција заједно са својим Протоколима је доступна на сајту www.conventions.coa.int

12 Члан 6. Европске конвенције о људским правима www.conventions.coa.int

касније да видимо, могли бисмо да закључимо да ове одредбе које се тичу начина вођења поступка предвиђеног Конвенцијом би се аналогно односиле и на дисциплински поступак против тужилаца.

Значајно је поменути још један међународни документ који регулише ово питање а то је „Универзална судијска повеља“¹³. Ова повеља говори о ограничениости радњи које се могу предузети против судије а да тиме не буде нарушена независност судија као основни принцип рада судија. Рјешење за чување независности судства а опет омогућавању да се рад судија подвргне дисциплинској одговорности јесте према овој Повељи провођење поступка од стране независног тијела са претежном заступљеношћу судија. Слично је рјешење када су у питању тужиоци.

4. ПОЗИТИВНО ПРАВНИ ОКВИР ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ТУЖИОЦА У БИХ

Анализирајући међународне документе који регулишу ово питање могли смо да видимо препоруке у погледу третирања питања дисциплинске одговорности тужилаца. Сада је потребно да се нешто више каже о проблематици дисциплинске одговорности тужιοца са аспекта регулативе овог питања у Босни и Херцеговини. Природно је да ће приликом говора о овом питању доминирати позитивно-правни метод имајући у виду да се ради о материји која је позитивно-правна. Питање дисциплинске одговорности тужιοца у Босни и Херцеговини регулисано је одредбама Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине¹⁴. Овим законом установљено је посебно Вијеће састављено од 15 чланова у чију надлежност је стављено бирање судија и тужилаца на простору Босне и Херцеговине те њихово разрешење. Поред тога Вијеће је одредбама поменутог Закона добило могућност да води дисциплински поступак како против судија тако и против тужилаца на простору Босне и Херцеговине.

Вођење дисциплинског поступка против тужιοца дио је Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине и то истакнуто у посебно поглавље, поглавље 6 Закона. Законом је предвиђено да дисциплински поступак против судије води пред Првостепеном и Другостепеном комисијом¹⁵. Првостепена комисија броји 3 члана од којих су бар два члана чланови Вијећа док Другостепена комисија такође броји 3 члана од којих су сва три члана чланови Вијећа. Законским одредбама је предвиђено да већина чланова комисије у поступку против судије морају бити судије а против тужιοца тужиоци. Оно што је специфично рјешење је да поред предвиђеног другостепеног поступка који се води пред Другостепеном комисијом предвиђена је могућност да се против одлуке Другостепене комисије уложи жалба Вијећу као цјелини а чак постоји могућност да се уложи жалба и Суду Босне и Херцеговине и то у случају да је дошло до погрешне примјене закона односно

¹³ Донесена од стране Међународног удружења судија 17. новембра 1999. године

¹⁴ „Закон о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр.25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

¹⁵ Члан 60., став 1. Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр.25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

повреде поступка¹⁶. Видимо да је овакво рјешење изузетно погодно за окривљеног судију. Већина правних система у свијету познаје контролу законитости у двостепеном поступку а као што видимо кад је у питању дисциплинска одговорност судија у Босни и Херцеговини предвиђен је редован тростепени поступак па чак у законом предвиђеним случајевима и четворостепени поступак контроле законитости донесених аката.

У дисциплинском поступку против судија улогу тужиоца има Уред дисциплинског тужиоца. За главног дисциплинског тужиоца Вијеће именује судију или тужиоца који испуњава минимум услова за именовање за судију. Мандат му траје 4 године са могућношћу реизбора. Дисциплински поступак главни дисциплински тужилац може да покрене на два начина. Први је по притужбама с тим да је он одговоран за ваљаност притужби а други начин је *ex officio* односно по службеној дужности. Уред дисциплинског тужиоца покреће поступак пред Првостепеном комисијом подношењем тужбе. Тужба мора да садржи наводне дисциплинске прекршаје те доказе који поткрепљују наведене оптужбе¹⁷. Овдје видимо да је у рад дисциплинског тужиоца уведена двострука могућност покретања поступка што је свакако прогресивно рјешење и рјешење које иде у корист расвјетљавању дисциплинских прекршаја. О свом раду Уред дисциплинског тужиоца мора да води уредну евиденцију и обавјештава Вијеће.

Законом о високом судском и тужилачком Вијећу предвиђено је да се дисциплински поступак против тужиоца води на правичан и транспарентан начин. Таксативно су предвиђена права која тужаоц има у поступку. Та права су: право да буде упознат са наводима оптужбе и право да се о наводима оптужбе изјасни усмено или писмено, право на правичну и јавну расправу пред непристрасним и Законом установљеном комисијом, право да не даје одговор на питања која би га могла подвргнути кривичном гоњењу, право да одлуке буду јавно објављене, право да уложи жалбу на по њега негативну одлуку¹⁸.

Законом су предвиђени и таксативно набројани сви дисциплински прекршаји које потенцијално тужаоц може да почини. Тако су предвиђени следећи прекршаји: одавање повјерљиве информације скопчане са радом у тужилаштву, кориштење функције тужаоца за прибављање користи, пропуштање да се тражи изузеће у случајевима у којима тужилац мора бити изузет, неоправдано кашњење у спровођењу радњи, омогућавање вршења функције тужаоцима који то законски нису у могућности да обављају, мјешање у поступање тужаоца или судије, пропуштање да се Вијећу достави информација за коју је тужаоц био у обавези да достави, коментарисање одлука Суда или Тужилаштва, кршење одредби Закона о ВСТС у погледу информација о имовини тужаоца, упуштање у активности неспојиве са послом тужаоца, кршење Етичког кодекса који могу довести до нарушавања угледа професије, поступање са пристрасношћу те прихватање поклона који за циљ има доношење одлуке односно предузимање или непредузимање неке радње. Посебно су ставом 2. регулисани дисциплински прекршаји главног тужаоца а они обухватају кршење прописа којим се регулишу послови руковођења, кршење прописа у погледу додјеливања предмет у рад, неподношење

16 Члан 60. ставови 5, 6, 7. Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр. 25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

17 Члан 64. ставови 1, 2, 3. Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр. 25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

18 Члан 68. Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр. 25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

дисциплинске пријаве против тужиоца у том тужилаштву којим главни тужилац руководи и пропуштање да се Вијећу достави информација коју је био дужан да достави.¹⁹

Дисциплинске мјере које су предвиђене Законом обухватају: писмену опомену која се јавно не објављује, јавну опомену, смањење плате до 50% на период од једне године, привремено или трајно упућивање у друго тужилаштво, премјештање са мјеста главног тужиоца или замјеника на мјесто тужиоца те разрешење дужности тужиоца. Предвиђена је и алтернативна мјера која обухвата могућност да тужилац буде упућен у програм рехабилитације, савјетовања и стручног усавршавања²⁰. Код одмјеравања казне у дисциплинском поступку слично као у кривичном поступку нарочито се води рачуна о тежини учињеног прекршаја те да ли се ради о рецидивисти или не, степену одговорности односно да ли је прекршај почињен са умишљајем или нехатом, околностима под којима је прекршај почињен, досадашњем раду почињеном и његовом понашању те другим релевантним околностима²¹.

Оно што је специфичност дисциплинског поступка против тужиоца у Босни и Херцеговини и што овај поступак разликује од земаља у региону а можемо слободно рећи и у европским оквирима јесте институт Споразума о заједничкој сагласности. Овај Споразум омогућује дисциплинском тужиоцу и окривљеном тужиоцу да се нагоде око признања почињеног дисциплинског прекршаја те о висини и врсти казне. Потписан споразум у писаној форми се доставља предсједнику Вијећа који када га заприми мора да оформи дисциплинску комисију која ће да разматра садржај Споразума. Уколико комисија већином гласова прихвати Споразум онда се тим чином окончава поступак против тужиоца те се активира казна предвиђена Споразумом а уколико комисија одбије да прихвати Споразум она то мора у писаној форми да образложи. У другом случају предвиђена је могућност да Дисциплински тужилац може у року од 90 дана од одбијања Споразума да покрене дисциплински поступак као да до Споразума није ни дошло²². Институт Споразума о заједничкој сагласности је сличан институту Споразума о признању кривице који је предвиђен кривичним законодавством Републике Српске и Босне и Херцеговине а који омогућује тужиоцу и окривљеном у кривичном поступку да се нагоде о учињеном кривичном дјелу те казни²³. Слично као што суд може да прихвати или одбије Споразум о признању кривице на тај начин поступајући у дисциплинском поступку против тужиоца и Дисциплинска комисија има могућност да прихвати или одбије Споразум о заједничкој сагласности.

19 Члан 57. Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр.25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

20 Члан 58. Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр.25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

21 Члан 59. Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр.25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

22 Члан 69. Закона о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр.25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

23 Видјети члан 231. Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр. 3/03, 26/04, 63/04, 13/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/09, 16/09, 53/09, 93/09, 72/13, 65/18.

5. АНАЛИЗА ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ТУЖИОЦА У ЗЕМЉАМА РЕГИОНА

У претходном поглављу могли смо да видимо уз употребу правног метода начин на који је питање дисциплинске одговорности тужиоца регулисано у правном систему Босне и Херцеговине. Сада ћемо употребом упоредноправног метода видјети како је то питање третирано у сусједним земљама. У ту сврху су за анализу изабране земље које су сличне правне културе и традиције као Босна и Херцеговина и које су до скоро са Босном и Херцеговином биле дио исте државне заједнице Југославије. Упоређујући рјешења која постоје у Босни и Херцеговини са рјешењима земаља у региону можемо добити одговор о квалитету регулације овог питања у Босни и Херцеговини.

Република Хрватска као извор права у погледу дисциплинске одговорности судија и тужиоца примјењује прије свега Устав Републике Хрватске, затим Закон о државном судбеном вијећу те Закон о државном одвјетништву. Државно судбено вијеће је правосудна институција слична Високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине чији је главни задатак да бира судије и тужиоца као и Вијеће у Босни и Херцеговини. Такође, слично као у Босни и Херцеговини Државно судбено вијеће води и дисциплински поступка против судија и тужиоца²⁴. Разлика у односу на дисциплински поступка против тужиоца у Босни и Херцеговини је та што поступак може да покрене одређени број тужилаца (по функцији) који покретањем поступка постају страна у спору.

У Републици Србији вођење дисциплинског поступка против судија и тужиоца регулисано је Законом о уређењу судова и Законом о јавном тужилаштву²⁵. У овим законима слично као у Босни и Херцеговини јасно су дефинисани дисциплински прекршаји због којих судија и тужиоц могу да одговара те предвиђене санкције за почињене прекршаје. Разлика у односу на поступак у Босни и Херцеговини јесте да не постоји разрешење тужиоца као дисциплинска санкција, да се поступак покреће само по пријавама грађана а не *ex officio* те да је цјелокупан поступак окарактерисан као хитан.

Сјеверна Македонија је дисциплински поступак против судија и тужиоца регулисала Законом о судском савјету Сјеверне Македоније²⁶. Македонија слично као и Хрватска односно Босна и Херцеговина припадају групи европских земаља које избор судија и тужиоца врше путем посебне институције које се у Босни и Херцеговини зове Високо судско и тужилачко вијеће, у Хрватској Судбено вијеће а у Сјеверној Македонији Судски савјет. Судски савјет као и Вијеће у Босни и Херцеговини чланове дисциплинске комисије бира из својих редова. Поступак је Законом окарактерисан као грађанско-правни а постоји могућност жалбе на одлуке дисциплинске комисије самом Савјету, слично као у Босни и Херцеговини Вијећу као цјелини.

Црна Гора је своје питање дисциплинске одговорности судија и тужиоца рјешила Законом о судском савјету²⁷. Судски савјет је институција истог назива а и истих надлеж-

²⁴ Закон о државном судбеном вијећу, „Народне Новине“, бр. 71-05-03/1-10-2.

²⁵ Закон о уређењу судова, „Службени гласник РС“, бр. 10/23., Закон о јавном тужилаштву, „Службени гласник РС“, бр. 10/23.

²⁶ Закон о судском савјету, „Службени гласник Сјеверне Македоније“, бр. 102/19.

²⁷ Закон о судском савјету, „Службени лист Црне Горе“, бр. 011/15, 028/15, 042/18.

ности као Судски савјет у Сјеверној Македонији. Постоји такође и истовјетност процедуре у погледу чланова дисциплинске комисије те жалбеног поступка.

6. ЗАКЉУЧАК

Имајући све наведено у виду можемо да изнесемо одређене закључке до којих се дошло приликом теоретске анализе питања дисциплинске одговорности тужиоца у Босни и Херцеговини. Питање дисциплинске одговорности се првенствено стављало у контекст приче о независности судске и тужилачке професије као једном од темеља постојања судства у модерној демократској држави. Принцип независности тужилаштва није неспојив са дисциплинском одговорношћу тужиоца. Независност тужилаштва се треба посматрати као релативна независност а то значи да дисциплинска одговорност тужиоца треба уз кривичну и грађанску одговорност да буде једна од брана тежњама тужилаштва да има апсолутну независност. Када би то био случај тужилаштва би постали екстра-правни фактор, нека врста правног Левијатана што свакако није прихватљиво са аспекта модерне државе. У Босни и Херцеговини законска регулатива овог питања се може оквалификовати као изузетно позитивна чак и прогресивна у доста својих видова. Не само да она оправдава очекивања која произилазе из међународних докумената него неби било неоправдано да се законска регулатива Босне и Херцеговине у погледу дисциплинске одговорности тужиоца оцјени као најсвеобухватнија у региону.

Регулатива дисциплинске одговорности тужиоца у Босни и Херцеговини садржи бројна напредна рјешења. Пре свега можемо да говоримо о вишестепености поступка, који је тростепен па чак и четворостепен уколико у обзир узмемо могућност улагања жалбе Суду Босне и Херцеговине под Законом предвиђеним условима. Затим, као изузетно напредно рјешење би се могао окарактерисати Споразум о заједничкој сагласности. Овај споразум, под условом да га прихвати Дисциплинска комисија Вијећа, омогућује значајно убрзавање поступка и економично рјешавање дисциплинских прекршаја тужиоца. У прилог тези да је законска регулатива питања дисциплинске одговорности судија у Босни и Херцеговини испунила очекивања иде и чињеница да је до сада вођено преко 200 дисциплинских поступака против судија и тужилаца у Босни и Херцеговини. Дакле, јасно се види да се овдје не ради о раскораку између нормативног и стварног. Позитивна страна законске регулативе у Босни и Херцеговини је и чињеница да се поступак може покренути и по службеној дужности *ex officio* што није случај у Србији рецимо.

Правна природа дисциплинског поступка против тужиоца садржи елементе и грађанског и кривичног поступка, односно можемо рећи да је хибридног карактера. Док су неки дисциплински поступци против тужиоца, као рецимо у Македонији, изричито оквалификовани као грађанско-правни поступци у Босни и Херцеговини је за сва питања која нису регулисана Законом о високом судском и тужилачком вијећу супсидијарно предвиђена примјена Закона о парничном поступку. Дало би се наслутити да је овдје у питању класични грађански поступак. Међутим, сама терминологија и номотехника кориштена у Закону упућује да поступак има доста елемената кривичног поступка. Такви су елементи рецимо таксативно нормирање које је својствено кривичном поступку гдје влада начело *nullum crimen*

sine lege, nulla poena sine lege, затим одмјеравање казне које је скоро па аналогно одмјеравању казне у кривичном поступку и на крају Споразум о заједничкој сагласности који је пандан Споразуму о признању кривице из кривичног поступка. Због тога је оправдан закључак да је дисциплински поступак у којем се утврђује дисциплинска одговорност тужиоца у Босни и Херцеговини хибридног карактера са елементнима и грађанског и кривичног поступка.

ЛИТЕРАТУРА

- Драган Митровић, *Теорија државе и права*, Досије, Београд 2010.
Dragan Mitrović, *Theory of State and Law, Dosije*, Beograd 2010.
Снежана Савић, *Теорија државе и права*, Комесграфика, Бања Лука 2018.
Ханс Келзен, *Општа теорија државе и права*, ПФ БГ, Београд 2010.
Радомир Лукић, Будимир Кошутећ, *Увод у право*, Службени гласник, Београд 2008.
John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1832
Резолуција Уједињених нација бр.40/32 и 40/146 од 29.ноцембра и 13.децембра 1985.
United Nation resolution number 40/32 and 40/146 from 29th november and 13th december 1985.
Европска конвенција о људским правима, www.conventions.coa.int
European convention of human rights, www.conventions.coa.int
Универзална судијска повеља од 17.ноцембра 1999.
Закон о високом судском и тужилачком савјету Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“ бр. 25/04, 93/05, 48/07, 15/08.
Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, бр. 3/03, 26/04, 63/04, 13/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/09, 16/09, 53/09, 93/09, 72/13, 65/18.
Закон о државном судбеном вијећу, „Народне Новине“, бр. 71-05-03/1-10-2.
Закон о уређењу судова, „Службени гласник РС“, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11.
Закон о јавном тужилаштву, „Службени гласник РС“, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 78/11.
Закон о судском савјету, „Службени гласник Сјеверне Македоније“, бр. 102/19.
Закон о судском савјету, „Службени лист Црне Горе“, бр. 011/15, 028/15, 042/18.

LITERATURE

- Dragan Mitrović, *Theory of State and Law, Dosije*, Belgrade 2010.
Snežana Savić, *Theory of State and Law, Komesgrafika, Banja Luka* 2018.
Hans Kelzen, *General Theory of State and Law, Faculty of Law of the University of Belgrade*, 2010.
Radomir Lukić, Budimir Košutić, *Introduction to Law, Official Gazette, Belgrade* 2008.
John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1832
United Nation resolution number 40/32 and 40/146 from 29th November and 13th December 1985.

European Convention on Human Rights, www.conventions.coa.int

European convention of human rights, www.conventions.coa.int

Universal Judicial Charter of 17th November 1999.

Law on the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of BiH, no. 25/04, 93/05, 48/07, 15/08.

Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina, "Official Gazette of BiH", No. 3/03, 26/04, 63/04, 13/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/09, 16/09, 53/09, 93/09, 72/13, 65/18.

Law on the State Judicial Council, "Narodne Novine", No. 71-05-03/1-10-2.

Law on the Organization of Courts, "Official Gazette of the Republic of Serbia", No. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11.

Law on Public Prosecutor's Office, "Official Gazette of the Republic of Serbia", No. 116/08, 104/09, 101/10, 78/11.

Law on Judicial Council, "Official Gazette of North Macedonia", No. 102/19.

Law on Judicial Council, "Official Gazette of Montenegro", No. 011/15, 028/15, 042/18.

DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF PROSECUTORS IN THE JUDICIAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Robet Švraka²⁸

Faculty of Law of the University of Banja Luka

Summary: *In this work we will talk about discipline responsibility of prosecutors in judicial system of Bosnia and Herzegovina. By using legal method we will analyze legal solutions regarding discipline responsibility of prosecutors, de lege lata and de lege ferenda. Also, we will analyze some legal solutions concerning this type of responsibility in the countries of Balkan region who have same or similar legal tradition like Bosnia and Herzegovina. By using social method there will be analyzed in which way this solutions were expressed in Bosnia legal reality and what type of evaluation positive or negative we can give regarding this topic. If we have everything in mind we will present some conclusions regarding discipline responsibility of prosecutors and suggest some future solutions de lege ferenda.*

Keywords: *discipline responsibility, legal responsibility, prosecutor, judicial system of Bosnia and Herzegovina*

²⁸ Senior assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka, robert.svraka@pf.unibl.org; ORCID ID: 0009-0008-2652-2866

IZAZOVI REFORME OPŠTEG UPRAVNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Nevenko Vranješ¹

Fakultet političkih nauka Univerzitet u Banjoj Luci

Sažetak: U Bosni i Hercegovini postoje četiri zakona o opštem upravnom postupku na četiri nivoa upravne vlasti. Konkretnije, ovi zakoni u sličnom obliku postoje na nivou države, oba entiteta i na nivou Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Od njihovog prvog donošenja uz manje modifikacije do danas prosječno je proteklo više od dvadeset godina. Imajući u vidu intenzitet upravne djelatnosti, reformu javne uprave, reformu upravnih postupaka u regionu, razvoj evropskog upravnog prostora, razvoj e-uprave i savremene tendencije u javnoj upravi radi se o veoma zastarjelim zakonima u kojima nalazimo elemente arhaičnosti. Neophodnost reforme ovih zakona nije potrebno posebno naglašavati. Najzad, sve zemlje Zapadnog Balkana izvršile su prije više od deceniju značajniju reformu njihovih opštih upravnih postupaka. Međutim, u zemlji složene ustavne i uprave strukture kakvom se Bosna i Hercegovina ima smatrati reforma opšteg upravnog postupka predstavlja složeno pitanje.

Predmet ovog rada su izazovi reforme opšteg upravnog postupka u Bosni i Hercegovini. Rad polazi od pretpostavke da je postojeći opšti upravni postupak potrebno reformisati, nadograditi i u njega unijeti nove institute kako bi on u svemu pratio i doprinio ostvarenju modela dobre javne uprave te olakšao zadovoljenje potreba građana ali i poslovne zajednice. Nakon opservacije domaćeg opšteg upravnog postupka, identifikacije spornih instituta, rad daje uporednopravni prikaz i iskustva reforme opšteg upravnog postupka zemalja u regionu te predlaže buduće reformske zahvate u ovoj oblasti u Bosni i Hercegovini. U radu će se koristiti metoda analize sadržaja, metoda pravne egzegeze, aksiološka i uporednopravna metoda.

Ključne riječi: Zakon o opštem upravnom postupku, upravni postupak, reforma opšteg upravnog postupka i dobra uprava.

1. NASTANAK, POJAM I ZNAČAJ UPRAVNOG POSTUPKA

Kodifikacija opšteg upravnog postupka u Evropi veže se za početak XX vijeka. Od evropskih zemalja prvu kodifikaciju vrši Austrija 1925. godine, kada je donijela Zakon o opštem upravnom postupku i Zakon o administrativnom izvršenju, a potom su 1928. godine Čehoslovačka i Poljska donijele uredbe kojima su propisale pravila upravnog postupanja. Kraljevina Jugoslavije donosi

¹ Vanredni profesor na Fakultetu političkih nauka, doktor pravnih i političkih nauka, Univerzitet u Banjoj Luci i Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine, email: nevenko.vranjes@fpn.unibl.org. ORCID No. <https://orcid.org/0000-0003-0006-9449>.

ZUP 1930. godine. Značajno kasnije, nakon Drugog svjetskog rata to čine, Mađarska (1957. godine), Španija (1958. godine), Švajcarska (1968. godine), Bugarska (1970. godine), Njemačka (1977. godine) i tako dalje. Valja napomenuti da su SAD kodifikaciju upravnog postupka izvršile kroz donošenje zakona 1976. godine dok su pravila upravnog postupka u Francuskoj sadržana u praksi Državnog savjeta (*Conseil d'Etat*) kao svojevrsnog Upravnog suda.² Nakon Drugog svjetskog rata, norme upravnog postupka najprije nalazimo u Opštem zakonu o narodnim odborima iz 1952. godine kao i u normama republičkih zakona o Narodnim odborima te poreskim i drugim zakonima. Prvi kodifikovani poslijeratni zakon tadašnja FNRJ donosi 1956. godine pod nazivom Zakon o opštem upravnom postupku.³ U cilju usklađivanja sa Ustavom SFRJ, ovaj zakon je mijenjan i dopunjavan 1965, a zatim i tokom 1977, 1978. i dva puta tokom 1986. godine.⁴ Republika Srpska je nakon dugogodišnje primjene jugoslovenskog ZUP svoj prvi ZUP usvojila tek 2002. godine.⁵ Federacija BiH je to uradila značajno ranije pa je Zakon o upravnom postupku donesen početkom 1998. godine, i do danas je dva puta mijenjan i dopunjavan.⁶ Najzad, ZUP Brčko Distrikta donesen je 2000. godine i od tada je izmijenjen i dopunjen šest puta prije konsolidovane verzije 2011. godine, a nakon toga još dva puta.⁷ Zajedničko za sve navedene zakone je njihova zastarjelost, arhaičnost i odsustvo savremenih instituta upravnog postupka.

Zakon o (opštem) upravnom postupku, u daljem tekstu - ZUP spada u formalne odnosno procesne propise budući da sadrži skup pravila po kojima se određuje način postupanja i preduzimanja radnji od strane ovlašćenih subjekata (organa i organizacija), bilo državnih ili nedržavnih (s javnim ovlašćenjima), prilikom primjene materijalno-pravnih propisa na konkretne situacije. Pravilno provođenje postupka je uslov za pravilnu primjenu materijalnog prava.⁸ Dakle, ZUP ne propisuje konkretna prava u određenoj oblasti društvenih odnosa, kako to čine materijalni zakoni već on propisuje obavezna i formalna pravila postupanja organa na putu ostvarivanja konkretnog prava, koje je ponavljamo, propisano nekim drugim zakonom. Upravni postupak je zapravo način na koji organi uprave obavljaju svoje poslove i upravljaju odgovornostima.⁹ Definicija upravnog postupka ima koliko i autora koji se upuštaju u njegovo teorijsko određenje. Tako, "Upravni postupak je sistem pravno uređenih radnji i akata uprave kojima se rješava o pojedinačnim pravima, obavezama i pravnim interesima pojedinaca i pravnih lica". Konkretnije, "upravni postupak je postupak donošenja upravnih akata (rješenja i zaključaka) u konkretnim upravnim stvarima."¹⁰ Upravni postupak podrazumijeva proceduralna pravila na osnovu kojih se rješava o

² Uporediti: Slavoljub Popović i Milan Petrović, *Upravno pravo, opšti deo, novo izmenjeno izdanje* (Niš: Sven, 2011), 172-173.

³ *Zakon o opštem upravnom postupku*, „Službeni list FNRJ“, br. 52/56.

⁴ „Službeni list SFRJ“, br. 10/1965, 4/1977, 11/1978, 9/1986 i 16/1986.

⁵ *Zakon o opštem upravnom postupku*, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 3/2002, 87/2007 - ispr., 50/2010 i 66/2018. Zakon je stupio na snagu 26. marta 2002. godine.

⁶ *Zakon o upravnom postupku*, Službene novine Federacije BiH, br. 2/1998, 48/1999 i 61/2022.

⁷ *Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta BiH*, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 48/2011 - prečišćen tekst, 21/2018 i 23/2019.

⁸ Ivo Borković, „Opći upravni postupak i poreznopravna postupovna pravila“, *Hrvatska javna uprava*, br. 1/1999, (1999): 43.

⁹ Barnes, Javier, "Administrative Procedure", in Peter Cane, and others (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* (2020; online edn, Oxford Academic, 15 Dec. 2020), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198799986.013.47>, accessed 16 Nov. 2024.

¹⁰ Predrag Dimitrijević, *Upravno pravo, opšti deo, knjiga druga* (Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 2008), 5.

upravnim stvarima i donose upravni akti odnosno upravni postupak je postupak donošenja rješenja.¹¹ „Upravni postupak predstavlja skup pravno uređenih radnji i procesnih odnosa nadležnog organa, stranke i drugih učesnika pri utvrđivanju činjenične podloge za primjenjivanje propisa u konkretnim životnim slučajevima od javnog interesa, u upravnim stvarima. Upravni postupak služi donošenju upravnih akata („rješavanje u upravnim stvarima“), njihovom izvršenju („administrativno izvršenje“) i upravnopravnoj provjeri njihove pravilnosti („pravna sredstva“).¹² U svom užem pravnom značenju, upravni postupak predstavlja „precizno utvrđeni niz radnji podvrgnutih posebnom pravnom režimu koje uprava preduzima u neposrednoj primjeni i izvršavanju zakonskih i podzakonskih akata na pojedinačne pravne situacije građana i organizacija, i to sa pozicije vršenja državne vlasti. Kako jedan od zakonom utvrđenih načina procesnopravnog postupanja, upravni postupak predstavlja svojevrsan vid odlučivanja o pravima, obavezama i pravnim interesima pojedinaca, pravnih lica i drugih subjekata“.¹³ ZUP-ovi se uglavnom ne upuštaju u određenje upravnog postupka ali u Zakonu o opštem upravnom postupku važećem u Republici Srbiji već u članu 1. nalazimo određenje da je upravni postupak „skup pravila koja državni organi i organizacije, organi i organizacije pokrajinske autonomije i organi i organizacije jedinica lokalne samouprave, ustanove, javna preduzeća, posebni organi preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija i pravna i fizička lica kojima su povjerena javna ovlašćenja primjenjuju kada postupaju u upravnim stvarima“.¹⁴ Određenje upravnog postupka ne nalazimo u ZUP-ovima u BiH.

Značaj upravnog postupka odnosno normiranja upravnog rada nije potrebno posebno naglašavati. Najkraće rečeno, upravni postupak je put ka ostvarivanju valjanosti upravnog rada ali i vladavine prava i pravne države. Upravni postupak podvrgava upravu pravnom režimu te sprečava arbitrarnost i samovolju uprave. Na taj način se štite prava i pravni interesi građana od samovolje političke vlasti. Najzad, cilj je obezbijediti jedinstveno i jednako postupanje organa uprave prema svim subjektima, učesnicima upravne djelatnosti i upravnog postupka. Imajući u vidu mnogobrojnost organa uprave, širinu upravnih poslova, intenzitet i frekvenciju upravne djelatnosti, upravni postupak ima za cilj da „zavede u velikoj mjeri pravno jedinstvo“ među učesnicima.¹⁵ U Njemačkoj se poseban značaj pridaje Zakonu o opštem upravnom postupku. Smješten između Osnovnog zakona i specifičnih sektorskih upravnih zakona, ZUP funkcioniše kao transmisija, koja prenosi standarde ustavnog prava na svakodnevnu upravnu praksu. ZUP predstavlja stabilizirajući stub upravnog prava u cjelini. On sistematizuje centralne pravne institucije, tako da se, bez obzira na to koji specifični upravni zakon važi u konkretnom slučaju, koriste isti osnovni obrasci. Ovo uspostavlja transparentnost i predvidljivost. Takođe, upravni postupak utiče na ostvarivanje ljudskih prava i određuje nivo pravne zaštite prava građana. Upravni postupak može da doprinese ostvarivanju određenih širih društvenih vrijednosti kao što su vladavina prava, zakonitost, suzbijanje korupcije, podizanje nivoa transparentnosti u javnoj upravi, odgovorna i efikasna javna administracija itd.¹⁶ Važi i obrnuto, upravni postupci kao materijalni dio upravne tehnologije odgovorni

11 Stevan Lilić, *Upravno pravo, Upravno procesno pravo* (Beograd: Pravni fakultet i Službeni glasnik, 2009), 282.

12 Zoran Tomić, *Opšte upravno pravo, peto, skraćeno i osavremenjeno izdanje* (Beograd: Pravni fakultet i Službeni glasnik, 2009), 247.

13 Mirjana Rađenović, *Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora* (Banja Luka: Pravni fakultet, 2016), 27.

14 Čl. 1 Zakona o opštem upravnom postupku, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 18/2016, 95/2018 - autentično tumačenje i 2/2023 - odluka US).

15 Ivo Krbek, *Zakon o opštem upravnom postupku* (Zagreb: Obnova, 1931), 10.

16 Uporediti: Jan Zickow, „Administrative procedures and processes“ in *Public Administration in Germany* (ed. Sabine Kuhlmann, Isabella Proeller, Dieter Schimanke, Jan Ziekow), International Institute of Administrative Sciences

su, u velikoj mjeri, za neefikasnost javne uprave jer stvaraju previše složeno i previše detaljno zakonsko uređenje koje imitira formalne i složene sudske postupke što dovodi do povećanja neefikasnosti javne uprave.¹⁷

2. SADAŠNJE STANJE I REFORMA UPRAVNIH POSTUPAKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Kao što smo već naglasili, svi važeći ZUP-ovi u BiH naslanjaju se na tradiciju Austrije u ovoj oblasti. Pored toga, najveći broj članova važećih zakona je identičan onima iz ZUP-a bivše SFRJ. Struktura i sadržaj zakona ne razlikuje se u bitnome između različitih nivoa.

ZUP-ov „definišu sljedećih 16 do 17 osnovnih načela: područje primjene ZUP-a na osnovu kriterijuma funkcije javne uprave; posebni postupci; supsidijarna primjena ZUP-a; načelo zakonitosti; zaštita prava građana i javnog interesa; načelo efikasnosti; načelo materijalne istine; načelo prava na odgovor; načelo slobodne ocjene dokaza; načelo samostalnosti u rješavanju; pravo žalbe; načelo konačnosti i pravosnažnosti akta; načelo ekonomičnosti postupka; načelo pomoći stranci i načelo upotrebe jezika i pisma. Uz to, ZUP BiH predviđa načela pristupa informacijama i zaštite podataka (od 2013. godine) i načelo javnosti. Prethodno predviđeni princip transparentnosti zamijenjen je širim načelom pristupa informacijama i zaštite podataka zbog tehničkih razloga baziranih na uvođenju elektronske komunikacije i novog propisa o zaštiti podataka.“¹⁸ Postojeći ZUP-ovi ne propisuju e-servise, upravne ugovore, garantne akte, zaštitu prava građana u odnosu na realne akte, institut prigovora i dr.

U pogledu pravnih lijekova, propisuje se njih sedam. Pored žalbe kao redovnog pravnog lijeka postoje i vanredni pravni lijekovi koji se dalje dijele na obnovu postupka, sa jedne strane i posebne slučajeve poništavanja, ukidanja i mijenjanja rješenja sa druge strane. Oni obuhvataju pet pravnih lijekova: 1) mijenjanje i poništavanje rješenja u vezi sa upravnim sporom; 2) poništavanje i ukidanje rješenja po pravu nadzora; 3) ukidanje i mijenjanje pravosnažnog rješenja uz pristanak ili na zahtjev stranke; 4) vanredno ukidanje rješenja i 5) oglašavanje rješenja ništavim. Uz to, ZUP FBiH i ZOUP RS sadrže dodatni vanredni pravni lijek koji se naziva „zahtjev za zaštitu zakonitosti“ koji je uklonjen iz drugih ZUP-ova u postupku revizije.¹⁹

Svjesni činjenice da je pitanje upravnog odlučivanja centralno pitanje reforme javne uprave, vlasti u BiH ističu potrebu reforme postojećeg stanja, a u prvoj donesenoj Strategiji reforme javne uprave od 2016. godine, navedena je potreba reforme upravnog odlučivanja, pojednostavljivanja upravnih postupaka, uvođenje IT u upravne postupke i dr. Konkretnije, definisane su sljedeće reformske mjere: uspostaviti program za pojednostavljenje upravnih postupaka za sve nivoe vlasti

(IIAS), (London: Palgrave MacMillan 2021), 169-170. https://library.oapen.org/bitstream/id/fecf05b2-1d66-4c70-ae7c-e7dcac64af99/2021_Book_PublicAdministrationInGermany.pdf, 30.11. 2024.

¹⁷ O povezanosti postupanja uprave i vladavine prava, šire vidjeti: Nevenko Vranješ i Bojan Vlaški, „Pravno na dobru upravu u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na ljudska prava“, *Politeia*, br. 24/2022, (Banja Luka: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci i Beograd: Institut za političke studije, 2022), 81-96.

¹⁸ Ivan Koprić, at. al., „*Legal Remedies in Administrative Procedures in Western Balkans, Comparative Study*“, (Danilovgrad: Regional School for Public Administration – ReSPA, 2016), 23.

¹⁹ *Ibid.*, p. 23-24.

u BiH koji sadrži zakonodavne, mjere uspostavljanja, IT mjere, te mjere za jačanje ljudskih kapaciteta; unaprijediti postupke shodno modernim evropskim standardima upravnog odlučivanja, kao što su: uključivanje minimuma procesnih zahtjeva primjenjivih u praksi u zakone o upravnom postupku; omogućavanje jače uloge drugostepenih organa u ocjenjivanju činjenica prilikom odlučivanja o zahtjevu stranke; uvođenje elektronske komunikacije između organa uprave i stranaka; povećanje pritiska na organe uprave da što brže donose odluke, što bi trebalo smanjiti broj slučajeva „ćutanja uprave“; ukidanje ili prilagođavanje sistema vanrednih pravnih lijekova i usaglašavanje legislative sa standardima u zemljama EU, što od sudova zahtijeva potpunu reviziju svih slučajeva u javnoj upravi; uvođenje registara procedura da bi se učinila optimalnom raspodjela odgovornosti i ovlaštenja za upravno odlučivanje i smanjio broj tzv. „posebnih procedura“ iz važećih propisa i smanjiti upotrebu „posebnih postupaka“ u materijalnim zakonima.²⁰ Prema ocjeni, u reformskoj oblasti Upravni postupci i upravne usluge u prosjeku je realizovano 66% ciljeva od kojih je najveći broj ciljeva realizovan u potpunosti ili djelimično kroz izmjene i dopune legislative. Navedenim izmjenama i dopunama unaprijeđene su određene odredbe zakona „poput odredbe o obaveznom meritornom odlučivanju drugostepenog organa u slučaju izjavljene ponovne žalbe u istom predmetu, kao i sankcionisanje prvostepenog organa ukoliko ne postupi po preporuci drugostepenog organa. Uveden je institut rekonstrukcije spisa, a svaki od ZUP-ova ima odredbe koje obavezuju državne službenike da prilikom rješavanja predmeta kod utvrđivanja činjeničnog stanja po službenoj dužnosti pribavljaju podatke o činjenicama o kojima se vode službene evidencije kod drugih organa. ZUP-ovi također sadrže odredbe o izjednačavanju elektronskih podnesaka i pismena sa printanim primjerkom.“²¹ Zatim, uvedena je mogućnost dobijanja izvadaka iz matičnih knjiga izvan mjesne nadležnosti organa, što i jeste krucijalan ishod ove reforme u odnosu na građane. Kroz različite projekte izvršena je obuka velikog broja službenika koji provode upravne postupke.

Strateški okvir za reformu javne uprave 2018-2022, u komponenti odgovornost, u analizi stanja ističe nisku efikasnost upravnog postupka. Shodno navedenom, predviđena je i konkretna mjera br. 3 Unapređenje upravnopravnog okvira, a koja se tiče unapređenja upravnopravnog okvira kojim je uređena interakcija pružalaca i korisnika usluga. Ova mjera treba da uspostavi unificirane registre posebnih procesnih normi i analiza koje će se moći izvesti iz navedenih registara te da identifikuje koje su posebne procesne odredbe sadržane u drugim zakonima neopravdane te kao takve usložnjavaju upravne postupke i korisnicima usluga nameću dodatna administrativna opterećenja i nepotrebne formalnosti te ih u konačnici treba ukinuti. Kao indikator naveden je procenat redukovanih posebnih procesnih normi koje su se pokazale kao neopravdane u smislu usložnjavanja sistema upravnog postupanja za krajnje korisnike usluga na svakom upravnom nivou.²² Pripadajući Akcioni plan je predvidio osam aktivnosti u cilju realizacije ove mjere. Aktivnosti *inter alia*, obuhvataju utvrđivanje kataloga usluga sa izuzecima od primjene odredaba opšteg upravnog postupka; utvrđivanje jedinstvene metodologije smanjenja formalnosti i opterećenja; formiranje registara (kataloga) posebnih upravnih postupaka; proces pojednostavljenja pojedinih upravnih postupaka; kontinuirano unapređenje ZUP-ova uključujući i digitalnu transformaciju; uvođenje IT platforme za praćenje provođenja ZUP-ova i kontinuirane programe obuka za unapređenje ZUP-ova sa

²⁰ „Strategija reforma javne uprave u Bosni i Hercegovini“, (Sarajevo: Savjet ministara BiH, 2006), 42.

²¹ „Analiza provođenja Strategije reforme javne uprave“, (Sarajevo: Kancelarija koordinatora za reformu javne uprave, 2016), 36.

²² Strateški okvir za reformu javne uprave u Bosni i Hercegovini 2018-2022, (Sarajevo: Savjet ministara, 2018), 53.

naročito pažnjom na digitalnu transformaciju.²³ Ovakvu zamisao nalazimo ambicioznom iako i dalje možemo izraziti rezerve da li bi navedeno ispunilo očekivanja modela dobre uprave budući da se ne razmatraju neki ključni instituti poput upravnog ugovora, realnih akata uprave, garantnog akta i dr. Nadalje, osvrst na realizaciju Akcionog plana za ovu mjeru zabrinjava budući da nije izvršeno mjerenje indikatora, čak nije određena ni njegova početna vrijednost. Izvještaj o realizaciji Akcionog plana navodi da je Federacija BiH, 2022. godine, usvojila Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnom postupku, kojim se uvodi elektronska komunikacija između stranaka i organa uprave, „što doprinosi transformaciji javne uprave orijentisane ka korisnicima, unapređenju poslovnih procesa u upravnom postupanju, smanjujući administrativno opterećenje, vrijeme i cijenu usluge“.²⁴ Nadalje, Republika Srpska je kroz izmjene i dopune Zakona i opštem upravnom postupku „unaprijedila postojeće upravno postupanje i omogućila stvaranje kompatibilnog, konzistentnog i sigurnog sistema koji treba da osigura potpuniju zaštitu prava svih fizičkih i pravnih lica kao stranaka u upravnom postupku, uz uspostavljanje maksimalne brzine „reagovanja“, ekonomičnost i efikasnost“.²⁵ Takođe, u kontekstu reforme javne uprave, detaljnije je regulisana elektronska komunikacija organa i stranaka, donošenje i dostavljanje rješenja elektronskim putem, precizirani određeni rokovi. Izmjenama i dopunama predmetnog zakona pojednostavljene su procedure, uvođenjem jedinstvenog upravnog mjesta i uvođenjem prava na odricanje od žalbe, što utiče na skraćivanje trajanja postupka i brže sprovođenje rješenja, u okviru posebnih upravnih postupaka. Uvedeni su i rokovi za postupanje organa koji se odnose na utvrđivanje nepotpunosti zahtjeva ili postojanja drugih formalnih nedostataka, koji sprečavaju postupanje po zahtjevu. Time je omogućeno da se stranke upoznaju sa postupanjem organa i to od trenutka predaje zahtjeva do konačne odluke“.²⁶ Najzad „detaljnije je regulisana elektronska komunikacija organa i stranaka, u cilju bržeg, ekonomičnijeg i jednostavnijeg vođenja upravnog postupka, a što je posljedica modernih tendencija javne uprave u okruženju i šire. Stvoreni su uslovi za uvođenje novih sistema elektronske komunikacije između organa i stranaka, što čini progresivno djelovanje kao koncept razvoja prema E-upravi, te se ide u korak sa vremenom i savremenim tehnologijama“.²⁷ Kada su u pitanju formalnosti u posebnim upravnim postupcima od „ukupno 954 formalnosti, predloženo je da se ukinu 42 (4,4%) formalnosti i pojednostave 243 formalnosti (25,47%)“.²⁸ Pojednostavljenje procedura obuhvatilo bi aspekt ekonomičnosti (smanjenje taksi za izdavanje formalnosti) i složenosti (pribavljanje dokumenata po službenoj dužnosti korišćenjem web servisa, pojednostavljenje forme dokumenata u vidu kopije bez obaveze ovjeravanja, propisivanje i dostupnost obrasca zahtjeva za izdavanje formalnosti).

²³ *Akциони plan za Strateški okvir za reformu javne uprave 2018-2021*, (Sarajevo: Kancelarija koordinatora za reformu javne uprave, 2021), 62-63.

²⁴ *Izvještaj 2020-2022 o implementaciji Akcionog plana Strateškog okvira za reformu javne uprave u Bosni i Hercegovini 2018-2027*, (Sarajevo: Kancelarija koordinatora za reformu javne uprave, 2023), 64.

²⁵ *Ibid.*, str. 64.

²⁶ *Ibid.*, str. 65.

²⁷ *Ibid.*, str. 65.

²⁸ *Ibid.*, str. 65.

3. ZAPAŽANJA EVROPSKE KOMISIJE

U godišnjim izvještajima o napretku koje Evropska komisija dostavlja Bosni i Hercegovini gotovo svake godine, posebno poglavlje odnosi se na reformu javne uprave u svijetlu evropskih integracija Bosne i Hercegovine. Do sada je Evropska komisija Bosni i Hercegovini dostavila 18 izvještaja. Kada su u pitanju upravni postupci i odgovornost uprave, u zadnjih pet analiziranih izvještaja, ističu se gotovo identični nalazi i zaključci. U nastavku teksta osvrćemo se kratko na konstatacije:

(...)”Potrebno je uvesti popis administrativnih opterećenja u pružanju usluga, uz pojednostavljenje procedura i usklađivanje sektorskih zakona sa Zakonom o opštem upravnom postupku” (...).²⁹

(...)”Kako bi se održavala korisnički orijentisana uprava, Bosna i Hercegovina treba pojednostaviti i modernizovati upravne postupke za građane i poslovne subjekte na usklađen način u cijeloj zemlji. Federacija BiH je izmijenila svoj zakon o upravnom postupku u julu 2022. godine. Republika Srpska je napravila sistem sve na jednom mjestu (*a one-stop-shop*) za registraciju poslovnih subjekata, ali ova usluga nije potpuno funkcionalna zbog kašnjenja u uvođenju e-potpisa i e-plaćanja” (...).³⁰

(...)”Kako bi održavala korisnički orijentisanu upravu, Bosna i Hercegovina treba da pojednostavi i uskladi postupke registracije poslovnih subjekata i obezbijedi potpuno međusobno priznavanje između entiteta, uključujući i koncesije i izdavanje dozvola. U aprilu 2021. godine, Brčko distrikt je uveo elektronski sistem registara privrednih subjekata. Jednošalterski sistem za građane ili privredne subjekte postoji u Republici Srpskoj, a od aprila 2021. godine i u Brčko distriktu. Ukupna percepcija građana o javnim uslugama je vrlo loša (...).³¹

(...)”Pravo građana na upravni postupak je i dalje nejednako zbog razlika u efikasnosti sudova u zemlji. Nema efikasnih pravnih lijekova protiv pretjeranog trajanja sudskih postupaka. Iako se podnosioci zahtjeva mogu obratiti Ustavnom sudu, ova mjera ne obezbjeđuje ubrzanje procesa koji su u toku. Ne postoji sistemsko prikupljanje podataka o pravu građana da traže naknadu štete zbog nezakonitog postupanja ili propusta javne uprave (...).³²

(...)”Trenutni zakonski okvir na različitim nivoima sadrži ključne principe dobrog administrativnog ponašanja. Potrebno je obezbijediti usklađivanje i izmjene zakona o upravnim postupcima. Posebne upravne postupke i dalje treba revidirati i ukinuti ili uskladiti sa zakonom o upravnom postupku na različitim nivoima uprave (...).³³

Tragom navedenog, zaključujemo, da Evropska komisija insistira na radikalnijoj izmjeni ZUP-ova kako bi se postiglo pojednostavljenje upravnog postupka i uvođenje novih procesnih instituta.

²⁹ *Bosnia and Herzegovina Report 2023*, (Brussels: European Commission, 2023), 23.

³⁰ *Bosnia and Herzegovina Report 2022*, (Brussels: European Commission, 2022), 16-17.

³¹ *Bosnia and Herzegovina Report 2021*, (Brussels: European Commission, 2021), 15.

³² *Bosnia and Herzegovina Report 2020*, (Brussels: European Commission, 2020), 15.

³³ *Bosnia and Herzegovina Report 2020*, (Brussels: European Commission, 2018), 8.

Prema izvještaju SIGMA,³⁴ sva četiri zakona o opštem upravnom postupku priznaju konvencionalna načela dobre uprave. Međutim, nema dokaza o bilo kakvom napretku usklađivanje posebnih zakona sa ZUP-om. Pristupačnost administrativnim uslugama je malo poboljšana, ali je i dalje na niskom nivou. Ne postoji pokušaj poboljšanja pristupačnosti za osobe sa posebnim potrebama ili dostupnost uslugama bilo digitalno ili preko šaltera. Ne postoji sistem za praćenje učinka pružanja usluga u smislu kvaliteta ili pristupačnosti. Percipirani kvalitet javnih usluga od strane i građana i poslovne zajednice je među najnižima u regionu. Zadovoljstvo digitalnim uslugama je daleko najniža u regionu.³⁵ U prilog tvrdnjama SIGMA idu i istraživanja *Balkan Business Barometer*. Tako, analizirajući pitanje upotrebe e-governemnet servisa od strane kompanija, Bosna i Hercegovina bilježi najniže rezultate naročito u oblasti registracije poslovnih subjekata, podnošenja zahtjeva za dozvole (licence), podnošenja finansijskih izvještaja, ekoloških dozvola, u čemu je daleko ispod regionalnog prosjeka.³⁶ Prema istraživanjima *Transparency International* 69,7% građana u Bosni i Hercegovini nema povjerenje u zaposlene u javnoj upravi.³⁷ Sve navedeno ukazuje na ne(efikasnost) upravnih postupaka kako opštih tako i posebnih u Bosni i Hercegovini.

4. NAJZNAČAJNIJA PITANJA MODERNIZACIJE OPŠTEG UPRAVNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Najprije, potrebno je promijeniti svrhu upravnog postupka koja treba da se transformiše od ciljne zaštite države i javnog interesa do zaštite prava i interesa građana. Usaglašavanje sa pravnom stečevinom Evropske unije i drugim standardima evropskog prava je jedan od ključnih izazova reforme. Upravni postupak treba da dá garanciju principa proporcionalnosti te omogućiti pravo na pristup podacima, predmetima, veb-sajtovima i informacijama i zaštita ličnih podataka.

Posebno reformsko područje predstavlja odnos između opšteg i posebnih upravnih postupaka. Trenutno, ZUP BiH propisuje oko 25 situacija u kojima se opšti procesni zakon primjenjuje “ukoliko nije drugačije uređeno posebnim zakonima.” ZUP FBiH takođe sadrži 25 situacija u kojima se predviđa poseban postupak. ZOUP RS propisuje oko 15 situacija u kojima se posebnim zakonom nešto uređuje drugačije nego opštim zakonom i/ili kada se procesni uslovi propisuju posebnim zakonom, najčešće zakonom kojim se uređuje parnični postupak. Najzad, ZUP Brčko Distrikta propisuje 23 situacije u kojima posebni zakoni mogu stvari da uređuju drugačije od opšteg procesnog zakona.³⁸

Svi ZUP-ovi propisuju samo jedan redovni pravni lijek-žalbu, koju može uložiti stranka, državni tužilac, državni pravobranilac i drugi organi koji su za to ovlašćeni po zakonu. Uz to, postoji

³⁴ SIGMA (*Support for Improvement in Governance and Management*) je zajednička inicijativa OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*) i Evropske unije osnovana s ciljem jačanja javne uprave i upravljanja te podršku društveno-ekonomskom razvoju kroz izgradnju kapaciteta javnog sektora.

³⁵ *Monitoring Report, The Principles of Public Administration Bosnia and Herzegovina, Executive Summary*, (Paris: SIGMA-OECD, 2022), 8.

³⁶ *Usage of e-government services*, Balkan Business Barometer 2024. <https://www.rcc.int/balkanbarometer/results/11/24.11.2024>.

³⁷ „Da li imate povjerenje u rad zaposlenika javne administracije“, <https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2023/11/Naslovna-3.png>, 24.11.2024. godine.

³⁸ Ivan Koprić, at. al., *Legal Remedies in Administrative Procedures in Western Balkans*, 27.

šest (u FBiH, a u RS sedam) vanrednih pravnih lijekova koje može uložiti stranka u postupku, ex officio i/ili državni pravobranilac, ombudsman ili drugi zastupnik javnog interesa. Sistem pravnih lijekova prenesen je gotovo u potpunosti iz sistema bivše Jugoslavije i nije za sada pretrpio značajnije promjene. Generalno gledano, ti lijekovi se razlikuju jedan od drugog samo u smislu koji je organ ovlašten da donese odluku po njima. ZUP FBiH i ZOUP RS i dalje u sebi sadrže vanredni pravni lijek sa nazivom zahtjev za zaštitu zakonitosti, koji više ne postoji u drugim zemljama regiona jer je odbačen zato što je zastario i rijetko se koristio u praksi. Pravni lijekovi koje izjavljuje pravobranilac ili ombudsmen ne koriste se u praksi.

U odnosu na Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava (EKLJP), ZUP treba reformisati u sljedećim domenima: pravo na pravično suđenje – upravni postupak u skladu sa članom 6 EKLJP; pravo na zaštitu podataka na osnovu člana 8 EKLJP; pravo na pristup informacijama na osnovu člana 10 EKLJP; zaštita imovine na osnovu člana 1 Protokola br. 1 uz EKLJP i pravo na slobodne izbore na osnovu člana 3 Protokola br. 1 uz EKLJP.³⁹

Instituti koje je potrebno uvesti i afirmisati u ZUP su: uvođenje upravnih ugovora kao novog oblika rješavanja upravnih predmeta;⁴⁰ uređivanje formi elektronske komunikacije između građana i organa javne uprave u okviru upravnih postupaka; zaštita građana u slučajevima takozvanih realnih akata; zaštita korisnika u njihovim odnosima sa pružaocima javnih usluga; pojednostavljivanje procesnih koraka i ubrzavanje opšteg upravnog postupka; ukidanje, izmjene ili pojednostavljivanje vanrednih pravnih lijekova; obezbjeđivanje formiranja jedinstvenog upravnog mjesta (*one-stop shop*); strožija pravila po pitanju rokova; bolje upravljanje upravnim predmetima i pitanja pozitivne pretpostavke ćutanja uprave u određenoj vrsti predmeta i dr.

5. KRATAK UPOREDNI OSVRT NA OPŠTE UPRAVNE POSTUPKE U REGIONU

5.1. Srbija

Srbija je donijela novi Zakon o opštem upravnom postupku koji je stupio na snagu 9. marta 2016. godine. Mnogobrojne su novine i (u)pravni instituti sadržani u ovom zakonu. U svemu se radi o potpuno novom propisu koji pruža značajan otklon od prijašnjeg. Najprije, proširen je broj organa na koje se odredbe zakona odnose tako da sada odredbe zakona važe i za sve organe koji donose upravne akte, garantne akte, vrše upravne radnje, pružaju javne usluge i zaključuju upravne ugovore. Za posebne upravne situacije mogu se propisivati i provoditi posebni upravni postupci samo tamo gdje je to neophodno, s tim što nivo prava mora ostati na onom nivou koji je propisan

³⁹ Vidjeti šire: Violeta Beširević, Dragoljub Popović, Migena Leskoviku i Tanasije Marinković, *Studija o primeni prakse Evropskog suda za ljudska prava u upravnim sporovima* (Danilovgrad: Regionalna škola javne uprave - ReSPA, 2018).

⁴⁰ U pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, ni na jednom od nivoa vlasti, upravni ugovor nije imenovan kao zaseban institut. O ovome: Sanja Golijanin, „Upravni ugovor u domaćem pravu“, u *Pravo između stvaranja i tumačenja*, ured. Dimitrije Čeranić i dr. (Istočno Sarajevo: Pravni fakultet, 2023), 417–432.

opštim zakonom. Afirmisano je i načelo predvidljivosti koje sada povezuje sa načelom zakonitosti pa će organi prilikom donošenja odluka morati da motre na iste ili slične upravne situacije. Dodatno je ojačano i načelo pomoći stranci na način da su organi dužni upozoravati stranke na ostvarenje prava, izmjene propisa i dr. Načelo djelotvornosti i ekonomičnosti postupka podrazumijevaju da se od stranaka mogu tražiti samo oni podaci koji se ne nalaze u službenim evidencijama te da će suprotno ponašanje podrazumijevati prekršajni postupka protiv službenika koji to zahtijevaju. Garantni akt je novi institut koji je u suštini pisani akt kojim se organ obavezuje da, na odgovarajući zahtjev stranke, donese upravni akt određene sadržine. Njime se ne odlučuje o pravima i pravnim interesima stranke, već se donosi kada je to propisano posebnim zakonom i pod uslovom da stranka istakne zahtjev za njegovo izdavanje. Takođe uveden je i upravni ugovor koji je dvostrano obavezan pisani akt koji, kad je to posebnim zakonom određeno, zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, mijenja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari, čija sadržina ne smije biti protivna javnom interesu niti pravnom interesu trećih lica, i kao takav predstavlja novi institut domaćeg upravnog prava. Upravne radnje su materijalni akti uprave koje preduzimaju organi uprave i obuhvataju vođenje evidencija, izdavanje uvjerenja, pružanje informacija i primanje izjava. Na upravne radnje moguće je izjaviti prigovor samo u situaciji kada upravna radnja egzistira samostalno i nije povezana sa donošenjem upravnog akta. Uveden je institut prigovora koji mogu koristiti korisnici na pružanje javnih usluga. Nadalje, zakonom je propisano i jedinstveno upravno mjesto za situacije kada zahtjev stranke podrazumijeva jedno ili više prava za čije ostvarivanje je potrebno postupanje jednog ili više više organa. Povećan je i broj kanala komunikacije između stranaka i organa, s tim da stranka mora pristati na elektronsko opštenje sa organima. Prigovor je novo pravno sredstvo koje može da se izjavi zbog neispunjenja obaveza iz upravnog ugovora, upravne radnje i načina pružanja javnih usluga, ako ne može biti izjavljeno drugo pravno sredstvo. Najzad, zakon propisuje posebne slučajeve uklanjanja i mijenjanja rešenja, tako da je propisano mijenjanje i poništavanje rješenja u vezi sa upravnim sporom, ponavljanje postupka, poništavanje konačnog rješenja, ukidanje rješenja i poništavanje, ukidanje ili mijenjanje pravnosnažnog rješenja po preporuci Zaštitnika građana (Ombudsmena za ljudska prava).⁴¹ U praksi, ove izmjene nisu doprinijele značajnije boljem položaju stranke i efikasnosti upravnog postupka budući da Srbija bilježi ogroman broj upravnih sporova praćenih troškovima, gubicima vremena i iznevjerenim očekivanjima. Tako, prema podacima Upravnog suda Republike Srbije, broj zaprimljenih predmeta u petogodišnjem analiziranom periodu (2019-2023) je porastao više nego trostruko i u 2023. godini je iznosio oko 78000 predmeta, dok je pet godina ranije, 2019. godine broj zaprimljenih

⁴¹ *Novi Zakon o opštem upravnom postupku*, <https://www.geciclaw.com/sr/novi-zakon-o-opstem-upravnom-postupku-stupio-na-snagu-9-marta-2016-godinel>, 24.11.2024. godine. Takođe vidjeti: Milica Adamović, „Novine koje donosi Zakon o opštem upravnom postupku u Republici Srbiji“, *Sveske za javno pravo*, br. 29/2017, (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2017), 73-81; Vuk Cucić, „Fino podešavanje Zakona o opštem upravnom postupku“, *Anali Pravnog Fakulteta u Beogradu*, br. 2/2018, (Beograd: Pravni fakultet, 2018), 139-163; Zoran Lončar, „Pravna sredstva u novom Zakonu o opštem upravnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2017, (Novi Sad: Pravni fakultet, 2017), 1505-1523; Dobroslov Milovanović, „Odnos opšt(ij)eg i posebn(ij)ih upravno-procesnih zakona“, *Polis, časopis za javnu politiku*, br. 11/16, (Beograd: Stalna konferencija gradova i opština – Savez gradova i opština Srbije i Centar za javnu i lokalnu upravu – PALGO centar, 2016), 42-47; Vuk Cucuć, „Unapređenje pravne zaštite građana u upravnom postupku“, *Polis, časopis za javnu politiku*, br. 11/16, (Beograd: Stalna konferencija gradova i opština – Savez gradova i opština Srbije i Centar za javnu i lokalnu upravu – PALGO centar, 2016), 48-53.

predmeta bio oko 22000.⁴² Nakon donošenje ovog ZUP-a pojavila se i potreba da se 250 posebnih zakona usaglasi sa ovim zakonom što nije ni malo jednostavan posao.⁴³

5.2. Hrvatska

Prvi poslijeratni ZUP Hrvatska je donijela 2009. godine, a koji je stupio na snagu na samom početku 2010. godine i koji je izmijenjen i dopunjen 2021. godine. Zakon se primjenjuje na sve državne organe, organe javne vlasti kao i jedinice lokalne i regionalne samouprave ali i na pružaoce javnih usluga. Nadalje, ZUP sadrži novitete počevši od principa zaštita stečenih prava stranaka, načelo srazmjernosti preko jedinstvenog upravnog mjesta do veoma snažnih mogućnosti elektronskog opštenja građana i organa. Zakon definiše upravnu stvar što do tada nije bio slučaj. Najzad, Hrvatska je modernizovala i sistem pravnih lijekova, ukinuvši niz vanrednih pravnih lijekova i uvodeći novi pravni lijek-upravni prigovor koji se može koristiti kada nema upravnog akta, u slučajevima kada pružalac javne usluge prekrši neka od prava stranaka. Uvedena je mogućnost alternativnog rješavanja sporova kroz uređenje mogućnost da dvije ili više stranaka zaključe sporazum. Iskorak u poboljšanju prava stranaka i u ubrzanju procesa jeste postojanje pretpostavke prihvatanja zahtjeva stranke u slučaju "čutanja uprave", ukoliko je to posebnim zakonom propisano.⁴⁴ Iako su ovi noviteti doprinijeli boljem i efikasnijem upravnom postupku i dalje je koncept upravnog bliži sudskom postupku što samo po sebi govori o njegovoj reformi. Porast broja upravnih sporova nalazimo i u Upravnom sudovima u Hrvatskoj. Tako, Upravni sud u Zagrebu je u 2022. godini zaprimio oko 4000 predmeta, dok je taj broj u 2023. godini bio oko 6.300 predmeta.⁴⁵ Upravni sud u Splitu je u 2022. godini zaprimio oko 2900 predmeta dok je taj broj u 2023. godini iznosio oko 3400 predmeta.⁴⁶ Oko 1600 zaprimljenih predmeta rezultati su statistike Upravnog suda u Osijeku kako u 2022. tako i u 2023. godini.⁴⁷ Najzad, pad broja zaprimljenih predmeta nalazimo kod Upravnog suda u Rijeci koji je u 2022. godini zaprimio oko 1400, a u 2023. godini 950 predmeta.⁴⁸

⁴² Broj primljenih predmeta u 2020. godini je bio 33000, u 2021. godini 39000, a u 2022. godini 63.500. *Izvještaji o radu Upravnog suda*, <https://www.up.sud.rs/lat/izvestaji-o-radu/>, 30.11. 2024. godine.

⁴³ *Sprovođenje zakona o općem upravnom postupku na Zapadnom Balkanu, Dokument programa SIGMA br. 62*, (Paris: SIGMA-OECD, 2021), 9.

⁴⁴ *Zakon o općem upravnom postupku*, „Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 47/2009 i 110/2021. Takođe vidjeti: Ivan Koprić, „Novi Zakon o općem upravnom postupku - tradicija ili modernizacija“, u *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, ured. Ivan Koprić i Vedran Đulabić (Zagreb: Institut za javnu upravu i Društveno veleučilište u Zagrebu, 2009), 21-45.

⁴⁵ *Izvještaji o radu Upravnog suda u Zagrebu*, <https://sudovi.hr/hr/uszg/pristup-informacijama/izvjescia-o-radu-suda>, 20.11. 2024. godine.

⁴⁶ *Izvještaji o radu Upravnog Suda u Splitu*, <https://sudovi.hr/hr/usst/pristup-informacijama/izvjescia-o-rezultatima-rada-suda>, 20.11. 2024. godine.

⁴⁷ *Rezultati rada Upravnog suda u Osijeku*, <https://sudovi.hr/hr/usos/o-sudovima/rezultati-rada-upravnog-suda-u-osijeku>, 20.11. 2024. godine.

⁴⁸ *Rezultati rada Upravnog suda u Rijeci*, <https://sudovi.hr/hr/usri/o-sudovima/rezultati-rada-suda>, 20.11. 2024. godine.

5.3. Crna Gora

Crna Gora je 2014. godine usvojila novi Zakon o upravnom postupku, a koji je stupio na snagu 2016. godine. Zakon kao novine donosi definisanje upravnih instituta kao što su: upravna stvar, upravni akt, garantni akt, upravni ugovor, prigovor na izvršene javne usluge i dr. Predviđeno je i alternativno rješavanje sporova kroz poravnanje kontrarnih stranaka ali ne na teret javnog interesa. Zakon je uveo nekoliko pravnih lijekova koji doprinose unapređenju pravne sigurnosti kao što su žalba, ponavljanje postupka i prigovor. Zakon preciznije propisuje i intervencije po službenoj dužnosti. Takođe, "odredbe o pravnim lijekovima omogućavaju organima koji sprovode žalbeni postupak da izmijene akta osporena u skladu sa argumentima podnosioca žalbe ako su oni prihvaćeni."⁴⁹ Konkretnije, prvostepeni organ može izmijeniti svoje akte kada je izjavljena žalba. Žalba se može povući ili stranka može od žalbe odustati unaprijed čime se neodložno postiže pravosnažnost. Važan institut je uvođenje obaveze drugostepenog organa da, kada je već jednom poništio prvostepeno rješenje, ne vraća predmet prvostepenom organu već sam riješi upravnu stvar. Ovim se sprečava tzv. "ping-pong" efekat. Nadalje, propisano je i poništavanje rješenja u okviru upravnog spora tako da tuženi j organ javne uprave može poništiti odnosno izmijeniti svoje rješenje tokom sudskog postupka prije zvaničnog završetka upravnog spora po istom osnovu po kojem sud to može učiniti, ako nakon analize zahtjeve iz tužbe se uvjeri u argumente i ako se time ne vrijeđaju prava stranke odnosno trećeg lica.⁵⁰ Najmanje 367 zakona je potrebno izmijeniti u Crnoj Gori kako bi se oni uskladili sa ZUP-om. U 2020. godini Upravni sud Crne Gore je zaprimio 5473 predmeta, u 2021. godini 6602 predmeta, a u 2022. godini je zaprimljeno 13341 predmet.⁵¹ Ovi podaci sami po sebi mogu da ukazuju i na kvalitet zakonskih rješenja u ovoj oblasti imajući u vidu snažan porast zahtjeva za sudskom kontrolom rada uprave i upravnog postupanja.

6. ZAKLJUČAK

Uređenje opšteg upravnog postupka u svakoj zemlji predstavlja važno i izazovno pitanje budući da se radi o zakonu koji propisuje ponašanje velikog broja subjekata u značajnoj i široko rasprostranjenoj oblasti društvenog djelovanja kakvom se uprava ima smatrati. Uzmu li se u obzir stalna interakcija uprave, s jedne strane i građana i poslovne zajednice, s druge strane, te intenzivan razvoj javnih službi, informaciono-komunikacijskih tehnologija i zahtjevi Evropske unije u ovoj oblasti onda pitanje stanja i reforme opšteg upravnog postupka dodatno dobija na značaju.

Bosna i Hercegovina je zemlja u kojoj postoje četiri zakona koja propisuju opšti upravni postupak, koji baštine istu pravnu tradiciju i koji su po svojoj fizionomiji veoma slični. Iako

49 Koprić, at. al., *Legal Remedies in Administrative Procedures in Western Balkans*, 139-140.

50 Uporediti: *Zakon o upravnom postupku*, „Službeni list Crne Gore“, br. 56/2014, 20/2015, 40/2016 i 37/201; Zoran Tomić i Đorđije Blažić, *Komentar Zakona o upravnom postupku Crne Gore (teorijski, međunarodni, primjena, sudska praksa, registar, tabele, šeme* (Podgorica: Fakultet za državne i evropske studije, 2017); Dražen Cerović, „Analiza Novog crnogorskog Zakona o upravnom postupku“, *Administracija i javne politike*, br. 3/2016, (Beograd: Institut za političke studije, 2016), 29-41; Sreten Ivanović, *Novi zakon o upravnom postupku, komentar sa registrom pojmova* (Podgorica: Vrhovni sud Crne Gore, 2015).

51 *Izveštaji o radu Upravnog suda Crne Gore*, <https://sudovi.me/uscg>, 30.11. 2024. godine.

mijenjani i dopunjavani više puta ovi zakoni nisu nikada istinski reformisani što predstavlja jedinstven slučaj na cijelom Zapadnom Balkanu. Podlegli zubu vremena sa odsustvom modernih (u) pravnih instituta, naliki sudskim postupcima, ZUP-ovi u BiH koče uspostavljanje modela dobre uprave, otežavaju ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava i onemogućavaju valjanu vladavinu prava. Na navedeno istrajno ukazuju kako Evropska komisija tako i mnogi drugi domaći i međunarodni akteri. Konkretnije, postojeći ZUP-ovi ne pružaju uporište razvoju e-uprave i digitalizacije, kvalitetnim i odgovornim javnim uslugama, ne sadrže niti afirmišu sva načela evropskog upravnog prostora, ne poznaju institut upravnih ugovora, jedinstvenog upravnog mjesta, prioritarno štite javni na štetu privatnog interesa, ne pružaju dovoljnu i adekvatnu administrativno-pravnu zaštitu strankama niti ih štite od dejstva realnih akata, daju primat posebnim upravnim postupcima i dr. Sve su to razlozi za reformskim intervencijama koje se istina u BiH preduzimaju ali kasne i ne daju adekvatne rezultate.

Upređna analiza ukazuje na skromne rezultate do sada reformisanih upravnih postupaka zemalja u regionu. Svjesni da se u ovoj oblasti ne mogu postići trajna rješenja smatramo da na bazi ovih iskustava treba preduzeti temeljniju analizu i reformu ZUP-ova u BiH.

LITERATURA

1. „*Akcionni plan za Strateški okvir za reformu javne uprave 2018-2021*“. Sarajevo: Kancelarija koordinatora za reformu javne uprave, 2021.
2. „*Analiza provođenja Strategije reforme javne uprave*“. Sarajevo: Kancelarija koordinatora za reformu javne uprave, 2016.
3. „Da li imate povjerenje u rad zaposlenika javne administracije“, <https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2023/11/Naslovna-3.png>, 24.11. 2024. godine.
4. „*Izveštaj 2020-2022 o implementaciji Akcionog plana Strateškog okvira za reformu javne uprave u Bosni i Hercegovini 2018-2027*“. Sarajevo: Kancelarija koordinatora za reformu javne uprave, 2023.
5. „*Strategija reforma javne uprave u Bosni i Hercegovini*“. Sarajevo: Savjet ministara BiH, 2006.
6. „*Strateški okvir za reformu javne uprave u Bosni i Hercegovini 2018-2022*“. Sarajevo: Savjet ministara, 2018.
7. Adamović, Milica, „Novine koje donosi Zakon o opštem upravnom postupku u Republici Srbiji“, Sveske za javno pravo, br. 29/2017. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2017).
8. Barnes, Javier, „Administrative Procedure“, in Peter Cane, and others (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* (2020; online edn, Oxford Academic, 15 Dec. 2020), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198799986.013.47>, accessed 16 Nov. 2024.
9. Beširević Violeta, Dragoljub Popović, Migena Leskoviku i Tanasije Marinković. *Studija o primeni prakse Evropskog suda za ljudska prava u upravnim sporovima*. Danilovgrad: Regionalna škola javne uprave - ReSPA, 2018.
10. Borković, Ivo. „Opći upravni postupak i poreznopravna postupovna pravila“. *Hrvatska javna uprava*, br. 1/1999, (1999): 43.

11. *Bosnia and Herzegovina Report 2020*. Brussels: European Commission, 2020.
12. *Bosnia and Herzegovina Report 2021*. Brussels: European Commission, 2021.
13. *Bosnia and Herzegovina Report 2022*. Brussels: European Commission, 2022.
14. *Bosnia and Herzegovina Report 2023*. Brussels: European Commission, 2023.
15. *Bosnia and Herzegovina Report 2028*. Brussels: European Commission, 2018.
16. Cucić, Vuk, „Unapređenje pravne zaštite građana u upravnom postupku“, *Polis*, časopis za javnu politiku, br. 11/16. Beograd: Stalna konferencija gradova i opština – Savez gradova i opština Srbije i Centar za javnu i lokalnu upravu – PALGO centar, 2016.
17. Cucuć, Vuk, „Fino podešavanje Zakona o opštem upravnom postupku“, *Anali Pravnog Fakulteta u Beogradu*, br. 2/2018, Beograd: Pravni fakultet, 2018).
18. Dimitrijević, Predrag. *Upravno pravo, opšti deo, knjiga druga*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 2008.
19. Dražen Cerović, „Analiza Novog crnogorskog Zakona o upravnom postupku“, *Administracija i javne politike*, br. 3/2016. Beograd: Institut za političke studije, 2016.
20. Golijanin, Sanja, „Upravni ugovor u domaćem pravu“, u *Pravo između stvaranja i tumačenja*, ured. Dimitrije Čeranić i dr., 417-432. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet, 2023.
21. Ivanović Sreten. *Novi zakon o upravnom postupku, komentar sa registrom pojmova*. Podgorica: Vrhovni sud Crne Gore, 2015.
22. *Izveštaji o radu Upravnog suda Crne Gore*, <https://sudovi.me/uscg>, 30.11. 2024. godine.
23. *Izveštaji o radu Upravnog Suda u Splitu*, <https://sudovi.hr/hr/usst/pristup-informacijama/izvjescja-o-rezultatima-rada-suda>, 20.11. 2024. godine.
24. *Izveštaji o radu Upravnog suda u Zagrebu*, <https://sudovi.hr/hr/uszg/pristup-informacijama/izvjescja-o-rad-u-suda>, 20.11. 2024. godine.
25. *Izveštaji o radu Upravnog suda*, <https://www.up.sud.rs/lat/izvestaji-o-rad-u/>, 30.11. 2024. godine.
26. Jan Zickow, „Administrative procedures and processes“ in *Public Administration in Germany* (ed. Sabine Kuhlmann, Isabella Proeller, Dieter Schimanke, Jan Ziekow), International Institute of Administrative Sciences (IIAS), (London: Palgrave MacMillan 2021), 169-170. https://library.oapen.org/bitstream/id/fecf05b2-1d66-4c70-ae7c-e7dcac64af99/2021_Book_PublicAdministrationInGermany.pdf, 30.11. 2024.
27. Koprić Ivan, „Novi Zakon o općem upravnom postupku - tradicija ili modernizacija“, u *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, ured. Ivan Koprić i Vedran Đulabić, 21-45. Zagreb: Institut za javnu upravu i Društveno veleučilište u Zagrebu, 2009.
28. Koprić, Ivan, Polonca Kovač, Vedran Đulabić i Jasmina Džinić, „Legal Remedies in Administrative Procedures in Western Balkans, Comparative Study“, Danilovgrad: Regional School for Public Administration – ReSPA, 2016.
29. Krbek, Ivo. *Zakon o opštem upravnom postupku*. Zagreb: Obnova, 1931.
30. Lilić, Stevan. *Upravno pravo, Upravno procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet i Službeni glasnik, 2009.
31. Lončar, Zoran, „Pravna sredstva u novom Zakonu o opštem upravnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2017. Novi Sad: Pravni fakultet, 2017.

32. Milovanović, Dobroslav, „Odnos opš(ij)eg i posebn(ij)ih upravnoprocesnih zakona“, Polis, časopis za javnu politiku, br. 11/16. Beograd: Stalna konferencija gradova i opština – Savez gradova i opština Srbije i Centar za javnu i lokalnu upravu – PALGO centar, 2016.
33. *Monitoring Report, The Principles of Public Administration Bosnia and Herzegovina, Executive Summary*. Paris: SIGMA-OECD, 2022.
34. *Novi Zakon o opštem upravnom postupku*, <https://www.geciclaw.com/sr/novi-zakon-o-opstem-upravnom-postupku-stupio-na-snagu-9-marta-2016-godine/>, 24.11. 2024. godine.
35. Radenović, Mirjana. *Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora*. Banja Luka: Pravni fakultet, 2016.
36. *Rezultati rada Upravnog suda u Osijeku*, <https://sudovi.hr/hr/usos/o-sudovima/rezultati-rada-upravnog-suda-u-osijeku>, 20.11. 2024. godine.
37. *Rezultati rada Upravnog suda u Rijeci*, <https://sudovi.hr/hr/usri/o-sudovima/rezultati-rada-suda>, 20.11. 2024. godine.
38. *Sprovođenje zakona o opštem upravnom postupku na Zapadnom Balkanu, Dokument programa SIGMA br. 62*. Paris: SIGMA-OECD, 2021.
39. Stojanović, Slavoljub i Milan Petrović. *Upravno pravo, opšti deo, novo izmenjeno izdanje*. Niš: Sven, 2011.
40. Tomić, Zoran i Đorđije Blažić. *Komentar Zakona o upravnom postupku Crne Gore (teorijski, međunarodni, primjena, sudska praksa, registar, tabele, šeme*. Podgorica: Fakultet za državne i evropske studije, 2017.
41. Tomić, Zoran. *Opšte upravno pravo, peto, skraćeno i osavremenjeno izdanje*. Beograd: Pravni fakultet i Službeni glasnik, 2009.
42. *Usage of e-government services*, Balkan Business Barometer 2024. <https://www.rcc.int/balkanbarometer/results/1/>, 24.11. 2024.
43. Vranješ, Nevenko i Bojan Vlaški, „Pravno na dobru upravu u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na ljudska prava“, *Politeia*, br. 24/2022, Banja Luka: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci i Beograd: Institut za političke studije, 2022).
44. *Zakon o općem upravnom postupku*, Narodne novine Republike Hrvatske, br. 47/2009 i 110/2021.
45. *Zakon o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2016, 95/2018 – autentično tumačenje i 2/2023 - odluka US).
46. *Zakon o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 3/2002, 87/2007 - ispr., 50/2010 i 66/2018.
47. *Zakon o opštem upravnom postupku*, Službeni list FNRJ, br. 52/56.
48. *Zakon o opštem upravnom postupku*, Službeni list SFRJ, br. 10/1965, 4/1977, 11/1978, 9/1986 i 16/1986.
49. *Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta BiH*, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 48/2011 - prečišćen tekst, 21/2018 i 23/2019.
50. *Zakon o upravnom postupku*, Službene novine Federacije BiH, br. 2/1998, 48/1999 i 61/2022.
51. *Zakon o upravnom postupku*, Službeni list Crne Gore, br. 56/2014, 20/2015, 40/2016 i 37/201.

CHALLENGES OF REFORMING GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Nevenko Vranjes⁵²

University of Banja Luka, Faculty of Political Sciences

Summary: In Bosnia and Herzegovina, there are four laws on general administrative procedure at four levels of administrative authority. Specifically, these laws exist in a similar form at the federal level, both entity levels, and at the level of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina. Since their initial enactment, with minor modifications, an average of more than twenty years has passed. Considering the intensity of administrative activities, public administration reform, administrative procedure reforms in the region, development of the European administrative space, e-administration developments, and modern trends in public administration, these laws are highly outdated, containing elements of archaism. The necessity of reforming these laws does not need to be specifically emphasized. Lastly, all Western Balkan countries underwent significant reforms of their general administrative procedures over a decade ago. However, in a country with a complex constitutional and administrative structure like Bosnia and Herzegovina, reforming the general administrative procedure poses a complex challenge. The subject of this paper is the challenges of reforming the general administrative procedure in Bosnia and Herzegovina. The paper starts from the assumption that the existing general administrative procedure needs to be reformed, enhanced, and supplemented with new institutes to align with and contribute to the realization of the model of good governance and to facilitate meeting the needs of both citizens and the business community. After observing the domestic general administrative procedure and identifying contentious institutes, the paper provides a comparative overview and experiences of reforming the general administrative procedure in countries in the region and proposes future reform measures in this area in Bosnia and Herzegovina. The author will use methods such as content analysis, legal exegesis, axiological, and comparative methods.

Key words: General Administrative Procedure Law, administrative procedure, reform of the general administrative procedure, and good administration.

⁵² Associate Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka and Ombudsmen for human rights of Bosnia and Herzegovina, email: nevenko.vranjes@fpn.unibl.org. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0006-9449>

КООРДИНАЦИЈА ПРОЦЕСА ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Бојан Влашки¹

Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци

Сажетак: Процес европских интеграција у Босни и Херцеговини, једно је од ријетких питања у вези са којим постоји готово једногласан консензус носилаца власти на свим нивоима федералне државне структуре, опозиционих лидера, академске заједнице, организација цивилног друштва. Послије деценија застоја, промјеном геополитичких околности, овај процес добио је на замаху крајем 2023. и почетком 2024. године. Са становништва управљања процесом, нормативни оквир „европског пута“ Босне и Херцеговине представља Одлука о механизму координације процеса европских интеграција БиХ, усвојена 2016. године од стране Савјета министара БиХ. У раду се оцјењује досадашња примјена овог сложеног, али корисног механизма. Затим се повлаче паралеле са сличним механизмима у другим европским федерално уређеним државама. Коначно, врши се анализа изазова у даљем функционисању механизма координације, те оцјењују перспективе његове примјене у будућности.

Кључне ријечи: Механизам координације, европске интеграције, Босна и Херцеговина.

1. УВОД

Крајем марта 2024. године Босна и Херцеговина (даље и: БиХ) је након деценијске стагнације на европском путу добила добре вијести из Брисела. Конкретније, 21. и 22. марта Европски савјет је донио одлуку о отварању преговора о приступању с БиХ упућивањем позива Европској комисији да припреми преговарачки оквир. Међутим, отварање преговора о приступању БиХ Европској унији (даље и: ЕУ), као међународној регионалној организацији *sui generis*², праћено је једним одложним условом - добијање датума за почетак преговора би према овој одлуци услиједило након реализације захтјева из препоруке Европске комисије од 12. октобра 2022. године³, тј. након спровођења 14 кључних приоритета⁴. Ипак, одлука

¹ Доцент, доктор правних наука, е-пошта: bojan.vlaski@pf.unibl.org; ORCID iD: 0009-0008-7914-5400.

² Душко Глодић, *Међународноправни субјективитет Европске уније*, (докторска дисертација (необјављено), Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013), 174.

³ Евидентно је да овакав вид условљавања одступа од уобичајених услова за чланство у ЕУ. Опширније видјети: Будимир Кошутић, Бранко Ракић и Бојан Милисављевић, *Увод у право европских интеграција, друго издање* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013), 166-168.

⁴ Опширније о 14 кључних приоритета видјети: Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina's application for membership of the European Union {SWD(2019) 222 final}, <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/system/files/2019-05/20190529-bosnia-and-herzegovina-opinion.pdf>, приступљено 16.11.2024. године; Jens Woelk, Domagoj

Европског савјета није донијела чак ни краткотрајан замах тежњи за даљим европским интеграцијама БиХ, јер је убрзо потом услиједио период стагнације праћен хроничним политичким „надмудривањима“ политичких елита у БиХ и представника тзв. међународне западне заједнице у БиХ (суђење председнику Републике Српске Милораду Додику, резолуција о Сребреници у Генералној скупштини Уједињених нација, Декларација свесрпског сабора итд.). С друге стране, уз све тешкоће изазване унутрашње-политичким стањем у БиХ, као и недоследности ЕУ и њених чланица у вођењу политике проширења, чини се да је услед геополитичких околности (интензивирање сада већ деценијског рата у Украјини, али и све очигледније економско раздвајање држава политичког запада од Кине) повећан интерес бриселске бирократије за убрзањем европских интеграција држава кандидата за чланство у ЕУ, како би се, између осталог, геополитички заокружио простор доминације политичког запада на геополитички важном Балканском полуострву. На тај начин, политика (про)ширења ЕУ, као „део укупне спољне политике коју Европска заједница/Европска унија води према трећим државама формулисањем правно политичког оквира за пријем трећих држава у чланство“⁵, добија наглашену геополитичку димензију. Ова тенденција поново актуелизује значај функционисања механизма координације процеса европских интеграција у БиХ, те ће предмет овог рада бити његово нормативно уређење и компарација са сличним механизмима у другим европским федерацијама, али и изазови и перспективе у његовом функционисању.

БиХ има дугогодишњи континуитет билатералних односа са ЕУ, почевши од одредаба Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ, који је потписан у Луксембургу 16. јуна 2008. године, а ступио је на снагу 1. јуна 2015. године⁶, све до скорашњег стицања статуса кандидата за чланство у ЕУ, на темељу препоруке Европске комисије од 12. октобра 2022. године, што је 15. децембра 2022. године Европски савјет потврдио својим закључком бр. VI./30⁷. Имајући у виду претходно наведено, БиХ је још током припрема за подношење кандидатуре за чланство у ЕУ, успоставила одговарајући механизам координације процеса европских интеграција, како би осигурала усаглашено дјеловање свих нивоа власти према институцијама ЕУ.

Galić, Tatjana Sekulić, „Bosna i Hercegovina i europske integracije, ustavni učinci pridruživanja Europskoj uniji”, u *GRAĐANI, Ustav, Europa: rječnik osnovnih ustavnih pojmova u BiH = Citizens, Constitution, Europe: glossary of essential constitutional concepts in BiH*, Maja Sahadžić ... [et al.] (ur.), (Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2023), 216-218.

⁵ Radovan Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, prvo izdanje* (Kragujevac: Pravni fakultet – Centar za pravo Evropske unije Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, 2008), 386.

⁶ Споразум о стабилизацији и придруживању са ЕУ, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори“, бр. 10/08.

⁷ EUCO 34/22,

<https://www.consilium.europa.eu/media/60872/2022-12-15-euco-conclusions-en.pdf>, приступљено 9.11.2024.

2. НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ МЕХАНИЗМА КООРДИНАЦИЈЕ

Механизам координације процеса европских интеграција је у БиХ правно уређен Одлуком о систему координације процеса европских интеграција у БиХ (даље: Одлука о систему координације)⁸. Одлуку о систему координације је усвојио Савјет министара и она се примјењује као правни основ координације процеса европских интеграција на нивоу БиХ⁹. Одлука о систему координације је осмишљена као механизам координације у кључним питањима европских интеграција, као што су: усклађивање законодавства, политика интегрисања, програмирање ИПА помоћи и обуке из ЕУ интеграција. Поред Одлуке о систему координације, у Републици Српској, Федерацији БиХ (укључујући и њене федералне јединице - кантоне) и Брчко дистрикту БиХ (даље и: БД БиХ), усвојени је низ подзаконских општих правних аката¹⁰.

На нивоу БиХ (уз Парламентарну скупштину БиХ као представничко тијело), четири органа егzekутиве се издвајају према овлашћењима и улози коју имају у процесу европских интеграција: 1) Предсједништво БиХ¹¹; 2) Савјет министара¹²; 3) Министарство спољних

⁸ Одлука о систему координације процеса европских интеграција у БиХ, „Службени гласник БиХ“, бр. 72/16 и 35/18.

⁹ Поред Одлуке о систему координације, на нивоу БиХ се примјењују и други подзаконски општенормативни акти, као што су Одлука о утврђивању чланова Сталне делегације Босне и Херцеговине у оквиру Савјета за стабилизацију и придруживање, „Службени гласник БиХ“, бр. 2/17; Одлука о успостављању радних група за европске интеграције, „Службени гласник БиХ“, бр. 46/21; Упутство о министарским конференцијама у систему координације процеса европских интеграција у Босни и Херцеговини, „Службени гласник БиХ“, бр. 43/17.

¹⁰ У том смислу, у Републици Српској се примјењује Одлука о остваривању координације републичких органа управе у спровођењу активности у области европских интеграција и међународне сарадње, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 119/18. У Федерацији БиХ још раније је усвојена Уредба о Уреду Владе Федерације Босне и Херцеговине за европске интеграције, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 89/13, при чему се хоризонтална координација остварује у складу са члановима 7, 81. и 82. Закона о организацији органа управе у Федерацији БиХ, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 35/05. Коначно, у БД БиХ на снази је Одлука о утврђивању система хоризонталне координације Брчко дистрикта БиХ у процесу Европских интеграција, „Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, 35/18, 16/22, 5/23 и 24/23.

¹¹ Према члану V/3.а) Устава БиХ, Предсједништво БиХ је надлежно за вођење спољне политике.

¹² Савјет министара је, између осталог, овлашћен да врши међуентитетску координацију (члан V/4а Устава БиХ) и стара се о извршавању Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ преко надлежних институција БиХ и ентитета, у складу са чланом 27. Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора „Службени гласник БиХ“, бр. 29/00 и 32/13.

послова¹³ и 4) Дирекција за европске интеграције (даље и: ДЕИ)¹⁴, која је према члану 23 Закона о Савјету министара стално тијело Савјета министара БиХ.

Имајући у виду да је Устав БиХ расподелом надлежности између институција БиХ и ентитета оставио широко поље надлежности ентитета (а Устав Федерације БиХ такође предвидио претпоставку надлежности кантона) и БД БиХ, посебна тијела надлежна за процес европских интеграција формирана су у ентитетима и БД БиХ. Тако је у Републици Српској чланом 31. Закона о републичкој управи основано Министарство за европске интеграције и међународну сарадњу. С друге стране, у Федерацији БиХ су уредбама влада Федерације БиХ и појединих кантона формиране посебне канцеларије за европске интеграције¹⁵ или су именовани координатори за европске интеграције¹⁶. Коначно, у Влади БД БиХ дјелује Одјељење за европске интеграције и међународну сарадњу, које је основано у складу са чланом 30а. Закона о јавној управи БД БиХ¹⁷.

Треба додати да су послови из домена европских интеграција на свим нивоима власти у БиХ лоцирани и у оквиру ресорних министарстава, те других надлежних органа управе и управних организација. С тим у вези, у овим органима и организацијама су систематизоване посебне унутрашње организационе јединице које обављају послове у области европских интеграција или су именовани државни службеници који представљају контакт особе за област европских интеграција у конкретним органима¹⁸.

13 Министарство спољних послова је, између осталог, надлежно за провођење утврђене политике БиХ и рад на развоју међународних односа у складу са ставовима и смјерницама Предсједништва БиХ; предлагање утврђивања ставова о питањима од интереса за спољнополитичке активности и међународни положај БиХ; заступање БиХ у дипломатским односима према другим државама, међународним организацијама и на међународним конференцијама, и за непосредну комуникацију са дипломатским и представништвима других држава и мисијама међународних организација у БиХ и обављање стручних послова у вези са тим; праћење стања и развој међународних односа БиХ са другим државама, међународним организацијама и другим субјектима међународног права и међународних односа и да о томе извјештава Парламент БиХ, Предсједништво БиХ и Савјет министара; сарадњу с међународним организацијама, предлагање Предсједништву БиХ учлађење, односно учешће БиХ у раду међународних организација; припрему документације, анализа, информација и других материјала за потребе Предсједништва Босне и Херцеговине, Савјета министара и других органа надлежних за спровођење спољне политике. складу са чланом 8. Закона о министарствима и другим органима управе Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, бр. 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/2012, 6/13, 19/16 и 83/17.

14 ДЕИ је, између осталог, надлежна за усклађивање активности органа и институција у БиХ које се односе на одговарајуће активности потребне за европске интеграције, као и за координацију провођења одлука које доносе надлежни органи и институције БиХ, ентитета и БД БиХ у односу на све активности потребне за европске интеграције, у складу са тачком III Одлуке о Дирекцији за европске интеграције, „Службени гласник БиХ“, бр. 41/03.

15 То су: Уред Владе Федерације БиХ за европске интеграције, те уреди/службе за европске интеграције у Посавском, Зеничко-добојском, Средњехерцеговачком, Кантону 10 и Западнохерцеговачком кантону. Онлајн интервју са Иваном Јурићем, директором Канцеларије за европске интеграције Западнохерцеговачког кантона, 17.12.2024. године.

16 Тако је урађено у Кантону Сарајево, Херцеговачко-неретванском, Тузланском, Унско-санском и Босанско-подринском кантону. Онлајн интервју са Иваном Јурићем, директором Канцеларије за европске интеграције Западнохерцеговачког кантона, 17.12.2024. године.

17 Закон о јавној управи Брчко дистрикта БиХ, „Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, бр. 18/24 – прецишћен текст.

18 На нивоу БиХ, правни основ за овај модалитет унутрашње организације органа управе у области европских интеграција је уређен Одлуком о успостављању организационих јединица за европске интеграције у органима управе Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, бр. 66/08. У ентитетима и БД БиХ нису донесени посебни правни акти који би уредили ово питање, али у органима управе и управним организацијама се према

Креирање механизма координације процеса европских интеграција у БиХ је започето на темељу чињенице да је процес европских интеграција комплексан и да његово одвијање није само спољнополитичко (што би сугерисало првенство Предсједништва БиХ у складу са његовим надлежностима), него се тиче низа надлежности институција БиХ, ентитета, кантона и БД БиХ у различитим областима друштвеног живота¹⁹. На том трагу, правилно је утврђено да функционалан механизам координације процеса европских интеграција у БиХ мора уважити не само спољнополитичке надлежности институција БиХ, него и надлежности ентитета (укључујући и кантоне у Федерацији БиХ), односно Брчко Дистрикта БиХ, полазећи од расподеле надлежности између БиХ и ентитета. С друге стране, ентитети су дужни пружити сву потребну помоћ институцијама БиХ, како би им омогућили испуњавање међународних обавеза БиХ, у складу са чланом III/2.6) Устава БиХ.

Узимајући у обзир претходно наведене правне претпоставке за уређивање система координације процеса европских интеграција у БиХ је креиран сложен и вишестепен механизам координације. Ова нужност механизма координације процеса европских интеграција у БиХ је сликовито изражена чланом 2. став (2) Одлуке о систему координације који утврђује: „Координација процеса европских интеграција у БиХ заснива се на принципима поштовања унутрашње правне и политичке структуре у БиХ и заштите уставима дефинисаних надлежности свих нивоа власти и њихових институција у појединим областима обухваћеним процесом европских интеграција, осигурања видљивости, те одговорности свих нивоа власти за благовремено и дјелотворно испуњавање обавеза из процеса европских интеграција из њихове надлежности“. Тиме је процес формулисања усаглашеног става БиХ у односима са институцијама ЕУ, а поводом извршења уговорних обавеза из Споразума о стабилизацији и придруживању, као и других обавеза из процеса европских интеграција, обиљежен правом и одговорношћу свих надлежних нивоа власти у БиХ да учествују у формулисању таквог става. Одлука о систему координације уређује два нивоа координације: 1) хоризонтални (остварује се унутар једног нивоа организације власти – ниво БиХ, ентитетски, кантонални, те ниво БД БиХ) и 2) вертикални (координација између различитих нивоа власти у БиХ). Одлуком о систему координације је уређен искључиво вертикални ниво механизма координације, док је сваки ниво власти у БиХ овлашћен да самостално уреди хоризонтални ниво координације, узимајући у обзир њихове засебне уставне поретке и управноправне специфичности, капацитете и потребе.

Како је већ раније истакнуто, на нивоу БиХ за хоризонталну координацију је задужена ДЕИ, у складу са тачком III Одлуке о Дирекцији за европске интеграције

Хоризонтална координација у Републици Српској уређена је Одлуком о остваривању координације републичких органа управе у спровођењу активности у области европских интеграција и међународне сарадње²⁰. Чвориште хоризонталне координације у Републици

потреби оснивају унутрашње организационе јединице за европске интеграције или се именују координатори за европске интеграције из реда државних службеника. Њих(ови) кадрови по правилу чине састав радних група за европске интеграције из Одлуке о систему координације.

¹⁹ На тај начин остварује се битан предуслов за чланство у ЕУ, а то је развој „административног капацитета“ БиХ да примјењује право ЕУ. Видјети: Stevan Lilić i Katarina Golubović, *Evropsko upravno pravo* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011), 35.

²⁰ Одлука о остваривању координације републичких органа управе у спровођењу активности у области европских интеграција и међународне сарадње, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 119/18.

Српској лоцирано је у Министарству за европске интеграције и међународну сарадњу (конкретније у Ресору за европске интеграције), у сарадњи са кабинетима председника Владе Републике Српске и председника Републике Српске, у циљу обезбјеђења јединственог дјеловања републичких органа управе, заступања јединствених ставова Републике Српске, те заштите њене уставне позиције и надлежности у процесу европских интеграција и међународне сарадње (тачке II и IV Одлуке о остваривању координације републичких органа управе у спровођењу активности у области европских интеграција и међународне сарадње). Републички органи управе су дужни да се, приликом реализације активности у процесу европских интеграција, поред релевантних одредаба уставних и законских прописа и наведене Одлуке придржавају и Кодекса понашања именованих представника из Републике Српске у радним тијелима за израду закона, других прописа и пројеката на нивоу Босне и Херцеговине²¹.

Када је ријеч о хоризонталној координацији у Федерацији БиХ, важно је нагласити да је међуинституционална координација и сарадња у процесу европских интеграције утемељена на одредбама закона којима је регулисан, одређен и институционализован рад органа управе, а прије свега на основу Закона о управном поступку Федерације БиХ, Закона о организацији органа управе у Федерацији БиХ и Закона о федералним министарствима и другим тијелима федералне управе. У Федерацији БиХ се, дакле, правни основ за хоризонталну координацију и међуинституционалну сарадњу црпи из постојећег правног оквира. Такође, Законом о организацији органа управе у Федерацији БиХ наглашена је обавеза органа да међусобно сарађују (и хоризонтално и вертикално) укључујући ту и сарадњу у контексту потребе извршавања међународних обавеза БиХ и Федерације БиХ²².

У БД БиХ хоризонталном координацијом органа јавне управе у процесу европских интеграција управља Одјељење за европске интеграције и међународну сарадњу Владе БД БиХ, док су ради cjеловитости хоризонталне координације процеса европских интеграција у другим одјељењима и институцијама БД БиХ (из све три гране власти) именоване контакт особе за европске интеграције, уз истовремену обавезу службеника и намјештеника у органима и институцијама БД БиХ да путем именованих контакт особа и уз сагласност руководиоца органа и институција достављају потребне информације Одјељењу за европске интеграције и међународну сарадњу Владе БД БиХ.

Остваривање вертикалне координације омогућено је посредством заједничких тијела: 1) Колегијума за европске интеграције, 2) министарских конференција, 3) Комисије за европске интеграције и 4) радних група за европске интеграције.

Колегијум за европске интеграције је највише политичко тијело механизма координације, које обезбјеђује усаглашеност ставова о кључним, стратешким и политичким питањима у области европских интеграција те, у крајњој инстанци, отклања евенуталне застоје у испуњавању обавеза из процеса интеграције БиХ у ЕУ (члан 4. став (1) Одлуке о систему координације). Састав Колегијума за европске интеграције чине председавајући и замјеници председавајућег Савјета министара БиХ, председник и два члана Владе

²¹ Кодекс понашања именованих представника из Републике Српске у радним тијелима за израду закона, других прописа и пројеката на нивоу Босне и Херцеговине, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/08.

²² Онлајн интервју са Аднаном Татаром, Уред Владе Федерације БиХ за европске интеграције, 7.3.2019. године; Онлајн интервју са Иваном Јурићем, директором Канцеларије за европске интеграције Западнохерцеговачког кантона, 17.12.2024. године.

Федерације БиХ, предсједник и два члана Владе Републике Српске, предсједници влада кантона и градоначелник БД БиХ. Сједнице Колегијума за европске интеграције се одржавају најмање два пута годишње (позив за сједницу обавезно се доставља свим члановима Колегијума најкасније пет радних дана прије дана одржавања сједнице), а функцију секретаријата Колегијума обавља ДЕИ. Сва техничка питања у вези са радом Колегијума за европске интеграције регулисана су пословником о раду (члан 4. Одлуке о систему координације).

Министарске конференције се формирају према секторским областима у складу са поглављима правне тековине ЕУ (нпр. за економске и финансијске послове, животну средину, пољопривреду и рибарство, енергетику итд.), а на основу упутстава која усвајају надлежне владе. Чине их ресорно надлежни министри Савјета министара БиХ, ентитетских и кантоналних влада, те Владе БД БиХ, у зависности од њихових надлежности и питања које је предмет одлучивања. Сједнице министарских конференција се одржавају по потреби (позив за сједницу министарске конференције обавезно се доставља свим члановима министарске конференције најкасније пет радних дана прије дана одржавања сједнице), предсједавају им по принципу ротације надлежни министри, а функцију секретара министарских конференција обављају именована лица из институција предсједавајућих ових конференција, у сарадњи са ДЕИ. Свака министарска конференција усваја јединствени пословник о раду којим се уређују техничка питања од значаја за начин рада министарске конференције (члан 5. Одлуке о систему координације).

Комисију за европске интеграције формирао је Савјет министара, Одлуком о успостављању Комисије за европске интеграције²³. Комисија за европске интеграције је задужена за општу, техничку, оперативну и методолошку координацију процеса европских интеграција, те у том циљу остварује комуникацију са вишим и нижим тијелима механизма координације и представља својеврсну спону између њих, ДЕИ и сталних делегација БиХ у заједничким тијелима БиХ и ЕУ. У састав Комисије за европске интеграције улазе стални чланови (директор ДЕИ као предсједавајући, представници ентитетских влада као замјеници предсједавајућег, представници кантоналних влада, владе БД БиХ, те секретар Комисије кога именује ДЕИ) и допунски чланови (нпр. предсједавајући радних група за европске интеграције, чланови академске заједнице и др. лица одредива у складу са чланом 7. став (2) Одлуке о систему координације, који у раду Комисије учествују по позиву предсједавајућег Комисије и уз сагласност свих сталних чланова). Комисија се састаје по потреби, а најмање једном у два мјесеца (позив за сједнице се обавезно доставља свим сталним члановима Комисије најкасније пет радних дана прије дана одржавања сједнице Комисије). Функцију секретаријата Комисије врши ДЕИ. Комисија уређује техничка питања од значаја за њен рад пословником о раду (члан 6-8 Одлуке о систему координације).

Радне групе за европске интеграције представљају оперативна тијела која дјелују у складу са смјерницама Комисије за европске интеграције, а успостављају се у складу са правном тековином ЕУ и тематским поглављима Споразума о стабилизацији и придруживању. Чине их представници надлежних органа управе са свих нивоа власти у БиХ, у зависности од њихових надлежности и питања које је предмет одлучивања. Радне групе за европске интеграције одлуком успоставља Савјет министара на приједлог ДЕИ, а на основу одлука о именовањима које претходно доносе надлежне институције на свим нивоима власти у

23 Одлука о успостављању Комисије за европске интеграције, „Службени гласник БиХ“, бр. 79/16, 93/16 и 71/17.

БиХ. Састанци радних група за европске интеграције се одржавају по потреби, а функцију секретара радних група за европске интеграције обављају именована лица из институција председавајућих радних група (који се одређују према принципу ротације представника надлежних институција), у сарадњи са ДЕИ. Техничка питања од значаја за рад свих радних група за европске интеграције уређују се јединственим пословником о раду који доноси Комисија за европске интеграције (чланови 9. и 10. Одлуке о систему координације).

Премда је Одлука о механизму координације на снази готово деценију, процес успостављања структура предвиђених овом одлуком са ове временске дистанце се мое углавном оцијенити као неефикасан. Додајући томе честе политичке тензије, поготово на нивоу БиХ, функционисање механизма координације се суочава са бројним изазовима који његове перспективе чине неизвјесним, какав је уосталом до сада био и европски пут БиХ.

3. ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ ФУНКЦИОНИСАЊА МЕХАНИЗМА КООРДИНАЦИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Посебно значајан елемент механизма координације, који доприноси усклађивању са европским управним простором, представљају процедуре рада заједничких тијела која чине структуру механизма координације²⁴.

Једна од кључних процедуралних одредби у оквиру механизма координације је члан 3. став (2) Одлуке о систему координације прописује да кворум за одржавање састанака и одлучивање заједничких тијела чине овлашћени представници свих нивоа власти у БиХ, узимајући у обзир њихове надлежности и питања која су предмет одлучивања (тако нпр. у случајевима када су кантони искључиво надлежни за одређено питање њихови представници обавезно учествују на састанцима, што неће бити случај ако је питање о коме се одлучује у искључивој надлежности Федерације БиХ). Начин рада свих заједничких тијела детаљније се уређује пословницима о раду, њихови састанци по правилу нису јавни и одржавају се по потреби²⁵, а одлуке се доносе консензусом. Илустративан примјер функционисања механизма координације представља процес одговарања на Упитник Европске комисије, када су усаглашени одговори достављени ЕУ координаторима на свим нивоима власти у БиХ на потврђивање, након чега су потврђене одговоре одобрили Савјет министара, ентитетске и

24 Уз ове процедуре, за усклађивање са принципима европског управног простора нарочито су значајне процедуре израде и координације јавних политика. О томе видјети: Nevenko D. Vranješ, „Analiza usklađenosti razvoja javnih politika u zemljama Zapadnog Balkana sa standardima Evropske unije“, *Strani pravni život*, god. LXV, br. 1/2021, 35.

25 До марта 2019. године су се најчешће одржавали ради припреме свеобухватних одговора БиХ на Упитник Европске комисије, путем којих је ЕУ процјенивала спремност БиХ за стицање статуса кандидата и отварање преговора о приступању ЕУ. У истом периоду, састанци Колегијума за европске интеграције и Комисије за европске интеграције су се одржавали у Сарајеву, док су састанци радних група за европске интеграције углавном одржавани у Сарајеву, затим у Бањој Луци и у мањој мјери у Широком Бријегу. Онлајн интервју са Весном Хрсто, ЕУ координатором Владе Западнохерцеговачког кантона, 5.3.2019. године; Онлајн интервју са Кристином Црњац, ЕУ координатором Владе Херцеговачко-неретванског кантона, 7.3.2019. године. Онлајн интервју са Дијаном Дедић, координатором Владе Унско-санског кантона за европске интеграције, 21.3.2019. године.

кантоналне владе, те Влада БД БиХ²⁶. Како би механизам координације био континуирано функционалан, чланом 3. став (1) Одлуке о систему координације прописана је обавеза институција на свим нивоима власти у БиХ да обезбиједе учешће својих представника на састанцима заједничких тијела.

Битан процедурални елемент механизма координације у БиХ је могућност предвиђена чланом 3. став (3) Одлуке о систему координације да се све усвојене одлуке (изузев одлука Колегијума за европске интеграције, као највишег тијела) могу преиспитати од стране виших тијела у оквиру механизма, и то у року од 10 дана од дана усвајања. Поред тога, по узору на сличан механизам из белгијског федерализма, члан 3. став (4) Одлуке о систему координације уређује да се у случају неусаглашавања одлука од стране појединих заједничких тијела, одлучивање о спорном питању у форми захтјева, уз образложење и приједлоге могућих рјешења, просљеђује непосредно вишем тијелу²⁷, закључно са Колегијумом за европске интеграције.

Током претходне деценије механизам координације процеса европских интеграција у БиХ је постепено изграђиван, због чега сва заједничка тијела нису истовремено успостављена. Након стицања статуса кандидата за чланство у БиХ, примјетан је нешто већи активизам заједничких тијела, иако постоји још много простора за напредак. Овдје ће бити ријечи о актуелним активностима највиших заједничких тијела у оквиру механизма координације: Колегијуму за европске интеграције, министарским конференцијама и Комисији за европске интеграције.

На последњој, 7. сједници Колегијума за европске интеграције „Колегијум за европске интеграције је задужио чланове радних група Колегијума за европске интеграције да прегледају достављене материјале за експланаторни скрининг те да унутар својих институција идентификују сва питања која је потребно поставити Европској комисији, а у вези са правном тековином Европске уније. Колегијум за европске интеграције је приоритетним оцијенио доношење одлуке о успостављању структура за приступне преговоре између Босне и Херцеговине и Европске уније, чиме би се ојачала преговарачка позиција Босне и Херцеговине, уз напомену да у свакој фази буду укључени сви надлежни нивои власти. Предсједавајућа Кришто је истакла неопходност хитног успостављања структура за приступне преговоре између Босне и Херцеговине и Европске уније, именовање главног преговарача и преговарачког тима. С циљем унапређења модела Програма интегрисања БиХ у ЕУ, Колегијум за европске интеграције је задужио Комисију за европске интеграције да, након консултационог састанка с Европском комисијом, припреми нову методологију израде Програма интегрисања Босне и Херцеговине у Европску унију у складу с коментарима Европске комисије на радни материјал Програма интегрисања БиХ у ЕУ“²⁸.

26 Онлајн интервју са Кристином Црњац, ЕУ координатором Владе Херцеговачко-неретванског кантона, 7.3.2019. године; Онлајн интервју са Аднаном Татаром, Уред Владе Федерације БиХ за европске интеграције, 7.3.2019. године.

27 У неколико наврата питања поводом којих није било могуће постићи консензус су прослијеђивана од стране радних група за европске интеграције непосредно вишем тијелу – Комисији за европске интеграције. Видјети: Одговор на заступничко питање, [https://static.parlament.ba/doc/159945_1475-%20Sa%c5%a1a%20Magazinovi%c4%87%20-%20odgovor%20VMBiH%20\(DEI\).pdf](https://static.parlament.ba/doc/159945_1475-%20Sa%c5%a1a%20Magazinovi%c4%87%20-%20odgovor%20VMBiH%20(DEI).pdf), приступљено 24.11.2024. године.

28 Видјети: Одржана 7. сједница Колегијума за европске интеграције, https://www.vijeceministara.gov.ba/saopstenja/saopstenja_predsjedavajuceg/default.aspx?id=43125&langTag=sr-SP-Cyrl, приступљено 21.11.2024. године.

Првих неколико година након доношења Одлуке о систему координације министарске конференције нису одржале ни једну сједницу, што је била очигледна дисфункција у функционисању механизма координације чије је отклањање релативно скоро започето. Закључно са крајем 2024. године, од укупно 12 министарских конференција успостављено је одржавањем првих иницијалних састанака само пет министарских конференција, што указује да су министарске конференције у досадашњем развоју механизма координације најслабија карика²⁹. На том трагу, министарска конференција за економске и финансијске послове је своју прву конститутивну сједницу одржала тек 24. 5. 2021. године, готово пет година након успостављања механизма координације³⁰. Чини се да је рјешење овог проблема могуће појачаним ангажманом влада ентитета и Савјета министара, који би морали да преузму политичку одговорност за деблокаду овог важног сегмента механизма координације³¹.

На посљедњем 16. састанку Комисије за европске интеграције „Комисија је обавила информативне разговоре са руководством радних група за европске интеграције те донијела закључке којим је утврђена обавеза окончања активности на финализацији Програма интегрисања БиХ у ЕУ“³². С обзиром на број састанака у претходном периоду, може се тврдити да је Комисија за европске интеграције најактивније заједничко тијело у механизму координације.

Одлуком о успостављању радних група за европске интеграције формирано је 36 радних група чији је дјелокрут рада у складу са правном тековином ЕУ и критеријумима приступања. У прилогу исте одлуке поименично су одређени председавајући радних група. Свака радна група има три председавајућа који се ротирају према редослиједу председавања, а долазе из надлежних институција на нивоима БиХ и ентитета. Судећи према доступним информацијама о именовањима чланова радних група за европске интеграције у најмногољуднијој федералној јединици у Федерацији БиХ - Кантону Сарајево, функционисање радних група за европске интеграције је у 2024. години још у почетној фази и тек треба да да

29 До сада су конституисане: Министарска конференција за економске и финансијске послове, Министарска конференција за пољопривреду и рибарство, Министарска конференција за унутрашње послове, Министарска конференција за запошљавање и социјалну политику и Министарска конференција за тржиште, трговину, конкурентност, индустрију и царине. Још увијек нису конституисане: Министарска конференција за правосуђе и основна права, Министарска конференција за животну средину, Министарска конференција за здравље и заштиту потрошача, Министарска конференција за транспорт и телекомуникације, Министарска конференција за енергију, Министарска конференција за образовање, науку, младе, културу и спорт и Министарска конференција за остала питања. Интервју са мр Радмилом Драгишић, в. д. помоћника министра за европске интеграције у Министарству за европске интеграције и међународну сарадњу, Бања Лука, 13.12.2024. године; Онлајн интервју са Иваном Јурићем, директором Канцеларије за европске интеграције Западнохерцеговачког кантона, 17.12.2024. године; Онлајн интервју са Аднаном Татаром, Уред Владе Федерације БиХ за европске интеграције, 17. 12. 2024. године.

30 Видјети: Конституисана Министарска конференција за економске и финансијске послове у процесу ЕУ, <https://mft.gov.ba/publication/read/konstituirana-ministarska-konferencije-za-ekonomске-i-finansijske-poslove-u-procesu-eu?pagelD=94&lang=sr>, приступљено 21.11.2024. године.

31 Када је ријеч о Републици Српској, конкретан корак у овом правцу је преузет доношењем рјешења Владе Републике Српске о утврђивању институционалних представника Владе Републике Српске који учествују у појединачним министарским конференцијама у систему координације процеса европских интеграција, бр. 04/1-012-2-925/19 од 3. 4. 2019. године.

32 Одржан 16. састанак Комисије за европске интеграције, <https://fbihvlada.gov.ba/bs/odrzan-16-sastanak-komisije-za-evropske-integracije>, приступљено 21.11.2024. године.

видљивије резултате у процесу европских интеграција³³. У досадашњем периоду радне групе су се углавном састајале путем електронских сједница (пракса започета током пандемије Ковид-19, али настављена и након пандемије), уз комуникацију путем електронске поште, а поводом конкретних питања као што су израда одговора на упитник Европске комисије и нацрта Програма интегрисања³⁴. Ипак, као узоран примјер подршке функционисања механизма координације процеса европских интеграција издвајају се израда Информационог система за подршку процесу европских интеграција који омогућава електронску интеракцију свих учесника у процесу европских интеграција, као и бројне обуке за чланове радних група, све у организацији ДЕИ. С друге стране, као недостатак у функционисању радних група за европске интеграције истичу се кашњења у достављању информација у Информациони систем, јер се поједине радне групе (њих 14) нису придржавале рокова за реализацију активности, упркос томе што су ови рокови били знатно продужени услјед пандемије Ковид-19³⁵.

Након што вертикално структурисана заједничка тијела механизма координације у БиХ формулишу усаглашен став БиХ о одређеном питању, комуникација према институцијама ЕУ се одвија посредством сталних делегација БиХ у заједничким тијелима БиХ и ЕУ, а то су: 1) Стална делегација БиХ у оквиру Савјета за стабилизацију и придруживање; 2) Стална делегација БиХ у оквиру Одбора за стабилизацију и придруживање; 3) сталне делегације БиХ у оквиру пододбора за стабилизацију и придруживање и 4) сталне делегације БиХ у оквиру других заједничких тијела. У складу са чланом 11. став (5) Одлуке о систему координације, сталне делегације БиХ су дужне да на састанцима заједничких тијела БиХ и ЕУ заступају и презентују искључиво ставове који су усаглашени у оквиру механизма координације процеса европских интеграција у БиХ, а према одредби члана 12. Одлуке о систему координације, искључиво тако усаглашени ставови могу бити представљени као јединствен став у име БиХ у комуникацији са институцијама ЕУ³⁶.

33 Премијер Ук с члановима радних група за европске интеграције: Одговорно и квалитетно представите Кантон Сарајево, <https://vlada.ks.gov.ba/aktuelnosti/novosti/premijer-uk-s-clanovima-radnih-grupa-za-evropske-integracije-odgovorno-i>, приступљено 24.11.2024. године.

34 С тим у вези, заговара се успостављање стварне и континуиране координације као суштинског одређења система координације умјесто парцијалне координације поводом појединих питања. Онлајн интервју са Иваном Јуриљем, директором Канцеларије за европске интеграције Западнохерцеговачког кантона, 17.12.2024. године.

35 Одговор на заступничко питање, [https://static.parlament.ba/doc/159945_1475-%20Sa%c5%a1a%20Magazinovi%c4%87%20-%20odgovor%20VMBiH%20\(DEI\).pdf](https://static.parlament.ba/doc/159945_1475-%20Sa%c5%a1a%20Magazinovi%c4%87%20-%20odgovor%20VMBiH%20(DEI).pdf), приступљено 24.11.2024. године.

36 Према појединим ауторима, сплет правно уређених односа администрација националних држава и институција ЕУ твори Европско управно право. Упореди: Ieva Deviatnikovaite, "EU Administrative Law – What are EU-Level Public Administrators?", *Hungarian Journal of Legal Studies*, Vol. 59, No. 1 (2018), 20-21; Lilić i Golubović, *Evropsko upravno pravo*, 15-17.

4. МЕХАНИЗМИ КООРДИНАЦИЈЕ СА ЕВРОПСКОМ УНИЈОМ У ПОЈЕДИНИМ ЕВРОПСКИМ ФЕДЕРАЦИЈАМА

Од краја XX вијека интензивирана је сарадња и међузависност између држава, што је оставило специфичан траг и на функционисање федералних држава³⁷. Полазећи од тога да су у правилу спољни послови у надлежности савезних држава, (премда фрагменти спољно-политичких надлежности савезним уставима могу бити дати федералним јединицама), уз истовремену дужност надлежних савезних органа да у вођењу спољне политике уважавају искључиве надлежности и кључне интересе федералних јединица³⁸. Из претходно наведеног слиједи дужност федерације и федералних јединица да свака у областима из своје надлежности примјењују одредбе ратификованих међународних уговора, што нарочито долази до изражаја у европским федерацијама које су чланице ЕУ или су успоставиле билатералне односе са ЕУ. Наиме, у овим федерацијама готово свим управним областима интензивирана је управна конвергенција са ЕУ која је довела до креирања јединственог европског управног простора³⁹ и обухвата сплет канала комуникације између администрација ЕУ и држава чланица (па чак и држава које нису чланице ЕУ)⁴⁰. С тим у вези, на сљедећим страницама биће анализирана искуства двије европске федерације – Белгије и Швајцарске.

Вишедеценијско чланство Белгије у ЕУ је између осталог омогућило да, паралелно са федерализацијом претходно унитарно уређене државе, федерација и федералне јединице интензивирају вертикалну и хоризонталну међувладину сарадњу, примарно у форми споразума о сарадњи, а у циљу осигурања примјене права ЕУ. На том трагу, аутори Јан Бејерс (*Jan Beyers*) и Петер Бурсенс (*Peter Bursens*) наводе да „европске интеграције охрабрују федерацију, регионе и заједнице да успоставе механизме сарадње у оквирима уставних одредби белгијског дуалног федерализма“, те да „европеизација ублажава или омекшава двојну природу белгијског федерализма и подстиче постепени развој ка кооперативним облицима формалног и неформалног управљања“⁴¹. Својеврсна „европеизација извршних надлежности“ у белгијском двојном федерализму за посљедицу је, између осталог, довела до установљења овлашћења федерације да под одређеним условима ступи на мјесто федералних јединица које не извршавају обавезе произашле из права ЕУ, на њихов трошак, и то

37 Опширније видјети: Harvey Lazar, Hamish Telford, Ronald L. Watts eds., *The Impact of Global and Regional Integration on Federal Systems: A Comparative Analysis* (Montreal&Kingston, London, Ithaca: Institute of Intergovernmental Relations, School of Policy Studies, Queen's University, McGill-Queen's University Press, 2003).

38 Према једном схватању, за успјешно вођење спољне политике федералних држава најбоље је примјењивати принцип заједничког формулисања спољнополитичких одлука које се истовремено тичу надлежности федерације и федералних јединица, што је могуће и практично реализовати учешћем представника федералних јединица у спољнополитичким делегацијама и међународним организацијама. Видјети: Arnold Koller et al. (Thürer, Daniel, Dafflon, Bernard, Ehrenzeller, Bernhard, Pfisterer, Thomas, Waldmann, Bernhard), *Principles of Federalism: Guidelines for Good Federal Practices – a Swiss contribution*, (Baden-Baden, Zürich, St. Gallen: Nomos, Dike, 2012), 83-85.

39 Andras Torma, "The European Administrative Space", *European Integration Studies*, Volume 9, Number 1 (2011), 149.

40 Eva G. Heidbreder, "Structuring the European Administrative Space – Channels of EU Penetration and Mechanisms of National Change", *KFG Working Paper "The Transformative Power of Europe"*, No. 5, (Berlin: Freie Universität, September 2009), 7-11.

41 Céline Romainville, "Dynamics of Belgian plurinational federalism: a small state under pressure", *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 38:225, (2015), 247-248.

све док федералне јединице не изврше дате обавезе (члан 16 став 3 Специјалног закона од 8. августа 1980. године).

Координација односа Белгије са ЕУ је примарно у надлежности два савезна тијела: 1) Савезне јавне службе за спољне послове и 2) Генералне дирекције за координацију и европске послове, која је орган управе у саставу Савезне јавне службе за спољне послове⁴². При том, Генерална дирекција за координацију и европске послове је примарни орган за остваривање координације органа савезне управе и органа управе белгијских федералних јединица (заједница и региона) са члановима Сталног представништва Белгије при ЕУ, ради формулисања и заступања јединственог става Белгије у Савјету ЕУ и Европском савјету. Поред претходно наведена два тијела, као „помоћни“ механизми координације, основана су још три тијела: 1) Међуминистарска конференција за спољну политику (*La Conférence Interministérielle Politique Etrangère - CIPE*), 2) Комитет за сарадњу (*Comité de concertation*) и 3) Међуминистарски економски комитет (*Commission économique interministérielle - CEI*)⁴³. Ова три тијела треба да омогуће постизање консензуса у случајевима неслагања између надлежних министарстава федерације и федералних јединица. Коначно, сва министарства на савезном нивоу, као и на нивоу заједница и региона, именовала су координаторе за европске послове, који у цјелини узевши чине специјализовану мрежу управних службеника са основном функцијом олакшања сарадње између федерације и федералних јединица, а ради несметаног одвијања односа са ЕУ⁴⁴.

Посебан аспект координације федерације и федералних јединица у вези са реализацијом европских послова је и начин представљања Белгије у Савјету министара ЕУ, регулисан Споразумом о сарадњи од 8. марта 1994. године између федерације, заједница и региона. Овим споразумом је успостављен такав механизам координације који се заснива на равноправном учешћу управних службеника надлежних органа федерације, заједница и региона на прелиминарним управним састанцима које организује Генерална дирекција за координацију и европске послове. На тим састанцима се врши усаглашавање ставова Белгије ради одлучивања у Савјету министара ЕУ. Ако се на прелиминарним управним састанцима не могу усагласити различити ставови, спорна питања се упућују Међуминистарској конференцији за спољне послове, а само уколико нити ово тијело не успије постићи консензус поводом спорних питања иста се достављају Комитету за сарадњу на усаглашавање⁴⁵. Након што

42 Стално представништво Белгије у ЕУ има важну улогу у функционисању механизма координације, не само као „информационо чвориште“ између институција ЕУ и органа управе федерације и федералних јединица, него и као оквир за одвијање неформалне координације између службеника ЕУ и управних службеника из Белгије. Видјети: Denise Brühl-Moser, *Die schweizerische Staatsleitung: im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung mit Bezügen zu Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und Österreich*, (Bern: Stämpfli, 2007), 350-351.

43 Међуминистарски економски комитет је задужен искључиво за економска питања и чине га руководиоци државних службеници из органа федерације и федералних јединица надлежних за економска питања. Видјети: Brühl-Moser, *Die schweizerische Staatsleitung: im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung mit Bezügen zu Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und Österreich*, 349.

44 *Ibid.*, 350.

45 Овај механизам је допуњен паралелним тражењем компромиса путем секторских министарских конференција, као и на трilateralним координационим састанцима представника федералних јединица, па се њихови ставови само формализују пред Генералном дирекцијом за координацију и европска питања. Видјети: Yves Lejeune, „Participation of Sub-National Units in the Foreign Policy of the Federation”, in *Federalism in a Changing*

буде формулисан усаглашен белгијски став, савезни министар за спољне послове упућује такав став Сталном представнику Белгије при ЕУ, а један примјерак усаглашеног става се упућује министру који треба да учествује у одлучивању Савјету министара ЕУ. Иако се у пракси овај механизам координације углавном показао успјешним, у случају непостизања компромиса, представник Белгије у Одбору сталних представника или Савјету министара ЕУ се уздржава од гласања.

Најзад, у погледу система представљања Белгије у Савјету министара ЕУ, надлежни министри федерације, заједница и региона се у различитим сазивима Савјета министара ЕУ разврставају на шест категорија. У првој категорији (општи послови; спољни послови; економска и финансијска питања; правосуђе и унутрашњи послови; буџет; телекомуникације; цивилна заштита; заштита потрошача) Белгију представљају искључиво федерални министри. У другој категорији (саобраћај; енергетика; унутрашње тржиште; запошљавање и социјални послови; здравство) Белгију представља федерални министар са једним министром заједнице/региона у својству помоћника. У трећој категорији (индустрија, истраживање, животна средина) Белгију представља министар заједнице/региона са савезним министром у својству помоћника. У четвртој категорији (култура и аудиовизуални послови; образовање; питања младих; спорт; туризам; просторно планирање; становање; регионална политика) Белгију представљају искључиво министри заједнице/региона. У петој категорији (рибарство) Белгију представља искључиво надлежни фламански министар за рибарство. Коначно, у шестој категорији (пољопривреда) Белгију представља федерални министар са два помоћника без система ротације (Фламанац и Валонац). Представници различитих заједница и региона се ротирају шестомјесечно (изузев у петој и шестој категорији), с тим што валонски министри чешће учествују у раду Савјета за индустрију, фламански у Савјету за културу, а министри њемачке заједнице у Савјету за туризам⁴⁶.

Швајцарска има садржајан однос са ЕУ, утемељен на преко 120 билатералних споразума, иако није држава чланица ЕУ. Билатерални односи Швајцарске и ЕУ знатно су утицали на хоризонталне и вертикалне односе између органа јавне управе у швајцарском федерализму. Водећи орган за односе са ЕУ на савезном нивоу је Одсјек за Европу, која као унутрашња организациона јединица у саставу Савезног департмана за спољне послове има задатак да асистира Савезном савјету у координацији односа Швајцарске са ЕУ. У том циљу, Одсјек за Европу сарађује са Сталном мисијом Швајцарске у ЕУ, савезним органима управе, Конференцијом кантоналних влада и кантонима размјењујући неопходне информације, нарочито о правним и другим аспектима билатералних споразума са ЕУ⁴⁷.

Учешће кантона у формулисању швајцарске позиције приликом закључивања билатералних споразума са ЕУ, а нарочито приликом њиховог извршавања гарантовано је Уставом Швајцарске. У том смислу, члан 54. став (3) Устава Швајцарске изричито утврђује да је у вођењу спољне политике Конфедерација „дужна поштовати надлежности кантона и штитити њихове интересе“, а члан 55 прописује да ће „кантони бити консултовани о спољнополитичким одлукама које утичу на њихове надлежности или њихове суштинске интересе“, те да је с

World, Learning from Each Other (Raoul Blindenbacher and Arnold Koller eds.), The International Conference on Federalism, St. Gallen, Switzerland, 2002, 105.

⁴⁶ *Ibid.*, 108-109.

⁴⁷ Видјети: Federal Department of Foreign Affairs, Europe Division, доступно на <https://www.eda.admin.ch/eda/en/fdfa/foreign-policy/switzerland-europe/swiss-policy-europe.html>, приступљено 24.11.2024. године.

тим у вези „Конфедерација дужна цјеловито и правовремено информисати кантоне и консултовати се с њима“, узимајући у обзир њихове ставове, нарочито када су спољнополитичким одлукама тангиране њихове надлежности, када су кантони овлашћени да на одговарајући начин учествују у међународним преговорима. Важно је још истаћи и то да је координација кантона у односима са ЕУ путем Конференције кантоналних влада један од задатака овог узорног швајцарског координационог тијела између кантона. С тим у вези, кантони имају сталне представнике у Одсјеку за Европу, а Конференција кантоналних влада има представника у Сталној мисији Швајцарске у ЕУ, који прати одвијање билатералних односа са ЕУ у областима из кантоналне надлежности. Поред тога, учешће кантона у спољној политици је регулисано Савезним законом о партиципацији кантона у спољној политици Конфедерације од 22. децембра 1999. године (даље и: Савезни закон)⁴⁸, који детаљније уређује процедуре информисања и консултовања кантона у вођењу спољне политике, укључујући и билатералне односе са ЕУ. Приликом припремања спољнополитичких одлука које се тичу кантоналних надлежности и њихових суштинских интереса, Конфедерација је дужна да консултује кантоне који то захтијевају, а може то учинити и самоиницијативно (члан 4. став (1) Савезног закона), а Савезни савјет је дужан да узме у обзир њихове ставове, нарочито у областима кантоналних надлежности, а када одступа од тих ставова обавезан је навести разлоге за то (члан 4. став (3) Савезног закона). Штавише, Конфедерација је обавезна од представника кантона тражити да учествују у формулисању преговарачке позиције, а затим и у преговорима уколико се предмет преговора односи на неко питање из кантоналне надлежности. Конфедерација именује представнике кантона у преговорима на њихов приједлог (члан 5. ставови (1) и (3) Савезног закона), док су кантони обавезни да правовремено предузму неопходне мјере када је примјена међународног права у надлежности кантона (члан 7. Савезног закона).

Из ова два примјера европског упоредног федерализма могуће је црпити корисна искуства и смјернице за ефикасно функционисање механизма координације процеса европских интеграција у БиХ. При том, сматрамо да белгијски федерализам адекватније може пружити одговоре на дилеме функционисања механизма координације у БиХ као цјелини, док швајцарска пракса саткана на искуствима вишекантоналне заједнице, чију хоризонталну координацију осигурава Конференција кантоналних влада и слична међувладина тијела хоризонталног карактера, више одговара миљеу координације у Федерацији БиХ.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Структура и досадашње функционисање механизма координације процеса европских интеграција у БиХ указује на то да су органски носиоци процеса европских интеграција у БиХ надлежни органи на свим нивоима власти: Предсједништво БиХ, Савјет министара, Министарство спољних послова и ДЕИ на нивоу БиХ, предсједник Републике Српске, Влада Републике Српске и Министарство за европске интеграције и међународну сарадњу

⁴⁸ Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK) vom 22. Dezember 1999, доступно на <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19996351/index.html>, приступљено 24.11.2024. године.

Републике Српске на нивоу Републике Српске, те други надлежни органи у Федерацији БиХ и БД БиХ. При том, чини се да би нерационално било оснивати посебно Министарство за европске интеграције на нивоу БиХ, што потврђује искуство анализираних европских федерација.

Попут сличне појаве у другим европским федерацијама, процес европских интеграција је у БиХ несумњиво подстакао интензивнију међувладину сарадњу између органа управе на свим нивоима власти. На том трагу, а према оцјени појединих сталних чланова Комисије за европске интеграције, још у првим годинама примјене механизма координације он је вреднован као веома користан алат за сарадњу, због чега је препозната потреба за заједнички радом на његовом унапрјеђењу. С обзиром да је до децембра 2024. године механизам координације примјењиван искључиво у циљу припреме одговора на Упитник Европске комисије и израде нацрта Програма интегрисања БиХ у ЕУ, у том почетном периоду је указано на нужност разматрања свих питања из процеса европских интеграција (изричито су наведени програмирање средстава из Инструмента предприступне помоћи ЕУ) у оквиру постојећег механизма координације, што је оцијењено као предуслов изградњи међусобног дијалога и повјерења у БиХ. Досадашња примјена механизма координације процеса европских интеграција у БиХ показује да је овај механизам добро осмишљен, по узору на парадигматична белгијска рјешења, уз истовремено уважавање специфичности уставне структуре БиХ. С друге стране, стиче се утисак да се механизам координације недовољно користи, заобилази или етикетира као нефункционалан, како би се тражило његово ревидирање у правцу стављања тежишта управљања процеса европских интеграција на институције на нивоу БиХ. Међутим, будући да је овај механизам тренутно једина платформа за координацију између свих нивоа власти у БиХ, изгледа да би се пружањем шансе његовој цјеловитој и свеобухватној примјени почело изграђивати повјерење између различитих нивоа власти у БиХ и осигурала дјелотворност европског пута БиХ која је до сада углавном изостала⁴⁹. Из наведених разлога, механизам координације се може посматрати и као потенцијални „замајац“ развоја кооперативног федерализма у БиХ, не само у контексту европских интеграција него и координисања различитих политика између свих нивоа власти у БиХ када за то постоји заједнички интерес.

Једно од важних процедуралних питања које није регулисано Одлуком о систему координације, а морало би бити уређено прије ступања БиХ у ЕУ, је формулисање става БиХ када се поводом одређених питања не постигне консензус надлежних институција. У том погледу, примјерено карактеру босанскохерцеговачког федерализма било би белгијско рјешење према коме би представници БиХ у органима ЕУ били уздржани поводом таквих питања. С друге стране, швајцарска искуства остваривања координације између 26 кантона путем Конференције кантоналних влада и других хоризонталних међувладиних тијела могу бити сигуран путоказ за координацију унутар Федерације БиХ коју чини 10 кантона. Осим

⁴⁹ Интервју са мр Радмилом Драгишић, помоћником министра за европске интеграције у Министарству за европске интеграције и међународну сарадњу, Бања Лука, 26.12.2018. године; Онлајн интервју са Весном Хрсто, ЕУ координатором Владе Западнохерцеговачког кантона, 5.3.2019. године; Онлајн интервју са Кристином Црњац, ЕУ координатором Владе Херцеговачко-неретванског кантона, 7.3.2019. године; Интервју са мр Радмилом Драгишић, в. д. помоћника министра за европске интеграције у Министарству за европске интеграције и међународну сарадњу, Бања Лука, 13.12.2024. године; Онлајн интервју са Иваном Јуриљем, директором Канцеларије за европске интеграције Западнохерцеговачког кантона, 17.12.2024. године.

тога, с обзиром да координација између институција БиХ и ентитета (и кантона) поводом извршавања међународних уговора готово да изостаје у пракси, а ентитети (и кантони) су у потпуности искључени из поступка преговора за закључивање међународних уговора⁵⁰, мишљења смо да је измјенама и допунама Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора потребно детаљније уредити питање учешћа ентитета у припреми међународних уговора и испуњавању међународних обавеза БиХ. Истим законом Парламентарна скупштина БиХ би могла дефинисати за које међународне споразуме које закључе ентитети није неопходна њена сагласност, у складу са чланом III/2д Устава БиХ. Тиме би партиципација ентитета у вршењу спољних послова, према искуствима из упоредне праксе, требала довести до бољег спровођења међународних уговора - и оних у процесу европских интеграција.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

1. Brühl-Moser, Denise. *Die schweizerische Staatsleitung: im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung mit Bezügen zu Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und Österreich*. (Bern: Stämpfli, 2007).
2. Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK) vom 22. Dezember 1999, доступно на <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19996351/index.html>, приступљено 24. 11. 2024. године.
3. Vranješ, D. Nevenko, „Analiza usklađenosti razvoja javnih politika u zemljama Zapadnog Balkana sa standardima Evropske unije“, *Strani pravni život*, god. LXV, br. 1/2021: 31-45.
4. Vukadinović, Radovan, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, prvo izdanje*. (Kragujevac: Pravni fakultet – Centar za pravo Evropske unije Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, 2008).
5. Woelk, Jens, Domagoj Galić, Tatjana Sekulić. „Bosna i Hercegovina i europske integracije, ustavni učinci pridruživanja Europskoj uniji“. u *GRAĐANI, Ustav, Europa: rječnik osnovnih ustavnih pojmova u BiH = Citizens, Constitution, Europe : glossary of essential constitutional concepts in BiH*, Maja Sahadžić ... [et al.] (ur.), (Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2023).
6. Глодић, Душко. *Међународноправни субјективитет Европске уније, докторска дисертација (необјављено)*. (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013). (Glodić, Duško. *Međunarodnopravni subjektivitet Evropske unije, doktorska disertacija (neobjavljeno)*. (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013.))
7. Deviatnikovaite, Ieva. “EU Administrative Law – What are EU-Level Public Administrators?”. *Hungarian Journal of Legal Studies*, Vol. 59, No. 1 (2018): 19-39.

⁵⁰ Интервју са мр Радмилом Драгишић, помоћником министра за европске интеграције у Министарству за европске интеграције и међународну сарадњу, Бања Лука, 26.12.2018. године; Онлајн интервју са Весном Хрсто, ЕУ координатором Владе Западнохерцеговачког кантона, 5.3.2019. године; Онлајн интервју са Кристином Црњац, ЕУ координатором Владе Херцеговачко-неретванског кантона, 7.3.2019. године.

8. EUCO 34/22, <https://www.consilium.europa.eu/media/60872/2022-12-15-euco-conclusions-en.pdf>, приступљено 9. 11. 2024.
9. Закон о јавној управи Брчко дистрикта БиХ, „Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, бр. 18/24 – пречишћен текст. (Zakon o javnoj upravi Brčko distrikta BiH, „Slubeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 18/24 – prečišćen tekst).
10. Закон о министарствима и другим органима управе Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, бр. 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/2012, 6/13, 19/16 и 83/17. (Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“, br. 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/2012, 6/13, 19/16 i 83/17).
11. Закон о организацији органа управе у Федерацији БиХ, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 35/05. (Zakon o organizaciji organa uprave u Federaciji BiH, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05).
12. Закон о поступку закључивања и извршавања међународних уговора „Службени гласник БиХ“, бр. 29/00 и 32/13. (Zakon o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora „Službeni glasnik BiH“, br. 29/00 i 32/13.)
13. Интервју са мр Радмилом Драгишић, помоћником министра за европске интеграције у Министарству за европске интеграције и међународну сарадњу, Бања Лука, 26. 12. 2018. године. (Intervju sa mr Radmilom Dragišić, pomoćnikom ministra za evropske integracije u Ministarstvu za evropske integracije i međunarodnu saradnju, Banja Luka, 26. 12. 2018. godine).
14. Интервју са мр Радмилом Драгишић, в. д. помоћника министра за европске интеграције у Министарству за европске интеграције и међународну сарадњу, Бања Лука, 13.12.2024. године. (Intervju sa mr Radmilom Dragišić, v. d. pomoćnika ministra za evropske integracije u Ministarstvu za evropske integracije i međunarodnu saradnju, Banja Luka, 13.12.2024. godine).
15. Кодекс понашања именованих представника из Републике Српске у радним тијелима за израду закона, других прописа и пројеката на нивоу Босне и Херцеговине, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/08. (Kodeks ponašanja imenovanih predstavnika iz Republike Srpske u radnim tijelima za izradu zakona, drugih propisa i projekata na nivou Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 53/08).
16. Koller, Arnold, Daniel Thürer, Bernard Dafflon, Bernhard Ehrenzeller, Thomas Pfisterer, Bernhard Waldmann, *Principles of Federalism: Guidelines for Good Federal Practices – a Swiss contribution*. (Baden-Baden, Zürich, St. Gallen: Nomos, Dike, 2012).
17. Конституисана Министарска конференције за економске и финансијске послове у процесу ЕУ, <https://mft.gov.ba/publication/read/konstituirana-ministarska-konferencije-za-ekonomске-i-finansijske-poslove-u-procesu-eu?pageId=94&lang=sr>, приступљено 21. 11. 2024. године. (Konstituísana Ministarska konferencije za ekonomske i finansijske poslove u procesu EU, <https://mft.gov.ba/publication/read/konstituirana-ministarska-konferencije-za-ekonomске-i-finansijske-poslove-u-procesu-eu?pageId=94&lang=sr>, pristupljeno 21. 11. 2024. godine).
18. Кошутић, Будимир, Бранко Ракић и Бојан Милисављевић. *Увод у право европских интеграција, друго издање*. (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду,

- 2013). (Košutić, Budimir, Branko Rakić i Bojan Milisavljević. Uvod u pravo evropskih integracija, drugo izdanje. (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013).
19. Lazar, Harvey, Hamish Telford, Ronald L. Watts eds. *The Impact of Global and Regional Integration on Federal Systems: A Comparative Analysis*. (Montreal&Kingston, London, Ithaca: Institute of Intergovernmental Relations, School of Policy Studies, Queen's University, McGill-Queen's University Press, 2003).
 20. Lejeune, Yves. "Participation of Sub-National Units in the Foreign Policy of the Federation". in *Federalism in a Changing World, Learning from Each Other* (Raoul Blindenbacher and Arnold Koller eds.), The International Conference on Federalism, St. Gallen, Switzerland, 2002.
 21. Lilić, Stevan i Katarina Golubović. *Evropsko upravno pravo*. (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011), 35.
 22. Одговор на заступничко питање, [https://static.parlament.ba/doc/159945_1475-%20Sa%c5%a1a%20Magazinovi%c4%87%20-%20odgovor%20VMBiH%20\(DEI\).pdf](https://static.parlament.ba/doc/159945_1475-%20Sa%c5%a1a%20Magazinovi%c4%87%20-%20odgovor%20VMBiH%20(DEI).pdf), приступљено 24. 11. 2024. године. (Odgovor na zastupničko pitanje, [https://static.parlament.ba/doc/159945_1475-%20Sa%c5%a1a%20Magazinovi%c4%87%20-%20odgovor%20VMBiH%20\(DEI\).pdf](https://static.parlament.ba/doc/159945_1475-%20Sa%c5%a1a%20Magazinovi%c4%87%20-%20odgovor%20VMBiH%20(DEI).pdf), pristupljeno 24. 11. 2024. godine).
 23. Одлука о Дирекцији за европске интеграције, „Службени гласник БиХ“, бр. 41/03. (Odluka o Direkciji za evropske integracije, „Službeni glasnik BiH“, br. 41/03).
 24. Одлука о остваривању координације републичких органа управе у спровођењу активности у области европских интеграција и међународне сарадње, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 119/18. (Odluka o ostvarivanju koordinacije republičkih organa uprave u sprovođenju aktivnosti u oblasti evropskih integracija i međunarodne saradnje, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 119/18).
 25. Одлука о систему координације процеса европских интеграција у БиХ, „Службени гласник БиХ“, бр. 72/16 и 35/18. (Odluka o sistemu koordinacije procesa evropskih integracija u BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 72/16 i 35/18).
 26. Одлука о успостављању Комисије за европске интеграције, „Службени гласник БиХ“, бр. 79/16, 93/16 и 71/17. (Odluka o uspostavljanju Komisije za evropske integracije, „Službeni glasnik BiH“, br. 79/16, 93/16 i 71/17).
 27. Одлука о успостављању организационих јединица за европске интеграције у органима управе Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, бр. 66/08. (Odluka o uspostavljanju organizacionih jedinica za evropske integracije u organima uprave Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“, br. 66/08).
 28. Одлука о успостављању радних група за европске интеграције, „Службени гласник БиХ“, бр. 46/21. (Odluka o uspostavljanju radnih grupa za evropske integracije, „Službeni glasnik BiH“, br. 46/21).
 29. Одлука о утврђивању система хоризонталне координације Брчко дистрикта БиХ у процесу Европских интеграција, „Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, 35/18, 16/22, 5/23 и 24/23. (Odluka o utvrđivanju sistema horizontalne koordinacije Brčko distrikta BiH u procesu Evropskih integracija, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, 35/18, 16/22, 5/23 i 24/23).

30. Одлука о утврђивању чланова Сталне делегације Босне и Херцеговине у оквиру Савјета за стабилизацију и придруживање, „Службени гласник БиХ“, бр. 2/17. (Odluka o utvrđivanju članova Stalne delegacije Bosne i Hercegovine u okviru Savjeta za stabilizaciju i pridruživanje, „Službeni glasnik BiH“, br. 2/17).
31. Одржана 7. сједница Колегијума за европске интеграције, https://www.vijeceministara.gov.ba/saopstenja/saopstenja_predsjedavajuceg/default.aspx?id=43125&langTag=sr-SP-Cyrl, приступљено 21. 11. 2024. године. (Održana 7. sjednica Kolegijuma za evropske integracije, https://www.vijeceministara.gov.ba/saopstenja/saopstenja_predsjedavajuceg/default.aspx?id=43125&langTag=sr-SP-Cyrl, pristupljeno 21. 11. 2024. godine).
32. Одржан 16. састанак Комисије за европске интеграције, <https://fbihvlada.gov.ba/bs/odrzan-16-sastanak-komisije-za-evropske-integracije>, приступљено 21. 11. 2024. године. (Održan 16. sastanak Komisije za evropske integracije, <https://fbihvlada.gov.ba/bs/odrzan-16-sastanak-komisije-za-evropske-integracije>, pristupljeno 21. 11. 2024. godine).
33. Онлајн интервју са Аднаном Татаром, Уред Владе Федерације БиХ за европске интеграције, 7. 3. 2019. године. (Onlajn intervju sa Adnanom Tatarom, Ured Vlade Federacije BiH za evropske integracije, 7. 3. 2019. godine).
34. Онлајн интервју са Аднаном Татаром, Уред Владе Федерације БиХ за европске интеграције, 17. 12. 2024. године. (Onlajn intervju sa Adnanom Tatarom, Ured Vlade Federacije BiH za evropske integracije, 17. 12. 2024. godine).
35. Онлајн интервју са Весном Хрсто, ЕУ координатором Владе Западнохерцеговачког кантона, 5. 3. 2019. године. (Onlajn intervju sa Vesnom Hrsto, EU koordinatorom Vlade Zapadnohercegovačkog kantona, 5. 3. 2019. godine).
36. Онлајн интервју са Дијаном Дедић, координатором Владе Унско-санског кантона за европске интеграције, 21. 3. 2019. године. (Onlajn intervju sa Dijanom Dedić, koordinatorom Vlade Unsko-sanskog kantona za evropske integracije, 21. 3. 2019. godine).
37. Онлајн интервју са Иваном Јуриљем, директором Канцеларије за европске интеграције Западнохерцеговачког кантона, 17.12.2024. године. (Onlajn intervju sa Ivanom Juriljem, direktorom Kancelarije za evropske integracije Zapadnohercegovačkog kantona, 17.12.2024. godine).
38. Онлајн интервју са Кристином Црњац, ЕУ координатором Владе Херцеговачко-неретванског кантона, 7. 3. 2019. године. (Onlajn intervju sa Kristinom Crnjac, EU koordinatorom Vlade Hercegovačkoneretvanskog kantona, 7. 3. 2019. godine).
39. Премијер Ук с члановима радних група за европске интеграције: Одговорно и квалитетно представите Кантон Сарајево, <https://vlada.ks.gov.ba/aktuelnosti/novosti/premijer-uk-s-clanovima-radnih-grupa-za-evropske-integracije-odgovorno-i>, приступљено 24. 11. 2024. године. (Premijer Uk s članovima radnih grupa za evropske integracije: Odgovorno i kvalitetno predstavite Kanton Sarajevo, <https://vlada.ks.gov.ba/aktuelnosti/novosti/premijer-uk-s-clanovima-radnih-grupa-za-evropske-integracije-odgovorno-i>, pristupljeno 24. 11. 2024. godine).
40. Romainville, Céline. “Dynamics of Belgian plurinational federalism: a small state under pressure”. *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 38:225, (2015): 225-250.

41. Споразум о стабилизацији и придруживању са ЕУ, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори“, бр. 10/08. (Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU, „Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori“, br. 10/08).
42. Torma, Andras. “The European Administrative Space”. *European Integration Studies*, Volume 9, Number 1 (2011): 149-161.
43. Упутство о министарским конференцијама у систему координације процеса европских интеграција у Босни и Херцеговини, „Службени гласник БиХ“, бр. 43/17.
44. Уредба о Уреду Владе Федерације Босне и Херцеговине за европске интеграције, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 89/13. (Uredba o Uredu Vlade Federacije Bosne i Hercegovine za evropske integracije, „Službene novine Federacije BiH“, br. 89/13).
45. Устав БиХ. (Ustav BiH).
46. Heidbreder G. Eva. “Structuring the European Administrative Space – Channels of EU Penetration and Mechanisms of National Change”, *KFG Working Paper “The Transformative Power of Europe”*, No. 5, (Berlin: Freie Universität, September 2009).
47. Federal Department of Foreign Affairs, Europe Division, доступно на <https://www.eda.admin.ch/eda/en/fdfa/foreign-policy/switzerland-europe/swiss-policy-europe.html>, приступљено 24. 11. 2024. године.
48. Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina’s application for membership of the European Union {SWD(2019) 222 final}, <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/system/files/2019-05/20190529-bosnia-and-herzegovina-opinion.pdf>, приступљено 16.11.2024. године.

COORDINATION OF THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Bojan Vlaski⁵¹

Faculty of Law, University of Banja Luka

Summary: *The process of European integration in Bosnia and Herzegovina is one of the rare issues regarding which there is an almost unanimous consensus of power holders at all levels of the federal state structure, opposition leaders, academic community, and civil society organizations. After decades of stagnation, due to the change in geopolitical circumstances, this process gained momentum at the end of 2023 and the beginning of 2024. From the point of view of managing the process, the normative framework of the “European path” of Bosnia and Herzegovina is represented by the Decision on the Coordination Mechanism of the European Integration Process of BiH, adopted in 2016 by the Council of Ministers of BiH. The paper evaluates the application of this complex but useful mechanism so far. Then parallels are drawn with similar mechanisms in other European federal states. Finally, an analysis of challenges in the further functioning of the coordination mechanism is performed, and the perspectives of its application in the future are evaluated.*

Key words: *Mechanism of coordination, European integration, Bosnia and Herzegovina.*

⁵¹ Assistant Professor, e-mail: bojan.vlaski@pf.unibl.org; ORCID iD: 0009-0008-7914-5400.

UTICAJ PRAVNIH PRAVILA EVROPSKE UNIJE NA RJEŠAVANJE UPRAVNIH STVARI U RAZUMNOM ROKU U BOSNI I HERCEGOVINI

Admir Selesković¹

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Edina Šehrić²

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Ervina Ibrahimović³

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Sažetak: Jedna od osnovnih obaveza svake države kandidata za pristupanje Evropskoj uniji jeste usklađivanje domaćeg pravnog sistema s *acquis communautaire*, što predstavlja temeljnu pretpostavku za izgradnju jedinstvenog prava Unije i reguliranje društvenih odnosa na jedinstven ili barem sličniji način u svim državama članicama. Imajući u vidu da navedenu obavezu mora ispuniti i Bosna i Hercegovina kao država kandidat za pristupanje Uniji, neizostavan aspekt usklađivanja su i pravila upravnog procesnog prava. Pravo na dobru upravu kao jedan od najvažnijih instituta vladavine prava, utemeljeno Poveljom Evropske unije o temeljnim pravima, garantuje pojedincu da institucije, tijela, uredi i agencije Unije njegove predmete obrađuju nepristrasno, pravično i u razumnom roku. Drugim riječima, javnopravna tijela obavezna su rješavati upravne stvari i donositi odluke u razumnom roku kako bi građani ostvarili svoja prava i interese. Evropska unija razradila je upravno-procesna pravila i kroz druge pravne akte. Cilj ovog rada je utvrditi nivo usklađenosti bosanskohercegovačkog upravno-procesnog prava sa evropskim pravnim načelima i standardima u kontekstu rješavanja upravnih stvari u razumnom roku. Time se zapravo može odrediti koliko je zakonima o upravnom postupku u Bosni i Hercegovini potrebna reforma i modernizacija. Dobra zakonska rješenja upravnog postupka nesumnjivo pružaju dodatnu pravnu sigurnost za građane u dodiru s javnom upravom.

Ključne riječi: razuman rok, upravni postupak, upravna stvar, rješavanje, pravna pravila, Evropska unija.

¹ Magistar prava, pomoćnik generalnog sekretara na Pravnom fakultetu Univerziteta u Tuzli, +38762002659, admir.seleskovic@untz.ba

² Vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Tuzli, +38761380812, edina.sehric@untz.ba

³ Docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Tuzli, +38762075620, ervina.halilovic@untz.ba

1. UVOD

Dobro upravljanje i dobra uprava postali su nezaobilazni koncepti modernih država kroz koje se promiču demokratske vrijednosti, ljudska prava i vladavina prava. S gledišta javne uprave, vladavina prava s jedne strane stabilizuje i ograničava okvir njenog djelovanja, a s druge daje oslonac građanima i upravi da se suprotstave željama političke vlasti da djelovanje uprave pretjerano politizira.⁴ Koncepti dobrog upravljanja i dobre uprave imaju dugu historiju i postoje od početka moderne civilizacije. Čak su se i *Platon* i *Aristotel*, razvijajući ideje idealne države, bavili principom dobrog upravljanja i razlikama između lošeg upravljanja.⁵ Definiranje koncepta dobre uprave ovisi o načinu kako je posmatramo. S aspekta ustavnog prava, dobru upravu neophodno je proučavati uzimajući u obzir snažan odnos između izvršne vlasti i upravljanja koje državna uprava vrši.⁶ Dobra uprava može se posmatrati i kroz odnos građana i uprave, s obzirom na to da uprava treba osigurati demokratski okvir za aktivno učešće građana u društvenim poslovima, kroz odnos koji postoji između različitih nivoa vlasti i kroz njihov zajednički odnos prema centralnoj državnoj vlasti.⁷ Ako želimo da budemo precizniji, temelje modernog određenja dobre uprave pronaći ćemo u talijanskom i španskom pravnom sistemu. Talijanski ustav iz 1947. propisuje da talijanske agencije moraju biti organizovane tako da se postigne administrativna nepristrasnost i *buon andamento*, termin koji mnogi talijanski naučnici smatraju dobrom upravom.⁸ Španski ustav iz 1978. predviđa da javna uprava mora djelovati objektivno i nepristrasno, u skladu s principima efektivnog djelovanja, efikasnosti, ekonomičnosti i koordinacije, te također uspostavlja zabranu arbitrnog djelovanja.⁹ No, ovaj rad neće se baviti teorijskim aspektima dobre uprave, već će se ista posmatrati u pozitivno-pravnom kontekstu, prvenstveno kroz blagovremeno rješavanje upravnih stvari, s akcentom na domaću pravnu regulativu. Na temelju provedenih analiza i dobijenih rezultata istraživanja, u konačnici će se izvesti zaključci o ovoj izuzetno važnoj i aktuelnoj temi. Time se mogu ponuditi i prijedlozi daljeg unapređenja zakona o upravnom postupku u Bosni i Hercegovini. U svrhu provođenja ovog istraživanja, koje se zasniva na teorijskom, ali i u određenim dijelovima i praktičnom pristupu problemu, bit će korištena kombinacija nekoliko naučnih i istraživačkih metoda: historijske, normativno-pravne, komparativne, induktivne i deduktivne, te metode analize i sinteze.

4 Ivan Koprić et.al., *Upravna znanost – Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Studijski centar za javnu upravu i javne financije, 2021), 22.

5 Margarita Cheshmedzhieva, „The Right to Good Administration“, *American International Journal of Contemporary Research*, MMXIV, 4-8 (2014):64

6 Nicolae Pavel, „The Right to Good Administration“, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, MMXII, 4-2 (2012):922

7 Duško Lozina, Mirko Klarić, „Dobra uprava kao upravna doktrina u Evropskoj Uniji“, *Pravni vjesnik*, MMXII, 28-2 (2012):27

8 Juli Ponce, „Good Administration and Administrative Procedures“, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, MMV, 12-2 (2005):556

9 *Ibidem*.

2. UPRAVNO RJEŠAVANJE U RAZUMNOM ROKU U EVROPSKOJ UNIJI

2.1. Dobra uprava kao temelj blagovremenog upravnog rješavanja

Prema općem pravnom pravilu jedinstvenog važenja i primjene prava Evropske unije, ono mora na cijelom području Unije jedinstveno vrijediti i primjenjivati se na isti način, uvažavajući pri tome upravnu autonomiju i upravnu saradnju država članica, te primjenu evropskih upravnih standarda.¹⁰ Jedan od tih standarda svakako je koncept dobre uprave. Ako se posmatra hronološki, dobro upravljanje kao koncept primjenjivalo se i prije usvajanja Rezolucije Vijeća Evrope 1977. godine, koja predviđa određene principe kao temelje dobroj upravi, poput prava na saslušanje, pristup informacijama, pomoć i zastupanje, te smjernice o korištenju pravnih lijekova.¹¹ Dobro upravljanje je regulirano čl. 298. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije, prema kojem institucije, tijela, uredi i agencije Unije, u obavljanju svojih zadataka, imaju potporu otvorene, učinkovite i nezavisne evropske administracije.¹² Evolucija dobrog upravljanja ka prepoznavanju istog kao temeljnog prava, može se pratiti od pokušaja kodifikacije pravila upravnog postupka, preko različitih dokumenata evropskih tijela i sudske prakse, pa sve do uvrštavanja u Povelju o temeljnim pravima EU.¹³ Bez svake sumnje, Povelja je danas jedan od najvažnijih dokumenata kojim se štite prava pojedinaca u Evropskoj uniji i uglavnom se koristi kao polazna tačka za analizu prava na dobru upravu.

Kodificiranje pravnih pravila upravnog postupka u jednom propisu predstavlja težnju koja je prisutna u Evropskoj uniji duže od dva desetljeća.¹⁴ Evropski parlament i danas insistira na uspostavi jedinstvenih upravno-procesnih pravila, što se jasno može vidjeti u Rezoluciji o digitalizaciji i upravnom pravu iz novembra 2023.¹⁵ U Rezoluciji je naglašeno, da nakon 70 godina kontinuiranog razvoja javne uprave Unije i 13 godina od stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, nema opravdanja da se načela dobre uprave ne ugrade u obavezujuće zakonodavstvo, posebno kako bi se ona prilagodila digitalnom dobu.¹⁶ Iako se u evropskom društvu vode brojne rasprave o prednostima i nedostacima regulacije upravnog postupka na nivou EU, kodifikacija evropskih pravila upravnog postupka posebno je važna i preporučljiva u cilju postizanja sistematski obuhvaćenih i jedinstvenih procedura, postizanja koherentnosti između pravila i procedura, popunjavanja

¹⁰ Boris Ljubanović et.al., *Procesno-pravni aspekti prava EU* (Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2016), 196

¹¹ Mirlinda Batalli i Artan Fejzullahu, „Principles of Good Administration under the European Code of Good Administrative Behavior“, *Pécs Journal of International and European Law*, MMXVIII, 1 (2018):29

¹² *Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcioniranju Evropske unije (2016/C 202/01) – pročišćene verzije*, pristupljeno 26. januara 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME%2FTXT>

¹³ Ivan Koprić, ured. *Europeizacija hrvatske javne uprave* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Studijski centar za javnu upravu i javne financije, 2014), 8

¹⁴ Dario Đerđa i Ana Jerčinović, „Upravni postupak u pravu Evropske unije: kodifikacijski izazov“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, MMXX, 57-1 (2020):94

¹⁵ *Rezolucija Evropskog parlamenta od 22.11.2023. s preporukama Komisiji o digitalizaciji i upravnom pravu (2021/2161(INL))*, pristupljeno 27. januara 2024, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0426_HR.html

¹⁶ *Ibidem*.

praznina koje nedostaju u postojećem sistemu, ali i poboljšanja kvalitete i transparentnosti pravnog sistema cijele Unije.¹⁷ Naravno, trebamo imati u vidu da kodifikacija pravila upravnog postupka nije nimalo jednostavan posao. To posebno zato što države članice imaju vlastite zakone o upravnom postupku, pa bi se u slučaju donošenja jedinstvenog zakona na nivou Unije morala pomiriti različita zakonska rješenja članica. Osim toga, postavlja se pitanje u kojoj mjeri bi kodifikacija narušila upravnu autonomiju država članica. Analizirajući različita stajališta u teoriji po ovom pitanju, stiče se dojam da zagovaranje kodifikacije pravila ipak prevladava. Trenutno, pravila upravnog postupka u pravu Evropske unije sadržana su u različitim izvorima. Ona se izvede iz odredbi osnivačkih ugovora, ugovora o pristupanju i drugih izvora primarnog prava Unije, zatim iz brojnih uredbi i preporuka koje čine sekundarno pravo, dok su određena pravila formulirana kroz sudsku praksu Suda Evropske unije.¹⁸

2.2. Pravna regulacija rješavanja upravnih stvari u razumnom roku

Rješavanje upravnih stvari u razumnom roku i zaštita od suprotnog postupanja tijela javne uprave, međunarodno je načelo koje proizilazi iz prava na pravično suđenje i efikasan pravni lijek, utvrđenih u čl. 6. i 13. Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama.¹⁹ Iako Konvencija implicira ostvarivanje ovih prava u krivičnim i građanskim postupcima, kroz bogatu sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava ista su prepoznata i u domenu upravnog prava.²⁰ Ono što je još važnije kazati jeste da je rješavanje i donošenje odluka u razumnom roku u upravnom postupku direktno regulirano kroz pravo na dobru upravu koje je garantirano Poveljom o temeljnim pravima Evropske unije.²¹ U skladu s članom 41. Povelje „*svako ima pravo da institucije, tijela, uredi i agencije Unije njegove predmete obrađuju nepristrano, pravično i u razumnom roku.*” Ovo pravo priznaje se i u Preporuci Vijeća Evrope o dobroj upravi, prema kojoj će „*javni organi djelovati i obavljati svoje dužnosti u okviru razumnog vremena*”, a „*odluke po zahtjevima javnim organima donijet će se u razumnom roku koji se može odrediti zakonom.*”²² Preporuka također

17 Ana Čeko Đanić i Tunjica Petrašević, „Lack of One Common Administrative Procedure? Is Regulation on the EU Administrative Procedure Necessary in the EU?“, *Balkan Social Science Review*, MMXX, 15 (2020):109

18 Dario Đerđa, „Učinak europskih pravnih pravila na pravno normiranje upravnog postupka u Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, MMXIII, 50-2 (2013):400

19 Špela Zagorc, „Decision-Making within a Reasonable Time in Administrative Procedures“, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, MMXV, 15-4 (2015):770

20 Vidi više: Slučaj *Allan Jacobson protiv Švedske*, Evropski sud za ljudska prava, 1989, 10842/84, pristupljeno 27. januara 2024 [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-76826&filename=ALLAN%20JACOBSSON%20v.%20SWEDEN%20\(NO.%201\).pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-76826&filename=ALLAN%20JACOBSSON%20v.%20SWEDEN%20(NO.%201).pdf) Slučaj *Ringeisen protiv Austrije*, Evropski sud za ljudska prava, 1970, 2614/65, pristupljeno 27. januara 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-73431&filename=RINGEISEN%20v.%20AUSTRIA.pdf> Slučaj *Bentham protiv Nizozemske*, Evropski sud za ljudska prava, 1985, 8848/80, pristupljeno 27. januara 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57436&filename=CASE%20OF%20BENTHEM%20v.%20THE%20NETHERLANDS.docx&logEvent=False>

21 *Povelja o temeljnim pravima Evropske Unije* (2016/C 202/02), pristupljeno 27. januara 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=RO>

22 *Preporuka Vijeća Evrope o dobroj upravi CM/Rec(2007)7*, čl. 7. i čl. 13. tač. 2, pristupljeno 27. januara 2024, <https://rm.coe.int/16807096b9>

utvrđuje da u slučaju propuštanja donošenja odluke u razumnom roku, trebaju biti osigurani odgovarajući pravni lijekovi kojima stranka može ostvariti svoje pravo.²³

Posebno značajan izvor prava na blagovremeno upravno rješavanje predstavlja Evropski kodeks o dobrom ponašanju zaposlenih u upravi, a kako se još naziva i Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja Evropskog ombudsmana. Članom 17. Kodeksa propisano je da službena osoba mora osigurati da odluka o svakom zahtjevu ili žalbi instituciji bude donesena u razumnom roku, bez odgađanja i, u svakom slučaju, najkasnije dva mjeseca od dana prijema istih.²⁴ Ako se o zahtjevu ili žalbi zbog složenosti predmeta, ne može donijeti odluka u navedenom vremenskom roku, službena osoba o tome mora obavijestiti podnosioca u najkraćem mogućem roku.²⁵ No, imajući u vidu da upravno procesno pravo ima dosta široku primjenu u mnogim upravnim područjima, postavlja se pitanje je li moguće primijeniti naprijed navedeni rok u različitim posebnim upravnim postupcima. Mnogi zakonski propisi koji reguliraju posebne upravne postupke predviđaju duže ili kraće rokove za rješavanje upravnih stvari. Naravno, u većini slučajeva ćemo primijeniti načelo *lex specialis derogat legi generali*.²⁶ Dosta pravnih sistema previđa supsidijarnu primjenu općeg zakona o upravnom postupku, pa se u takvim slučajevima uvijek primjenjuje odredba specijalnog propisa u odnosu na opći. U Evropskoj uniji mnogi sektorski propisi predviđaju posebne rokove za rješavanje upravnih stvari.²⁷ S druge strane, mnoge evropske zemlje poput Francuske, Španije, Portugala, Italije, Nizozemske, Hrvatske imaju prilično opsežne propise o rokovima, produženju rokova i pravnim postupcima u slučaju prekoračenja rokova ("šutnje uprave").²⁸ U svakom slučaju,

23 Kako bi se pravni lijekovi u slučaju propuštanja roka mogli koristiti, Preporuka ujedno predviđa da se svi zaprimljeni zahtjevi trebaju potvrditi s obavijesti koja sadrži naznaku očekivanog vremena u kojem će se odluka donijeti, a koja se šalje podnositelju zahtjeva, uz naznaku pravnog lijeka koji stranka može koristiti, ako se odluka ne donese u predviđenom roku. Dario Derda, „Pravila upravnog postupka u evropskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, MMXII, 33-1 (2012):136

24 Isto pravilo primjenjuje se pri odgovaranju na dopise pripadnika javnosti i pri odgovaranju na administrativne bilješke koje je službena osoba poslala svojim nadređenim sa zahtjevom za uputama u vezi s odlukama koje treba donijeti. *Evropski kodeks o dobrom ponašanju zaposlenih u upravi*, čl. 17., pristupljeno 27. januara 2024, https://www.ombudsman.europa.eu/hr/publication/hr/3510#_ftn1

25 *Ibidem*.

26 Određeni pravni poredak može odrediti da samo neke specijalne norme derogiraju samo neke opće norme, definirajući tako domet načela *lex specialis* na tačno određeni način. Postoje i situacije gdje opća norma derogira specijalne norme shodno recipročnom načelu *lex generalis derogat legi speciali*. Na primjer, u talijanskom pravu, u smislu čl. 9. Zakona br. 689. iz 1981., norme nacionalnog krivičnog zakonodavstva primjenjuju se umjesto autonomnih normi regija i provincija koje predviđaju administrativne sankcije. Silvia Zorzetto, "Posebne norme i derogacija. Nekoliko pojašnjenja glede načela *lex specialis derogat generali*", *prevod: Milan Franić, Revus*, MMXI, 15 (2011):43-67

27 Sektorska legislativa najviše je zastupljena u oblasti regulacije tržišta, konkurencije, državne pomoći, kod upravljanja rizicima, u oblasti finansiranja od strane privatnih ili javnih subjekata, kod zahtjeva građana Evropske unije za pristup dokumentima, u oblasti državne službe i zaposlenih u institucijama Unije i dr. U ovim postupcima ispituje se prosječna dužina trajanja postupka, početak određenog proceduralnog koraka i krajnji rokovi. Ispituje se i pravni karakter rokova i mogućnost produženja, te posljedice prekoračenja krajnjeg roka u kontekstu korištenja općih pravnih lijekova. Dacian C. Dragos, Polonca Kovač i Hanna D. Tolsma, ured. *The Sound of Silence in European Administrative Law* (Cham: Palgrave Macmillan, 2020), 40-41

28 Tako npr. u Nizozemskoj, rješenje se mora donijeti u zakonom propisanom roku ili u nedostatku takvog roka u posebnom zakonodavstvu, u razumnom roku, ali u svakom slučaju, ako nije drugačije određeno, u roku od osam sedmica od prijema zahtjeva. U Hrvatskoj, rok iznosi 30 dana, odnosno 60 dana ako je potrebno utvrđivanje činjenica, ali samo u postupku pokrenutom po zahtjevu. U žalbenom postupku rok je također 60 dana, dok poseban zakon može odrediti samo kraće rokove od (općeg) zakona o upravnom postupku. U Sloveniji rok za donošenje rješenja je 2 mjeseca, također, i u postupku po službenoj dužnosti, a i u žalbenom postupku. Rok od mjesec dana primjenjuje se u skraćenom postupku, dok se kraći ili duži rokovi (ne često) mogu odrediti posebnim zakonima. U Njemačkoj, "šutnja uprave" se rijetko spominje u zakonima, ali predviđa se dodatni pravni lijek - tužba za nepostupanje. Iako je načelo

mišljenja smo da bez obzira na pravilo derogacije ili supsidijarnosti, utvrđivanje jedinstvenog općeg roka od izuzetnog je značaja, pogotovo u onim postupcima u kojima rok nije određen posebnom normom.

Nezaobilazno je da spomenemo i ulogu Suda Evropske unije u oblikovanju upravno-procesnog prava. Sud je ovlašten da svojom praksom stvori pravno pravilo kojim će riješiti predmet, a koje se izvodi iz postojećeg prava Unije ili preuzimajući sadržaj sudske prakse pojedinih država članica, on definira i precizira opće principe upravnog prava obavezne za sve države članice i njihova javnopravna tijela.²⁹ Prema praksi Suda, odgovor na pitanje je li trajanje postupka razumno ili ne, treba tražiti u pojedinačnim okolnostima i kontekstu slučaja, broju i složenosti faza u postupku, ali i na temelju važnosti odluke za uključene strane.³⁰ U konačnici, ne možemo a da ne spomenemo Uredbu o otvorenoj, učinkovitoj i neovisnoj upravi Evropske unije, na kojoj Evropski parlament snažno insistira posljednjih godina. Iako Uredba nije na snazi, značajno ju je spomenuti jer regulira pitanje blagovremenog rješavanja upravnih stvari. U prijedlogu Uredbe se predlaže da se upravni akti trebaju donositi i upravni postupci zaključiti unutar razumnih vremenskih rokova i bez nepotrebne odgode, ali ne duže od tri mjeseca od dana slanja obavijesti o odluci o pokretanju upravnog postupka, ako ga pokreće uprava Unije, odnosno od dana slanja potvrde o prijemu zahtjeva, ako je upravni postupak pokrenut podnošenjem zahtjeva.³¹ Postavimo pitanje da li je krajnji rok od 3 mjeseca za rješavanje upravnih stvari u Uredbi previše dug. Neki će se složiti da jeste posebno iz razloga poštivanja načela ekonomičnosti i efikasnosti upravnog postupka. Drugi će se pak složiti da je dobro odrediti jedan duži rok naročito u onim upravnim područjima koja zahtijevaju nešto duži period za upravno rješavanje. Iako ovo pitanje može biti predmet diskusije, složiti ćemo se da ovakav pravni akt treba naći svoje mjesto u pravu Evropske unije, pa čak i da bude, najblaže rečeno, dopunskog karaktera.

blagovremenosti prisutno, opći rok ne postoji u pravnom sistemu Njemačke. Istovremeno, različiti rokovi su predviđeni u različitim zakonima, s tim da nepoštivanje ovih rokova ne mora nužno imati posljedice. Jowanka Jakubek-Lalik, "Administrative silence as the challenge in regulation of administrative proceedings. Best practices and successful measures adopted by selected EU countries in the context of Ukrainian law on administrative procedure", *Проблеми законності*, MMXXIII, 163 (2023):163-185

²⁹ Samir Sabljica, „Neke karakteristike koncepta Evropskog upravnog prostora“, *Sui generis*, MMXXII, 9 (2022):94

³⁰ Vidi: *Slučaj T-176/01 Ferriere Nord protiv Komisije*, Sud Evropske unije, 2004, pristupljeno 30. januara 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49672&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2092528> *Slučaj T-347/03 Eugénio Branco protiv Komisije*, Sud Evropske unije, 2005, pristupljeno 30. januara 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59856&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2091842> *Slučaj T-95/03 Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid and Federación Catalana de Estaciones de Servicio protiv Komisije*, Sud Evropske unije, 2006, pristupljeno 30. januara 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66373&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2094939> *Slučaj C-385/07 P Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH protiv Komisije*, Sud Evropske unije, 2009, pristupljeno 30. januara 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72489&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2090596>

³¹ *Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta o otvorenoj, učinkovitoj i neovisnoj upravi Evropske unije*, pristupljeno 30. januara 2024, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0279_HR.html

3. PRAVNA REGULACIJA ROKOVA ZA DONOŠENJE RJEŠENJA U UPRAVNOM POSTUPKU U BOSNI I HERCEGOVINI

Imajući u vidu okolnosti u kojima je zaključen Dejtonski mirovni sporazum, a time uspostavljeno kompleksno državno uređenje, te izuzetno složen i glomazan upravni aparat u Bosni i Hercegovini, lako je zaključiti da ni područje upravno-procesnog prava ne može biti prosto uređeno.³² Tako, upravni postupak normativno je reguliran na nekoliko nivoa vlasti: državnom, entitetskom i na nivou Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

U slučajevima kad se postupak pokreće povodom zahtjeva stranke, odnosno po službenoj dužnosti, ako je to u interesu stranke, a prije donošenja rješenja nije potrebno sprovoditi poseban ispitni postupak, niti postoje drugi razlozi zbog kojih se ne može donijeti rješenje bez odgode, Zakon o upravnom postupku BiH propisuje da je nadležni organ dužan da, donese rješenje i dostavi ga stranci što prije, a najkasnije u roku od 30 dana računajući od dana predaje urednog zahtjeva, odnosno od dana pokretanja postupka po službenoj dužnosti, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.³³ U ostalim slučajevima, nadležni organ dužan je da donese rješenje i dostavi ga stranci najkasnije u roku od 60 dana, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.³⁴ Ako nadležni organ protiv čijeg je rješenja dopuštena žalba ne donese rješenje i ne dostavi ga stranci u roku od 30, odnosno 60 dana, stranka ima pravo izjaviti žalbu nadležnom organu, kao da je njen zahtjev odbijen.³⁵ Kad se radi o skraćenom postupku, nadležni organ dužan je da rješenje po zahtjevu stranke donese najkasnije u roku od 15 dana od dana prijema zahtjeva.³⁶ Imajući u vidu dvostепенost upravnog postupka u Bosni i Hercegovini, Zakon razrađuje rokove u žalbenom postupku, i to prilično detaljno, posebno u pogledu korespondencije prvostepenog i drugostepenog organa.³⁷ Rješenje po žalbi mora se donijeti i dostaviti stranci što prije, a najkasnije u roku od 30 dana računajući od dana predaje žalbe, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.³⁸

Entitetski zakoni o upravnom postupku i zakon na nivou Brčko distrikta Bosne i Hercegovine predviđaju skoro pa identične odredbe u pogledu rokova za donošenje rješenja. Ipak, evidentna su određena odstupanja u odnosu na zakon na državnom nivou. To je najviše vidljivo u Zakonu o upravnom postupku na nivou Distrikta, koji predviđa nešto kraće rokove za donošenje rješenja. Tako se određuje rok od 15 dana za donošenja rješenja kada nije potrebno sprovoditi poseban ispitni postupak, niti kada postoje drugi razlozi zbog kojih se ne može donijeti rješenje bez odgode, odnosno 30 dana u ostalim slučajevima, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.³⁹ Osim toga, u slučaju skraćenog postupka propisan je rok od 7 dana za donošenje rješenja.⁴⁰ Ovo se načelno može smatrati dobrim zakonskim rješenjem koje doprinosi efikasnosti postupka i pravnoj

32 Edina Šehrić i Admir Selesković, „Primjena Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda u upravnom sporu u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, MMXXII, 2 (2022):129

33 *Zakon o upravnom postupku*, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16, čl. 208. st. 1

34 *Ibid.*, čl. 208. st. 2

35 *Ibid.*, čl. 208. st. 3

36 *Ibid.*, čl. 208. st. 4

37 Vidi više: *Zakon o upravnom postupku (BiH)* čl.234. i 235

38 *Ibidem*.

39 *Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ br. 48/11 – prečišćen tekst, 21/18 i 23/19, čl. 203. st. 1. i 2

40 *Ibid.*, čl. 203. st. 4

sigurnosti. No, postavlja se pitanje koliko bi bilo efikasno propisati kraći rok za upravno rješavanje i na ostalim nivoima vlasti u BiH. Treba imati u vidu da je javna uprava Distrikta znatno manja i po opsegu, veličini i političkoj organiziranosti nego državna ili entitetska. S druge strane, kraći rokovi za upravno rješavanje ne bi smjeli stvoriti pritisak na zaposlene u upravi, pa bi isto moglo imati kontraefekt. Odgovor na postavljeno pitanje svakako da može biti predmet diskusije. Entitetski zakoni kao i Zakon na državnom nivou utvrđuju rok od 30 dana za donošenje rješenja, kada prije donošenja rješenja nije potrebno sprovesti poseban ispitni postupak, niti postoje drugi razlozi zbog kojih se ne može donijeti rješenje bez odgode, odnosno najkasnije 60 dana u ostalim slučajevima (ako nije propisan drugi/kraći rok posebnim propisom).⁴¹ Kada se radi o skraćenom postupku, zakon u Federaciji Bosne i Hercegovine predviđa isti rok od 15 dana za donošenje rješenja, dok Zakon u Republici Srpskoj nema posebnu odredbu kojom utvrđuje rok u ovoj vrsti postupaka, iako predviđa vođenje istog postupka.

Bitno je naglasiti da su ZUP-ovi na svim nivoima kompatibilni u pogledu mogućnosti izjavljivanja žalbe kada nadležni organ protiv čijeg rješenja je dopuštena žalba, nije donio rješenje i dostavio ga stranci u propisanim rokovima ("šutnja uprave").⁴² Zakoni u Federaciji i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, na identičan način kako je to na državnom nivou, utvrđuju rok za donošenje rješenja po žalbi i to što prije, a najkasnije u roku od 30 dana od dana predaje žalbe, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.⁴³ U zakonu u Republici Srpskoj nailazimo na znatna odstupanja kada su u pitanju rokovi u postupku po žalbi. Zakon ne propisuje rok u kojem drugostepeni organ ima tražiti od prvostepenog saopštenje razloga zbog kojih rješenje nije doneseno u roku, niti rok u kojem prvostepeni organ to isto ima dostaviti.⁴⁴ Samo ako se utvrdi da rješenje nije doneseno u roku zbog opravdanih razloga ili zbog krivice stranke, drugostepeni organ će prvostepenom organu odrediti rok za donošenje rješenja koji ne može biti duži od mjesec dana.⁴⁵ Može se primijetiti da je ovaj rok svakako duži od roka propisanog u zakonima na državnom, federalnom i na nivou Distrikta. Nadalje, kada drugostepeni organ sam rješava stvar na osnovu prikupljenih podataka i dokaza od prvostepenog organa, precizan rok za takvo rješavanje nije propisan.⁴⁶ Ohrabrujuće je da postoji odredba da se rješenje po žalbi objektivno mora donijeti i dostaviti stranci čim je to moguće, a najkasnije u roku od 60 dana računajući od dana predaje žalbe, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.⁴⁷ No, ponovno je propisan se radi duži rok nego u ostalim zakonima o upravnom postupku.

ZUP-ovi na nivou BiH, Federacije i Distrikta, naglašavaju odgovornost rukovodioca organa uprave, odnosno institucija koje imaju javna ovlaštenja, za pravilnu i dosljednu primjenu zakona, a

⁴¹ *Zakon o opštem upravnom postupku*, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 13/02, 87/07 – ispr., 50/10 i 66/18, čl. 206. st. 1. i *Zakon o upravnom postupku*, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“ br. 2/98, 48/99 i 61/22, čl. 216. st. 1. i 2. Entitetski zakoni, kao i zakon na nivou Bosne i Hercegovine imaju supsidijarnu primjenu. Zanimljivo je spomenuti da zakon na državnom i onaj na nivou Federacije, određuju da se posebnim propisom može predvidjeti kraći rok za donošenje rješenja. Zakon u Republici Srpskoj ovu odredbu postavlja nešto šire, pa utvrđuje da poseban propis može odrediti drugi rok za donošenje rješenja, što bi značilo da on svakako može biti i duži.

⁴² *Zakon o upravnom postupku (FBiH)*, čl. 216. st. 3., *Zakon o opštem upravnom postupku (RS)*, čl. 206. st. 2. i *Zakon o upravnom postupku (BdBiH)*, čl. 203. st. 3.

⁴³ *Zakon o upravnom postupku (FBiH)*, čl. 243. i 244. i *Zakon o upravnom postupku (BdBiH)*, čl. 227. i 228.

⁴⁴ *Zakon o opštem upravnom postupku (RS)*, čl. 231.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibid.*, čl. 232.

naročito da se upravne stvari rješavaju u zakonom propisanim rokovima, pa se predviđa, da u cilju pravilnog i efikasnog rješavanja stvari u upravnom postupku, odgovorna lica moraju preduzeti mjere da se kontinuirano obezbjeđuje i sprovodi stručno usavršavanje službenika i drugih lica koja rade na rješavanju upravnih stvari.⁴⁸ Službeno lice koje je ovlašteno za preduzimanje radnji u upravnom postupku, odnosno koje je ovlašteno za rješavanje upravnih stvari, dužno je da, u roku od tri dana od dana isteka roka za izdavanje rješenja po žalbi, obavijesti pismeno stranku o razlozima zbog kojih rješenje nije doneseno i o tome koje će radnje preduzeti radi donošenja rješenja i pouči stranku koja pravna sredstva može koristiti.⁴⁹ Ta obavijest istovremeno mora da se dostavi i odgovornim licima u organu uprave, odnosno instituciji koja ima javna ovlaštenja, radi preduzimanja mjera da se rješenje donese bez odgađanja.⁵⁰ Službeno lice koje je ovlašteno da vodi upravni postupak, odnosno da rješava upravne stvari, a propusti da izvrši prethodno pomenute obaveze, čini težu povredu radne obaveze, ako je njegovom krivicom došlo do neizvršenja određenih procesnih radnji u upravnom postupku, radi kojih se rješenje nije moglo donijeti u zakonskom roku.⁵¹ Zakon o opštem upravnom postupku RS uopće ne uređuje pitanje odgovornosti u slučaju rješavanja upravnih stvari i donošenja rješenja izvan zakonom utvrđenih rokova. Sve naprijed izneseno najbolje se može vidjeti kroz tabelarni prikaz koji slijedi:

ZUP	Rok za donošenje rješenja u interesu stranke, a prije donošenja rješenja nije potrebno sprovoditi poseban ispitni postupak, niti postoje drugi razlozi zbog kojih se isto ne može donijeti bez odgode	Rok za donošenje rješenja u ostalim slučajevima	Rok za donošenje rješenja u skraćenom postupku	Rok za donošenje rješenja po žalbi	Odgovornost za rješavanje u propisanim rokovima
BiH	što prije , najkasnije 30 dana od predaje urednog zahtjeva/pokretanja postupka po službenoj dužnosti, ako posebnim propisom nije određen kraći rok	najkasnije 60 dana , ako posebnim propisom nije određen kraći rok	najkasnije 15 dana od prijema zahtjeva	što prije , najkasnije 30 dana od predaje žalbe, ako posebnim propisom nije određen kraći rok	uređeno pitanje odgovornosti rukovodioca i službenih lica
FBiH	što prije , najkasnije 30 dana od predaje urednog zahtjeva/pokretanja postupka po službenoj dužnosti, ako posebnim propisom nije određen kraći rok	najkasnije 60 dana , ako posebnim propisom nije određen kraći rok	najkasnije 15 dana od prijema zahtjeva	što prije , najkasnije 30 dana od predaje žalbe, ako posebnim propisom nije određen kraći rok	uređeno pitanje odgovornosti rukovodioca i službenih lica
RS	najkasnije 30 dana od predaje urednog zahtjeva/pokretanja postupka po službenoj dužnosti, ako posebnim propisom nije određen drugi rok	najkasnije 60 dana , ako posebnim propisom nije određen kraći rok	nije utvrđen rok	čim je to moguće , a najkasnije 60 dana od dana predaje žalbe, ako posebnim propisom nije određen kraći rok	nije uređeno pitanje odgovornosti rukovodioca i službenih lica

⁴⁸ Zakon o upravnom postupku (BiH), čl. 284. st. 1., Zakon o upravnom postupku (FBiH), čl. 293. st. 1. i Zakon o upravnom postupku (BdBiH), čl. 276. st. 1

⁴⁹ Ibid., čl. 284. st. 2., čl. 293. st. 2. i čl. 276. st. 2

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibid., čl. 284 st. 3., čl. 293. st. 3. i čl. 276. st. 3

BD	što prije, najkasnije 15 dana od predaje urednog zahtjeva/pokretanja postupka po službenoj dužnosti, ako posebnim propisom nije određen kraći rok	najkasnije 30 dana , ako posebnim propisom nije određen kraći rok	najkasnije 7 dana od prijema zahtjeva	što prije, najkasnije 30 dana od predaje žalbe, ako posebnim propisom nije određen kraći rok	uređeno pitanje odgovornosti rukovodioca i službenih lica
----	---	---	--	--	---

4. ZAKLJUČAK

Razvijajući se iz koncepta dobrog upravljanja nastankom moderne države, oblikujući taj razvoj kroz različite aspekte razvoja evropskog društva, pravo na dobru upravu danas je usko vezano uz princip poštivanja ljudskih prava, demokratiju i vladavinu prava. Blagovremenost upravnog rješavanja predstavlja neizostavan elemenat prava na dobru upravu. Analizirajući pozitivno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini koje regulira upravni postupak, dolazi se do zaključka o načelno kompatibilnim rješenjima u pogledu utvrđivanja rokova za upravno rješavanje. Također se može kazati da su svi zakoni o upravnom postupku u Bosni i Hercegovini, pri određivanju krajnjeg roka za rješavanje upravnih stvari, dobro usklađeni s evropskim pravilima, prvenstveno s Evropskim kodeksom dobrog upravnog postupanja. Međutim, evidentno je da su pojedine odredbe zakona nedosljedne na svim nivoima vlasti, što vrlo vjerovatno dovodi do neujednačene prakse u postupanju upravnih organa u Bosni i Hercegovini. Stoga ćemo, na temelju provedene analize, ponuditi nekoliko rješenja.

Obzirom da Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske predviđa da poseban propis, u slučajevima gdje nije potrebno sprovesti poseban ispitni postupak, niti postoje drugi razlozi zbog kojih se rješenje ne može donijeti bez odgode, može predvidjeti i duži rok od 30 dana za donošenje rješenja, istu odredbu bi trebalo uskladiti na način kako to reguliraju zakoni na ostalim nivoima vlasti. Dakle, posebnim propisom mogao bi se odrediti samo kraći rok, jer se obično radi o prostim upravnim stvarima za čije rješavanje nije potreban vremenski okvir duži od mjesec dana. Smatramo da bi zakonodavac u Republici Srpskoj trebao normirati i poseban, kraći rok za donošenje rješenja u skraćenim postupcima, s obzirom na to da predviđa vođenje takvih postupaka, a poseban rok ne precizira. Izostavljajući propisivanje detaljnih rokova u korespondenciji prvostepenog i drugostepenog organa u žalbenom upravnom postupku u Republici Srpskoj (što nije slučaj na ostalim nivoima vlasti), stiče se dojam neučinkovite i spore uprave, te odugovlačenja postupka. I u ovom kontekstu zakonska rješenja u Republici Srpskoj trebalo bi uskladiti po uzoru na rješenja prisutna u ostalim ZUP-ovima. Osim toga, nužno je u Zakonu o opštem upravnom postupku RS urediti pitanje odgovornosti u slučaju rješavanja upravnih stvari izvan zakonom utvrđenih rokova.

Svjedoci smo da je nepoštivanje rokova u upravnom postupku vrlo česta situacija, uslijed čega nastaje fenomen „šutnje uprave“. Iako je u Bosni i Hercegovini osigurana pravna zaštita u takvim slučajevima, blagovremeno upravno rješavanje od krucijalnog je značaja kako bi se izbjeglo suočavanje sa žalbama ili sudskim tužbama. U konačnici, nezaobilazno je naglasiti da je poštivanje rokova u praksi *conditio sine qua non* učinkovite zaštite građana od zloupotrebe vlasti i izbjegavanja neefikasnosti u javnoj upravi. Time dajemo doprinos poboljšanju pravne sigurnosti i

uspostavljanju civilizacijskih standarda pravne države i vladavine prava kao najvišeg ideala svakog demokratskog društva.

LITERATURA

1. Batalli, Mirlinda, Artan Fejzullahu. „Principles of Good Administration under the European Code of Good Administrative Behavior“, *Pécs Journal of International and European Law*, MMXVIII, 1 (2018):26-35.
2. Cheshmedzhieva, Margarita. „The Right to Good Administration“, *American International Journal of Contemporary Research*, MMXIV, 4-8 (2014):64-67.
3. Čeko Đanić, Ana, Tunjica Petrašević. „Lack of One Common Administrative Procedure? Is Regulation on the EU Administrative Procedure Necessary in the EU?“, *Balkan Social Science Review*, MMXX, 15 (2020):93-117.
4. Dragos, Dacian C., Polonca Kovač i Hanna D. Tolsma, ured. *The Sound of Silence in European Administrative Law*. Cham: Palgrave Macmillan, 2020.
5. Đerđa, Dario. „Pravila upravnog postupka u evropskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, MMXII, 33-1 (2012):109-144.
6. Đerđa, Dario. „Učinak europskih pravnih pravila na pravno normiranje upravnog postupka u Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, MMXIII, 50-2 (2013):393-427.
7. Đerđa, Dario, Ana Jerčinović. „Upravni postupak u pravu Evropske unije: kodifikacijski izazov“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, MMXX, 57-1 (2020):85-126.
8. *Evropski kodeks o dobrom ponašanju zaposlenih u upravi*, pristupljeno 27. januara 2024, https://www.ombudsman.europa.eu/hr/publication/hr/3510#_ftn1
9. Jakubek-Lalik, Jowanka. „Administrative silence as the challenge in regulation of administrative proceedings. Best practices and successful measures adopted by selected EU countries in the context of Ukrainian law on administrative procedure“, *Проблеми законності*, MMXXIII, 163 (2023):163-185.
10. Koprić, Ivan, ured. *Europeizacija hrvatske javne uprave*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Studijski centar za javnu upravu i javne financije, 2014.
11. Koprić, Ivan, Gordana Marčetić, Anamarija Musa, Vedran Đulabić i Goranka Lalić Novak. *Upravna znanost – Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Studijski centar za javnu upravu i javne financije, 2021.
12. Lozina, Duško, Mirko Klarić. „Dobra uprava kao upravna doktrina u Evropskoj uniji“, *Pravni vjesnik*, MMXII, 28- 2 (2012):23-37.
13. Ljubanović, Boris, Tunjica Petrašević, Paula Poretti, Igor Vuletić, Mirela Župan. *Procesno-pravni aspekti prava EU*. Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2016.
14. Pavel, Nicolae. „The Right to Good Administration“, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, MMXII, 4-2 (2012):919-933.

15. Ponce, Juli., "Good Administration and Administrative Procedures", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, MMV, 12-2 (2005):551-588.
16. *Povelja o temeljnim pravima Evropske unije (2016/C 202/02)*, pristupljeno 27. januara 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=RO>
17. *Preporuka Vijeća Evrope o dobroj upravi CM/Rec(2007)7*, pristupljeno 27. januara 2024, <https://rm.coe.int/16807096b9>
18. *Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta o otvorenoj, učinkovitoj i neovisnoj upravi Evropske unije*, pristupljeno 30. januara 2024, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0279_HR.html
19. *Rezolucija Evropskog parlamenta od 22.11.2023. s preporukama Komisiji o digitalizaciji i upravnom pravu (2021/2161(INL))*, pristupljeno 27. januara 2024, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0426_HR.html
20. Sabljica, Samir. Neke karakteristike koncepta Evropskog upravnog prostora“, *Sui generis*, MMXXII, 9 (2022):77-102.
21. *Slučaj Allan Jacobson protiv Švedske*, Evropski sud za ljudska prava, 1989, 10842/84, pristupljeno 27. januara 2024, [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-76826&filename=ALLAN%20JACOBSSON%20v.%20SWEDEN%20\(NO.%201\).pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-76826&filename=ALLAN%20JACOBSSON%20v.%20SWEDEN%20(NO.%201).pdf)
22. *Slučaj Benthem protiv Nizozemske*, Evropski sud za ljudska prava, 1985, 8848/80, pristupljeno 27. januara 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57436&filename=CASE%20OF%20BENTHEM%20v.%20THE%20NETHERLANDS.docx&logEvent=False>
23. *Slučaj C-385/07 P Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH protiv Komisije*, Sud Evropske unije, 2009, pristupljeno 30. januara 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72489&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2090596>
24. *Slučaj Ringeisen protiv Austrije*, Evropski sud za ljudska prava, 1970, 2614/65, pristupljeno 27. januara 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-73431&filename=RINGEISEN%20v.%20AUSTRIA.pdf>
25. *Slučaj T-176/01 Ferriere Nord protiv Komisije*, Sud Evropske unije, 2004, pristupljeno 30. januara 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49672&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2092528>
26. *Slučaj T-347/03 Eugénio Branco protiv Komisije*, Sud Evropske unije, 2005, pristupljeno 30. januara 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59856&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2091842>
27. *Slučaj T-95/03 Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid and Federación Catalana de Estaciones de Servicio protiv Komisije*, Sud Evropske unije, 2006, pristupljeno 30. januara 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66373&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2094939>

28. Šehrić, Edina, Admir Selesković. „Primjena Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda u upravnom sporu u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, MMXXII, 2 (2022):119-145.
29. *Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcioniranju Evropske unije (2016/C 202/01) – pročišćene verzije*, pristupljeno 26. januara 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME%2FTXT>
30. Zagorc, Špela. „Decision-Making within a Reasonable Time in Administrative Procedures“, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, MMXV, 15-4 (2015):769-790.
31. *Zakon o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik Republike Srpske br. 13/02, 87/07 – ispr., 50/10 i 66/18
32. *Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 48/11 – prečišćen tekst, 21/18 i 23/19
33. *Zakon o upravnom postupku*, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16
34. *Zakon o upravnom postupku*, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 2/98, 48/99 i 61/22
35. Zorzetto, Silvia, “Posebne norme i derogacija. Nekoliko pojašnjenja glede načela *lex specialis derogat generali*”, *prevod: Milan Franić, Revus, MMXI, 15 (2011):43-67.*

THE INFLUENCE OF EUROPEAN UNION LEGAL RULES ON THE RESOLUTION OF ADMINISTRATIVE MATTERS WITHIN A REASONABLE TIME IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Admir Selesković⁵²

Faculty of Law, University of Tuzla

Edina Šehrić⁵³

Faculty of Law, University of Tuzla

Ervina Ibrahimović⁵⁴

Faculty of Law, University of Tuzla

Summary: One of the basic obligations of each candidate state for joining the European Union is to harmonize the national legal system with the *acquis communautaire*. This represents a fundamental assumption for establishing a unique law of the Union and regulating social relations in a unique or at least similar way in all member states. Bearing in mind that Bosnia and Herzegovina, as a candidate country for joining the Union, must fulfill the mentioned obligation, the rules of administrative procedural law are certainly an indispensable aspect of harmonization. The right to good administration, as one of the most important institutes of the rule of law, established by the Charter of Fundamental Rights of the European Union, guarantees the individual that the institutions, bodies, offices and agencies of the Union process his cases impartially, fairly and within a reasonable time. In other words, public bodies are obliged to resolve administrative matters and make decisions within a reasonable time frame in order for citizens to exercise their rights and pursue interests. The aim of this paper is to determine the level of compliance of administrative procedural law in Bosnia and Herzegovina with European legal principles and standards in the context of resolving administrative matters within a reasonable time. This can actually determine the level of necessary reform and modernization of Bosnian laws on administrative procedure. Good legislation of administrative procedure undoubtedly provide additional legal security for citizens in contact with public administration.

Key words: reasonable time, administrative procedure, administrative matter, resolving, legal rules, European Union

52 Master of Law, General Secretary Assistant, Faculty of Law, University of Tuzla, +38762002659, admir.seleskovic@untz.ba

53 Associate Professor, Faculty of Law, University of Tuzla, +38761380812, edina.sehric@untz.ba

54 Assistant Professor, Faculty of Law, University of Tuzla, +38762075620, ervina.halilovic@untz.ba

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНКЕ У ПОСЕБНИМ УПРАВНИМ ПОСТУПЦИМА У ОБЛАСТИ УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА

Дражен Миљич¹

Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци

Сажетак: Главни учесници управног поступка су орган који је надлежан да проводи поступак и одлучи у предметној управној ствари и лице о чијим правима, обавезама и правним интересима се одлучује у конкретном случају. Странка, као лице о чијим правима, обавезама и правним интересима се одлучује, није (само) појединац који трпи управни рад, већ субјект који има призната процесна права. У том контексту, позитивно право Републике Српске, Босне и Херцеговине и међународни правни акти дају, између осталог, право странци да буде константно обавјештена и да учествује у свим процесним радњама у поступку које је се тичу, да има приступ релевантним документима у поступку, да има право на правну помоћ у поступку, право на образложење свих одлука којима се одлучује о њеном правном положају, право да се о њеној правној ситуацији одлучи у разумном року и право на правну заштиту против аката којима није задовољна. У посебним управним поступцима у области унутрашњих послова, нека законска рјешења не признају странкама горе наведена процесна права. Оваква законска рјешења се правдају заштитом јавног интереса и заштитом права и интереса трећих лица, која, због одређене везе са управном ствари о којој се одлучује, имају право да учествују у поступку. Циљ рада је доказивање неодмјерености законодавца приликом нормирања правног положаја странке у посебним управним поступцима у области унутрашњих послова у смислу да се могао и морао више заштити правни положај странке а да се при томе не наруши јавни интерес и права и интереси трећих лица.

Кључне ријечи: странка, посебни управни поступак, јавни интерес, унутрашњи послови.

1. УВОД

Ријетко се у посебним управним поступцима срећу одредбе којима се тако значајно одступа од општих начела дефинисаних Законом о општем управном поступку као што је случај са нормама којима се уређује материја унутрашњих послова. У том контексту, у посебним управним поступцима у области унутрашњих послова одступања су не само бројна него и радикална уколико упоредимо рјешења у тим поступцима наспрам оних дефинисаних Законом о општем управном поступку. Све те различитости и новине у посебним управним поступцима у области унутрашњих послова утичу на правни положај странке.

¹ Доцент, доктор правних наука, е-пошта: drazen.miljic@fbn.unibl.org, ORCID No. 0009-0001-2089-7690.

Таква законска рјешења у посебним управним поступцима у области унутрашњих послова се правдају заштитом вриједности као што су: јавни интерес, јавни ред и мир, безбједност грађана и имовине, заштита интереса трећих лица и сл. Наведене вриједности, редом недефинисане у позитивном праву Републике Српске и Босне и Херцеговине, често се, на штету странке, злоупотребљавају и користне у ситуацијама гдје им није мјесто.

У наредним редовима, приказаћемо правни положај странке, која је заробљена таквим стањем, у посебним управним поступцима у области унутрашњих послова.

2. СТРАНКА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Свака странка је учесник у управном поступку, али сваки учесник нема статус странке. Главни или обавезни учесник управног поступка, поред надлежног орагана, је странка. Закон о општем управном поступку је одредио странку као лице по чијем је захтјеву покренут управни поступак, или против кога се води поступак, или које ради заштите својих права или правних интереса има право да учествује у поступку². ЗУП даје још неколико одредби у вези са даљим прецизирањем својства странке у управном поступку. У члану 39. се наводи да странка може бити свако физичко и правно лице, односно да републички орган управе, организација, насеље, група лица и други који немају својство правног лица могу бити странка уколико могу бити носиоци права и обавеза или правних интереса о којима се рјешава у управном поступку. Странка може бити и синдикална организација, ако се поступак односи на неко право или правни интерес члана те организације. Права и дужности странке дају се тужиоцу, правобраниоцу и другом републичком органу (у границама својих овлашћења) управе кад су законом овлашћени да у поступку заступају јавни интерес³. Ови субјекти не могу имати шира овлашћења него што имају странке, обично су процесног карактера.

Анализирајући наведене одредбе, аутори⁴ из области управног права разликују: 1) *активну странку* као лице по чијем је захтјеву покренут поступак (нпр. за организовање јавног скупа, за добијање азила и сл.), 2) *пасивну странку* као лице против кога је покренут поступак (за плаћање пореза због посједовања оружја) и *правни интересенти* лица која ради заштите својих права и правних интереса могу учествовати у управном поступку (сусјед - власник земљишта које се налази уз земљиште лица (активне странке) које је поднијело захтјев за издавање грађевинске дозволе). Ова лица се још зову узгредне странке,

² Чл. 38 Закона о општем управном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, број: 13/02, 87/07, 50/10 и 66/18 - у даљем тексту – ЗУП. Идентичну дефиницију садржи и члан 41 Закон о управном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, број: 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013 и 53/2016 - у даљем тексту ЗУП БиХ.

³ Чл. 40 ЗУП-а.

⁴ Видјети: Драган Милков, „Положај странке у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, (2005): 242; Зоран Р. Томић, „Појам странке у српском праву“, *Правна ријеч*, X, 35, (2013): 384; Невенка Бачанин, *Управно право* (Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, 2000), 348; Мирјана Рађеновић, „Заинтересовано лице као странка у управном поступку“, *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци*, 3, (2019): 41; Борис Љубановић, Ивица Петровић, „Странка у хрватском управном поступку и управном спору“, *Правни вијесник*, 1, (2015): 127.

интервенијентима, индиректна странка. То је лице о чијој правној ситуацији се не одлучује у поступку, већ је она на одређени начин повезана са управном ствари која се рјешава, тако да управна одлука о управној ствари активне или пасивне странке утиче на правну ситуацију правног интересента. Правни интересент не покреће поступак, нити се посупак води против њега, већ само под одређеним условима учествује у поступку⁵. Активна странка жели покретање управног поступка са захтјевом да јој се призна неко право или да би јој се укинула или смањила већ постојећа обавеза. Пасивна странка је лице о чијим правима и обавезама се одлучује у управном поступку покренутом по службеној дужности обично ради наметања нових обавеза. Поред наведене подјеле, присутна је диоба на *директну* (главна) и *индиректну* странку (узгредна странка, интервијент тј. заинтересовано лице). Директна странка је лице чија је ствар предмет поступка, односно оно ради чега је поступак и покренут, индиректна странка је лице чије правна ситуација додирује, или чак преплиће са предметом управног поступка, са управном ствари директне странке⁶.

Да би странка могла да пуноважно дјелује у поступку, неопходно је да се испуне одређене процесне претпоставке. Прије свега неопходно је да се посједује страначка способност, односно правом признато својство да се буде носилац права и обавеза који су предмет управног поступка⁷. Страначка способност се често изједначава са правном способношћу. Правну способност имају физичка и правна лица, односно физичка лица правну способност стичу рођењем (у одређеним случајевима и прије рођења по древном правном принципу *Nasciturus pro iam nato habetur* – зачето дијете сматра се рођеним ако се ради о његовим интересима) док правна лица стичу уписом у судски регистар⁸. Међутим треба истаћи да је страначка способност у поређењу са правном способношћу шири с обзиром на то да се у одређеним случајевима појединим колективитетима без правне способности даје страначка способност. У том правцу, у управном поступку се као странке појављују одређени колективитети који иначе немају правну способност (нпр. насеље, група лица, државни орган). Колективитети имају страначку способност само у одређеном управном поступку у којем могу бити носиоци права и обавеза. Са друге стране, страначка способност је истовремено и ужа од правне способности уопште, будући да подразумева способност бити странка искључиво у управном поступку, дакле не и у неким другим правним поступцима⁹. У том контексту, а имајући у виду одредбе ЗУП-а страначку способност имају двије групе субјеката: 1) свако правно и физичко лице, који иначе имају правну способност, имају увијек, и страначку способност да учествују у било којем управном поступку 2) државни орган, организација, насеље, група лица под условом да се у управном поступку одлучује о оним правима и обавезама која су им предвиђена посебним прописима¹⁰.

Процесна способност подразумева могућност лица да лично учествује у поступку и пуноважно предузима радње у вези са управном ствари. Свако процесно способно лице мора бити и правно (страначки) способно, али има лица која су правно способна али нису

5 Бачанин, *Управно право*, 348.

6 Видјети: Томић, „Појам странке у српском праву“, 384.

7 Видјети: Стеван Лилић и др., *Управно право* (Београд: Савремена администрација, 1999), 351.

8 *Ibid.*

9 Мирјана Рађеновић, *Право општег управног поступка и управног спора* (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2016), 76.

10 Видјети: Зоран Р. Томић, *Управно право - систем* (Београд: Службени лист СРЈ, 1998), 367

процесно способна (нпр. дјеца)¹¹. Процесну способност имају пословно способна лица и стичу је пунољетством, навршењем 18 година, под условом да одлуком надлежног органа нису лишена пословне способности, као и она лица која су проглашена пунољетним.¹² У посебним управним областима може се одступити од правила која важе за процесну способност и та правила могу бити строжа и обрнуто, да се дефинишу лакши услови за обављање појединих радњи у поступку. За примјер можемо навести *Закон о држављанству Републике Српске*¹³ којим је прописано ако је дијете навршило 14 година живота, за стицање држављанства потребан је његов пристанак. Процесна способност подразумијева овлашћење лица да лично, непосредно предузима радње у поступку. У том контексту не постоји обавеза да лице дјелује, јер има могућност да ангажује заступника и да умјесто њега, а у његово име и за његов рачун процесно дјелује¹⁴. У пракси је најчешће случај да стране не ангажују заступника и да саме бране своје интересе, а увијек постоји обавеза службеног лица који проводи поступак да пази на незнање и неукост странке те да је упозори на посљедице њеног поступања и права која су јој загарантована ЗУП-ом. Процесно неспособна лица сама не могу именовати пуномоћника, већ то за њих врши њихов заступник.

Уколико лице има страначку и процесну способност још нема све квалификације да има статус странке у управном поступку. Потребно је посједовати и страначку легитимацију или стварну легитимацију (*legitimitas ad causam*). Страначка легитимација се дефинише као посебан однос лица према управној ствари која је предмет одређеног управног поступка, односно да се у поступку одлучује о његовим правима, обавезама. Страначку легитимацију посједује директна и индиректна странка, као општу страначку легитимацију, за разлику од посебне страначке легитимације која се признаје тужиоцу, правобраниоцу, синдикалној организацији који стичу положај странке на основу посебних прописа и у границама својих овлашћења¹⁵. Произилази да ова процесна претпоставка ствара брану за друга лица да се мијешају у туђе управне ствари. У том контексту се наводи да нико не може неовлашћено бранити туђу ствар¹⁶ те да управни поступак не може покренути по принципу опште заинтересованости¹⁷. Страначка легитимација може бити потпуна или ограничена, у смислу да лице може бити легитимисано да учествује само у једном дијелу поступка или да преузме само неке радње. У том контексту се наводи примјер да правни интересенти могу учествовати само у мјери у којој штите своје интересе док се остали дијелови поступка на њих не односе¹⁸. Ову процесну претпоставку најтеже утврдити, нарочито када су у питању заинтересована лица. Страначка и процесна способно се лако утврђује на основу одредаба ЗУП-а док то није случај са страначком легитимацијом. У питању је својство лица које се мора доказати у вези

11 Лаза М. Костић, *Административно право Краљевине Југославије* (Београд: Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон а. д., 1936), 129.

12 Томић, *Управно право - систем*, 368

13 Чл. 15 ст. (2) *Закон о држављанству Републике Српске*, „Службени гласник Републике Српске“, број: 59/2014.

14 Томић, *Управно право - систем*, 368, Костић, *Административно право Краљевине Југославије*, 130.

15 Видјети: Томић, *Управно право - систем*, 367

16 Костић, *Административно право Краљевине Југославије*, 129

17 Стеван Лилић, *Управно право - Управно процесно право, четврто издање* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010), 431.

18 Драган Милков, *Управно право II, Управна делатност* (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2003), 104.

са конкретном управном ствари и конкретним лицима у поступку гдје већ учествују једна или више странака. Због тога се страначка легитимација некад не може унапријед утврдити већ се често стварно може дефинисати тек рјешењем конкретног предмета¹⁹. У сваком случају, страначка легитимација је неопходан услов за добијање својства странке у управном поступку и њено постојање некад се утврђује тек у самом поступку, или се за лице са страначком легитимацијом у одређеном поступку сазна тек када поступак буде окончан. Уколико лицу није била дата могућност да учествује у поступку, а требало је да учествује у својству странке, представља ванжалбени, и доступан након коначности управне одлуке, законски разлог за понављање поступка.²⁰ Орган који води поступак је дужан да у току трајања поступка води рачуна да ли лице које се појављује као странка може учествовати у поступку. Лице мора имати, кумулативно, страначку, процесну способност и страначку легитимацију. Без ових својстава, ниједан субјекат не може учествовати у поступку.

Најчешће се управни поступак реализује као однос између органа и појединца. Међутим, постоје поступци у којем учествује више странака. Слиједом тога, да ли у поступку учествује једна или више странака, разликују се једностраначке или вишестраначке управне ствари. Једностраначке управне ствари су гдје учествује само једно лице као странка у поступку или када се у поступку појављује два или више лица која заједнички иступају у поступку. Ова лица имају заједнички интерес и чине процесну заједницу у поступку. Они нису лица чији се интереси међусобно супростављају у поступку, већ субјекти који пред надлежним органом иступају у циљу стицања неког права или правног интереса. Надлежни орган рјешава њихове истоврсне управне ствари одједном, истовремено и на исти начин према свима²¹. Двостраначке управне ствари представљају предмете у којима се интереси странака у поступку супростављају. Супростављеност интереса странака се испољава на два начина: **први**, код контрерних странака, сукобљавање интереса постоји и прије покретања самог поступка, који је настао из страначких међусобних односа. Ради се о ситуацијама које уопште нису типичне за управни поступак, већ су особина парничних поступака, али се ови поступци формално рјешавају као управни поступци. За примјер се у литератури наводи одлучивање о накнади пољске штете, овај поступак је у надлежности органа управе гдје се јављају двије контрерне странке, извршилац штете и оштећени или поступак по захтјеву за исељење одређеног лица гдје се јавља међусобна супростављеност власника стана и лица за које он тврди, а то лице оспорава ту тврдњу, да његов стан бесправно користи – у овој ситуацији орган управе рјешава њихов спорни однос око самог питања постојања правног основа за усељење²²; **други**, када у поступку учествују два или више субјеката чији се интереси сукобљавају тек у управном поступку. Између ових странака, прије управног поступка, не постоји било каква спорна ситуација, било какав однос, који би био повод за рјешавање од стране органа управе. Интереси ових странака се сударају тек у управном поступку. За примјер можемо навести случај када се на расписани конкурс за избор у наставничко или

19 Иво Крбек, *Право југославенске јавне управе*, III књига, *Функционирање и управни спор* (Загреб: Биротехнички издавачки завод издавачко-књижарско подuzeће, 1962), 67. Наведено према: Рађеновић, „*Заинтересовано лице као странка у управном поступку*“ 40.

20 Видјети чл. 234 став (9) ЗУП-а и Томић, „Појам странке у српском праву“, 386.

21 Више о процесној заједници видјети: Зоран Р. Томић, Вера Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку, десето издање* (Београд: ЈП Службени гласник, 2016), 142.

22 Милков, „Положај странке у управном поступку“, 244 и Томић, „Појам странке у српском праву“, 385.

сарадничко звање на универзитету пријави два или више кандидата за одређено радно мјесто на факултету. Ове странке се означавају као колидирајуће.

3. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНKE У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Правни положај странке се најбоље може анализирати на основу норми којима се дефинишу њена права и обавезе у вријеме покретања и вођења управног поступка. Историјски посматрано, положај странке се кретао од поданика управе до субјекта који има признату процесну позицију – у смислу да се његова права, обавезе и захтјеви све више узимају у обзир приликом доношења управних одлука те да исте преиспитује користећи расположива правна средства. Странка, као лице о чијим правима, обавезама и правним интересима се одлучује, није (само) појединац који трпи управни рад, већ субјект који има призната процесна права. У том контексту, позитивно право Републике Српске, Босне и Херцеговине и међународни правни акти гарантују мноштво индивидуалних права која стоје на располагању појединцима приликом покретања управног поступка и рјешавања конкретне управне ствари.

У циљу скицирања претходно наведеног, учинити ћемо кратак осврт на Закон о општем управном поступку и одредбе из којих се види процесна позиција странке. У том контексту неопходно је истакнути (нека) општа начела чије одредбе на самом старту ЗУП-а изражавају суштину поступка и описују процесну позицију странке у поступку и то:

Начело законитости²³ - које представља дужност и обавезу свих органа државне и недржавне управе да конкретне управне ствари рјешавају на основу закона и других прописа при томе одстрањујући самовољу која је била својствена у ранијим историјским епохама у управном раду на штету права и интересе странака. Ово начело своје домаћаје има и код аката који се доносе на основу дискреционе оцјене јер обавезује органе да исте доносе у границама овлашћења и у складу са циљем у којем је овлашћење дато. За разлику од везаних управних аката, код дискреционих управних аката надлежни орган има могућност избора између двије или више правно једнаких могућности али је и у том случају дужан да изабере ону опцију која најбоље одговара датом случају, примјењујући закон а не своју вољу јер избор може вршити само у оквиру законом предвиђених могућности²⁴.

Начело заштите права странака и заштите јавног интереса²⁵ - ствара обавезу органу да приликом вођења поступка и рјешавању у управним стварима омогући странкама да што лакше заштите и остваре своја права под условом да такво поступање не буде на штету јавног интереса и других лица. Поред наведеног, ствара обавезу овлашћеном службеном лицу да упозори странку када сазна или оцјени да странка има основа да оствари неко право те да уколико закон странкама налаже одређене мјере, примијени оне које су за њих најповољније ако се таквим мјерама постиже циљ закона.

²³ Члан 5 ЗУП-а.

²⁴ Милков, *Управно право II, Управна делатност*, 29.

²⁵ Члан 6 ЗУП-а.

Начело ефикасности²⁶ - намеће обавезу надлежном органу да питање странке ријеша на начин да омогући *успјешно* и *квалитетно* остваривање њених права и правних интереса. Успјешно и квалитетно остваривање права странке није дефинисано ЗУП-ом, што је и логично, јер је немогуће створити критеријуме који би били примјениви различите управне материје, и за његово непоштовање не постоје предвиђене санкције, али би требало да ствара одређену врсту притиска на поступајуће службенике у циљу пружања квалитетнијег одговора на тражење странке.

Начело истине²⁷ - подразумева да се у поступку морају, до доношења рјешења, утврдити одлучне чињенице на основу којих надлежни орган доноси рјешење којим се рјешава управна ствар. У том правцу, у поступку се мора утврдити право стање ствари, потпуно и правилно све чињенице и околности које су од важности за доношење законитог и правилног рјешења.

Начело саслушања странке²⁸ - наведено начело јасно потврђује и доказује да странка у поступку није само посматрач, већ да има процесну могућност да се изјасни о чињеницама и радњама које се предузимају у поступку. У прилог претходној тези наводимо члан 131 ЗУП-а који је у вези са испитном поступком а којим је прописано да странка има право да учествује у испитном поступку, да даје потребне податке и брани своја права и интересе. Странка има право да износи чињенице које могу бити од утицаја на рјешење ствари и да побија тачност навода који се не слажу са њеним наводима. Она има право да све до доношења рјешења допуњује и објашњава своје наводе, а ако то чини послје одржане усмене расправе, дужна је да то образложи због чега то није учинила на расправи. Службено лице је дужно да пружи могућност странци да се изјасни о свим околностима и чињеницама које су изнесене у испитном поступку, о предлозима и предложеним доказима, да учествује у извођењу доказа и да поставља питања другим странкама свједоцима, вјештацима преко службеног лица а са његовом дозволом и непосредно, као и да се упозна с резултатом извођења доказа и да се изјасни о томе. Орган неће донијети рјешење прије него што странци пружи могућност да се изјасни о чињеницама и околности на којима треба да заснива рјешење а о којима странци није била дата могућност да се изјасни. Повреда овог начела даје разлог странци да посегне за жалбом и другим ванредним правним средствима и на крају за тужбом у управном спору.

Начело двостепености у рјешавању - даје право странци да изјави жалбу против рјешења донесеног у првом степену. Право на жалбу је уставом загарантовано право грађана сваке демократско орјентисане државе.²⁹ Поред Устава, ЗУП је право на жалбу поставио на једно од темељних начела управног поступка.³⁰ ЗУП прописује да против рјешења донесеног у првом степену странка има право на жалбу те да се само законом може прописати да у појединим управним стварима жалба није допуштена и то ако је на други начин обезбјеђена заштита права и правних интереса странке и заштита законитости.³¹ Странка има право

²⁶ Члан 7 ЗУП-а.

²⁷ Члан 8 ЗУП-а.

²⁸ Чл. 9 ЗУП-а.

²⁹ Чл. 113 *Устава Републике Српске*, „Службени гласник Републике Српске“, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11“ који прописује: „Против појединачних аката судова, управних и других државних органа, као и организација које врше јавна овлашћења, донесених у првом степену, може се изјавити жалба надлежном органу.“

³⁰ Чла. 12 ЗУП-а.

³¹ Видјети: чл. 12 ст. (1) и чл. 211 ЗУП-а. Идентично рјешење садржи и ЗУП БиХ. Видјети чл. 15 ЗУП БиХ.

на жалбу и кад првостепени орган у одређеном року не донесе рјешење по њеном захтјеву, односно не донесе рјешење у поступку покренутом по службеној дужности а у интересу странке. Против рјешења у другом степену жалба није допуштена³². Према ЗУП-у, жалба представља редовно правно средство којим се иницира другостепени управни поступак како би се о интересима странке, о којима је већ одлучено, изјаснио орган управе непосредно вишег степена од онога који је у првом степену рјешавао. У том се огледа дјелотворност жалбе јер странка користи право да контролни орган доносиоца првостепеног рјешења, још једном, размотри цијелокупну управну ствар и донесе коначну одлуку³³.

Начело економичности поступка³⁴ - представља једно у низу начела који штити интересе странке налажући надлежном органу да поступак води *брзо и са што мање трошкова за странку* али са обавезом да при таквом поступању прибави све доказе потребне за правилно утврђивање чињеничног стања и за доношење законитог и правилног рјешења. Потребно је да надлежни орган у поступку поштује вријеме странке, да се радње врше без одуговлачења, да се ствара што мање материјалних издатака за странку а посебно да се поштују рокови који су дефинисани у поступку за предузимање одређених радњи и доношења рјешења којим се кроји будућа ситуација странке.

Начело пружања помоћи неурој странци³⁵ - ствара обавезу надлежном органу да пази да незнање и неукост странке не буде на штету права која јој припадају. Странке у поступку најчешће наступају саме, без правног помоћника и често су то лица која не познају чињенице које су за њу битне и/или се не сналазе са правним прописима. Због тога орган мора да пази да странка буде упозната са свим правима која јој припадају на основу материјалних прописа која дефинишу одређену област и правима која странци у поступку припадају.

Начело употребе језика и писма³⁶ - омогућава право странци да поступак, којим се одлучује о њеним правима и обавезама, прати на језику који разумије, као и да се позиви и друга писмена достављају на језику који разумије. Затим да, уколико странка није држављанин Републике Српске, а не зна језик на коме се води поступак, има право да ток поступка прати преко преводиоца. Дужност органа који води поступак је да претходно наведеном странци омогући. У супротном, постојаће повреда правила поступка и основ за понављање поступка³⁷.

Начело приступа информацијама и заштите података³⁸ - обавезује орган да странци омогући приступ потребним подацима, обрасцима, интернет страници и пружи потребна обавјештења водећи рачуна да заштити личне и тајне податке у складу са прописима који уређују заштиту и тајност података.

Имајући у виду чињеницу да се највећи број људских права остварује кроз посебне управне поступке, од великог је значаја што ЗУП садржи горенаведене одредбе којима се штити правни положај странке. Због тога, његова улога је од пресудног значаја за заштиту

32 Члан 12 став (3) и (4) ЗУП-а.

33 Детаљније видјети: Дражен Миљих, „Дјелотворност жалбе у посебним управним поступцима Републике Српске/Босне и Херцеговине“, *Српска правна мисао*, 52, (2019): 81-99.

34 Чл. 14 ЗУП-а.

35 Чл. 15 ЗУП-а.

36 Чл. 16 ЗУП-а.

37 Видјети: чл. 234 ст. (1) тач. 11) ЗУП-а.

38 Чл. 16а ЗУП-а.

права и слобода грађана. За међусобни однос општег и посебних управних поступака важи принцип примарне примјене правила посебних управних поступака а супсидијарне правила закона о општем управном поступку, односно на питања која нису уређена законима посебних управних поступака, примјењују се правила Закона о општем управном поступку³⁹. У том правцу, ЗУП прописује да се поједина питања поступка, због специфичне природе управних ствари у одређеним управним областима, могу посебним законом уредити другачије него што су уређена ЗУП-ом, *ако је то неопходно*. У управним областима за које је законом прописан посебан поступак поступа се по одредбама тог закона и те одредбе морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним ЗУП-ом. По одредбама ЗУП-а поступа се у свим оним питањима која нису уређена посебним законом⁴⁰. Међутим, упркос неспорном квалитету одредби ЗУП-а, за остваривање права грађана проблем представљају посебни управни поступци. У оквиру њих су се почела јављати значајна одступања од основних начела општег управног поступка што се одражава на укупан правни положај странке.

4. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНKE У ПОСЕБНИМ УПРАВНИМ ПОСТУПЦИМА У ОБЛАСТИ УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА

Ако је ЗУП дао овлашћење да се поједина питања у посебним управним поступцима могу другачије уредити, *ако је то неопходно*, намеће се питање какав је правни положај странке у тим поступцима, односно да ли се одступањима, од режима који је дефинисан ЗУП-ом, иде у користи или на штету странака. У наредним редовима ћемо анализирати посебне управне поступке у области унутрашњих послова и правни положај странке у њима осврћући се на начела ЗУП-а.

Законом о азилу Босне и Херцеговине⁴¹ (члан 32) је прописано да странцу који исказе намјеру за подношење захтјева за азил, Служба за послове са странцима је дужна да изда потврду о исказаној намјери којом одређује смјер кретања и рок који је потребан за долазак у Министарство безбједности БиХ ради личног подношења захтјева за азил⁴². Потврда, између осталог, садржи и податке о лицу које је исказало намјеру за подношење захтјева за азил као и члановима његове породице који су му у пратњи те упутство како да се поступи у случају потребе, односно да се позове одређени број. Потврда, за вријеме њеног важења, за странца представља право на останак у БиХ. Проблем представља што се потврда о исказаној намјери за тражење азила издаје само на службеним језицима који су у употреби у

39 Упореди: Зоран Лончар, „Посебни управни поступци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4, (2016): 1234.

40 Видјети: чл. 2 и чл. 3 ЗУП-а

41 *Закон о азилу*, „Службени гласник Босне и Херцеговине“ број:11/16 и 16/16.

42 Странац који се налази у имиграционом центру, притвору, затвору или установи за смјештај жртава трговине људима намјеру за подношење захтјева за азил исказује путем мјесно надлежне организационе јединице Службе за послове са странцима. Министарство, у овим ситуацијама, поступак заступања захтјева за азил и регистрацију странца проводи у установи у којој се странац налази, у року одређеном потврдом о исказаној намјери за поношење захтјева за азил. Чл. 33 *Закона о азилу*.

Босни и Херцеговини⁴³. Имајући у виду државе поријекла странаца и разноврсност језика којима се странци служе или их разумију остаје нејасан начин комуникације између граничног полицајца и/или службеника теренске канцеларије Службе за послове са странцима са странцима. Поставља се питање како странац разумије значење добијеног документа који се зове потврда о исказаној намјери за тражење азила. Из наведеног произилази да је већ у самом почетку овог посебног управног поступка, односно у првој комуникацији странаца са надлежним органима Босне и Херцеговине није осигурана имплементација обавеза из члана 15⁴⁴ Закона о азилу, чиме се даље у потпуности доводи у питање законитост поступања⁴⁵. Поред наведеног, видимо да се на овај начин директно крши начело заштите права странке којим је створена обавеза органу да приликом вођења поступка и рјешавања у управним стварима омогући странкама да што лакше заштите и остваре своја права, затим начело начело употребе језика и писма у поступку и начело помоћи неугој странци.

- Закон о оружју и муницији Републике Српске⁴⁶ прописује да у рјешењу којим се одбија захтјев за издавање одобрења за набављање оружја због интереса безбједности из члана 11 став (3) тачка 6) надлежни орган *није дужан образлагати разлоге којима се руководио код доношења рјешења*. Подносилац захтјева на такво рјешење има право жалбе министру у року од 15 дана од дана пријема рјешења. Против рјешења по жалби, странка нема право да покрене управни спор.⁴⁷
- У рјешењу којим се одузима оружје, муниција и исправе о оружју уколико то налажу интереси безбједности надлежна полицијска управа није обавезна да образлаже разлоге којима се руководила приликом доношења рјешења⁴⁸.
- Исто законско рјешење смо пронашли у члану 22 Закона о промету експлозивних материја и запаљивих течности и гасова⁴⁹ којим је прописано да одобрење за набавку експлозивних материја се неће издати ако то налажу интереси јавног реда и мира, односно интереси безбједности. У рјешењу којим се одбија захтјев за издавање одобрења за набавку експлозивних материја *не морају се навести разлози* којима се руководила надлежна организациона јединица министарства при доношењу рјешења.

43 Потврда представља стандардизован образац (број 1) који је саставни дио *Правилника о азилу*, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, број: 69/16, који се попуњава и овјерава на једном од службених језика у БиХ.

44 Чл. 15 Закона о азилу БиХ гласи: „Странци који исказу намјеру за подношење захтјева за азил, тражиоци азила, избјеглице, странци под супсидијарном и привременом заштитом имају право да на језику који разумију или за који се може основано претпоставити да разумију буду информисани о поступцима, правима и обавезама које, у складу с овим законом, произлазе из њиховог статуса“.

45 О овом проблему је упозоравано и од стране Омбудсмана Босне и Херцеговине. Детаљније видјети *Специјални извјештај о стању у области миграција у Босни и Херцеговини*, 2018, стр. 54 и 55 и Дражен Миљић, Душко Башкало, „Правни положај и безбједносне импликације миграната по стабилност Босне и Херцеговине“, у *Савремени изазови и пријетње безбједности*, (Бања Лука: Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, 2024): 512.

46 Закон о оружју и муницији, „Службени гласник Републике Српске“ број: 26/2016, 18/2017, 31/2018 и 58/2019

47 Чл. 21 Закона о оружју и муницији.

48 Чла. 54 ст. (6) Закона о оружју и муницији.

49 Закон о промету експлозивних материја и запаљивих течности и гасова, „Службени гласник Републике Српске“ број: 78/2011 и 58/16.

Право да се не образлажу разлози којима се руководио надлежни орган приликом одлучивања о поднијетом захтјеву и на основу којих је донијето негативно рјешење засновано је на одредбама из Закона о општем управном поступку (члан 197, став (3) и (4)), које гласе: „Кад је орган законом или другим прописом овлашћен да решава управну ствар по слободној оцени, дужан је да у образложењу, поред разлога из става 2. овог члана, наведе тај пропис и да изложи разлоге којима се при доношењу рјешења руководио. Ти се разлози не морају навести кад је то у јавном интересу законом или другим прописом предвиђено“ и „Ако је законом или другим прописом предвиђено да се у решењу донесеном по слободној оцени не морају навести разлози којима се орган руководио при доношењу решења, у образложењу решења се наводе и подаци из става 2. овог члана, пропис којим је орган овлашћен да реши ствар по слободној оцени и пропис којим је овлашћен да не мора навести разлоге којима се при доношењу решења руководио“.

Сматрамо да је оваквим законским рјешењима у наведеним посебним управним поступцима у области унутрашњих послова значајно нарушен правни положај странке. Наиме, у горенаведеним управним ситуацијама, странка се доводи у положај да је ускраћена за сазнање које су то чињенице које је орган утврдио у поступку, а које су биле од значаја да се њен захтјев одбије. На тај начин, она је лишена било какве могућности остваривања својих права у жалбеном поступку. Посебан проблем у овој ситуацији представља чињеница да је подносиоцу захтјева остављена само могућност да се жали министру као руководиоцу органа који је донио првостепено рјешење које је негативно по интересе странке. У том контексту, оваквим законским рјешењима, странка нема право да се њена представка размотри од стране неког независног субјекта – суда, који би случај сагледао објективно, као треће лице, чији интереси нису укључени у поступак издавања одобрења за набавку оружја или експлозивних материја. У примјени оваквих законских рјешења, када није обезбијеђена судска заштита, а у пракси су могуће злоупотребе, неопходно је обезбиједити већи степен правне сигурности грађана и могућност да се у поступку контроле или надзора (унутрашње контроле, контроле од стране омбудсмана) отклони пропуст или неправилна примјена закона на штету грађана.⁵⁰ У овим поступцима, прије првостепеног одлучивања, подносилац захтјева се не може, због интереса безбједности, изјаснити и о чињеницама које су прикупљене о њему приликом оперативног рада полицијских службеника (током теренске провјере подносиоца захтјева) а које су биле од значаја да се подносиоцу захтјева не изда рјешење којим би могао набавити оружје или експлозивне материје. Из наведеног произилази да надлежни орган одлучује о праву странке на основу дискреционе оцјене без давања могућности странки да се изјасни о чињеницама које не иду у прилог њеним интересима. Овакво поступање представља изузетак од начела саслушања странке које налаже да се (сем у законом прописаним ситуацијама) прије доношења рјешења странци мора омогућити да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за доношење рјешења.⁵¹ Такав изузетак мора се примјењивати крајње рестриктивно, на начин којим се право грађана да буду упознати са чињеницама и подацима на основу којих се одлучује о њиховим правима ограничава у складу са законом

⁵⁰ Видјети: Стеван Лилић и Мирјана Дреновак, *Посебно управно право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010), 163.

⁵¹ *Ibid.*

само ако је заиста неопходно и у мјери која је нужна у демократском друштву.⁵² Овај проблем јавља се и у другим законодавствима; за примјер ћемо навести Републику Србију, гдје су оваква овлашћења и поступање надлежних органа Министарства унутрашњих послова била предмет рада Заштитника грађана Републике Србије. Тим поводом, Заштитник грађана издао је препоруку Министарству унутрашњих послова да приликом одлучивања по дискреционој оцјени досљедно примјењује Закон о општем управном поступку и друге законе тако да образложења донијета по основу дискреционе оцјене садрже: позивање на одредбу закона којом је орган овлашћен да ријеша по дискреционој оцјени; обавјештење који је од (законом прописаних) разлога утврђен као сметња за набављање оружја, и да тај разлог у рјешењу мора бити прецизиран, изузев ако се ради о случајевима гдје постоје истовремено два или више разлога за одбијање захтјева за набављање оружја; уколико се разлози за одбијање захтјева заснивају на подацима чије откривање не представља сметњу по оперативни рад органа унутрашњих послова, нити открива идентитет лица која су дала обавјештења, тада је потребно о образложењу рјешења навести те податке. Ова околност мора се цијенити у сваком конкретном случају, без састављања обавјештења по аутоматизму.⁵³

У појединим управним поступцима начело ефикасности је озбиљно нарушено прописујући неоправдано дуготрајне рокове за рјешавање управних ствари. Сматрамо да не постоје разлози таквог поступања и да се другим мјерама могло утицати на околности које одуговлаче поступак. За примјер наводимо следеће ситуације:

1. Министарство ће одлуку по захтјеву за азил, у редовном поступку, донијети у року од шест мјесеци од дана подношења захтјева. Изузетно од става (1) овог члана, Министарство ће одлуку по захтјеву за азил донијети у року од 18 мјесеци ако: је утврђивање чињеница на којима се захтјев за азил заснива отежано; велики број странаца поднесе захтјев за азил у одређеном периоду; се кашњење може приписати пропустима тражиоца азила у смислу испуњавања обавеза из члана 40. (3) овог закона, као и других објективних разлога⁵⁴.
2. О захтјеву за продужење и одобрење привременог боравка по било којем основу одлучује надлежна организациона јединица Службе за странце у року од 90 дана од дана подношења уредног захтјева ако је захтјев поднесен путем дипломатско-конзуларног представништва БИХ а у року од 60 дана ако је захтјев поднесен директно надлежној организационој јединици Службе за странце⁵⁵.
3. О захтјеву за одобрење сталног боравка одлучује надлежна организациона јединица Службе у року од 90 дана од дана подношења уредног захтјева ако је захтјев поднесен путем дипломатско-конзуларног представништва БиХ, а у року од 60 дана ако је захтјев поднесен директно надлежној организационој јединици Службе за странце⁵⁶.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, 164.

⁵⁴ Чл. 42 ст. (1) и (2) Закона о азилу Босне и Херцеговине.

⁵⁵ Чл. 83. ст. (1) Закона о странцима.

⁵⁶ Чл. 87. ст. (1) Закона о странцима.

Посебан проблем у посебним управним поступцима у области унутрашњих послова представља примјена начела двостепености у рјешавању. У појединим ситуацијама, жалба је, као редован правни лијек, искључена, у другим случајевима рок за њено улагање је јако кратак, док у неким случајевима њено улагање нема суспензивно дејство.

За примјер наводимо:

1. Закона о путним исправама Босне и Херцеговине⁵⁷ који прописује: „Надлежни орган ће рјешењем прогласити путну исправу неважећом“⁵⁸ и „Против рјешења из претходног става жалба није дозвољена“⁵⁹.
2. Закон о оружју и муницији прописује да *није допуштена жалба* против рјешења министра којим се одбија захтјев или којим се поништава рјешење којим је одобрено посредовање у прмету оружја и муниције уколико нису испуњени услови из закона и ако би се тиме угрозила јавна безбједност⁶⁰.
3. Закон о азилу Босне и Херцеговине прописује да рјешење којим је захтјев за азил одбијен у складу са чланом 41. (1) ц) а у вези са чланом 44. овог закона је коначно. Против њега се може покренути управни спор пред Судом БиХ, у року од 15 дана од дана пријема рјешења⁶¹.
4. Закон о агенцијама за обезбјеђење лица и имовине и приватној детективској дјелатности⁶² прописује да се против рјешења може изјавити жалба *која не одлаже извршење* рјешења у сљедећим ситуацијама: 1) када се одузима овлашћење припаднику обезбјеђења за обављање послова обезбјеђења лица и имовине ако престане да постоји неки од услова на основу који је овлашћење издато; 2) када се приватном детективу одузима овлашћење за обављање детективских послова, 3) када се детективској канцеларији забрањује обављање детективских послова, ако се приватном детективу детективске канцеларије одузме овлашћење⁶³.
5. Закона о странцима прописује да се против одлуке којим се захтјев за продужење визе одбија, односно одбацује, може поднијети жалба Министарству у року од *три дана од дана достављања одлуке*, те да жалба *не одгађа* извршење рјешења⁶⁴. Рјешење о протјеривању странца из БиХ, са забраном уласка и боравка у БиХ, доноси Служба по службеној дужности или на образложени приједлог друге организационе јединице Министарства, органа за спровођење закона или другог органа. Против рјешења Службе о протјеривању и рјешења о продужењу периода забране уласка, жалба се може поднијети Министарству у *року од осам дана од дана достављања рјешења*. Ако је рјешење о протјеривању донесено из разлога прописаног у члану

57 Видјети: Закон о путним исправама Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине“ број: 4/1997, 1/1999, 9/1999, 27/2000, 32/2000, 19/2001, 47/2004, 53/2007, 15/2008, 33/2008 39/2008, и 60/2013.

58 Видјети чл. 19а ст. (3) Закон о путним исправама Босне и Херцеговине.

59 Видјети чл. 19а ст. (4) Закон о путним исправама Босне и Херцеговине.

60 Чл. 61 Закона о оружју и муницији.

61 Чл. 51 ст. (3). Странка нема право на жалбу и у ставу (4) и (5) истог члана, односно у случају одбијања захтјева за азил по убрзаном поступку и редовном поступку.

62 Закон о агенцијама за обезбјеђење лица и имовине и приватној детективској дјелатности, „Службени гласник Републике Српске“, број: 4/2012.

63 Види чл. 63, 64 и 65 Закона о агенцијама за обезбјеђење лица и имовине и приватној детективској дјелатности.

64 Чл. 36 Закона о странцима, „Службени гласник Босне и Херцеговине“ број: 88/2015, 34/2021 и 63/2023.

106. (Разлози за изрицање мјере протјеривања) ставу (1) тачки к) овог закона, *рок за жалбу је 24 сата* од достављања рјешења. Жалба одгађа извршење рјешења.⁶⁵ Против рјешења о стављању странца под надзор у имиграциони центар из става (3) овог члана, рјешења о продужењу надзора, рјешења о изузетном продужењу надзора по овом основу и рјешења из члана 119. (Период одређивања и продужење надзора) става (10) овог закона жалба се може поднијети Министарству *у року од три дана* од дана достављања рјешења. Жалба не одгађа извршење рјешења. Ако Министарство у року од три дана од достављања жалбе против рјешења из става (5) овог члана не укине рјешење о стављању странца под надзор у имиграциони центар, односно не укине рјешење о продужењу или изузетном продужењу надзора у имиграционом центру или по жалби у том року уопште не одлучи, странац може покренути управни спор тужбом пред Судом Босне и Херцеговине⁶⁶.

5. ЗАКЉУЧАК

ЗУП је кроз своје одредбе обезбиједио добру процесну позицију странци у циљу заштите њеног интегритета. У том контексту, ЗУП је обезбиједио: њену информисаност и учешће у свима фазама у поступку, право да буде саслушана, да изнесе своје захтјеве и оспорава чињенице које изнесу други учесници у поступку а утичу на остварење њених интереса, да јој се пружи правна помоћ у поступку, да се о њеној управној ставри одлучи у разумном року те да путем правних лијекова заштити своја права.

Са друге стране, поједини посебни управни поступци у области унутрашњих послова су својим одредбама деградирали нека права странке на начин да нису обезбиједили транспарентност и доступност свих информација у поступку, да су јој одузели право да оспорава чињенице у поступку које не иду у корист њених интереса, да је право на жалбу одузето у појединим управним ситуацијама или да жалба нема одгодно дејство и да се о њеном захтјеву одлучује неоправдано дуго.

Не може се негирати да су посебни управни поступци у области унутрашњих послова од великог значаја за јавни ред и мир у друштву. Посљедишно, због вриједности које штите, морају бити и под посебним правним режимом, али то не смије да иде само на штету права странке, бар не у толиком обиму. Сматрамо да се приликом нормирања требало имати више осјећаја за правни положај странке, у смислу да се пронађе златна средина између вриједности које се штите и интереса физичких и правних лица о чијим правима и обавезама се одлучује.

Положај странке у посебним управним поступцима има тенденцију да се непрекидно побољшава. Странка у посебном управном поступку није равноправна са органом који одлучује о њеном питању, али добија механизме да заштити своја права и интересе. Механизми

⁶⁵ Чл. 105. ст. (7), (8) и (9) Закона о странцима.

⁶⁶ Чл. 120 ст. (5) и (6) Закона о странцима.

заштите се не стварају само ради странке већ и ради законитости самог поступка, што на концу представља јавни интерес.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES):

1. Бачанин, Невенка. *Управно право*, Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, 2000; (Bačanin, Nevenka. *Upravno pravo*, Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu, 2000).
2. Костић, М. Лаза. *Административно право Краљевине Југославије*, Београд: Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон а. д., 1936; (Kostić, M. Laza. *Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd: Izdavačko i knjižarsko preduzeće Geca Kon a. d., 1936).
3. Крбек, Иво, *Право југослаvensке јавне управе, III књига, Функционирање и управни спор*, Загреб: Биротехнички издавачки завод издавачко- књижарско подузеће, 1962, (Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave, III knjiga, Funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb: Birotehnički izdavački zavod izdavačko- knjižarsko poduzeće, 1962.).
4. Лилић, Стеван са сарадницима Петар Кунић, Предраг Димитријевић и Милан Марковић, *Управно право*, Београд: Савремена администрација, 199., (Lilić, Stevan sa saradnicima Petar Kunić, Predrag Dimitrijević i Milan Marković, *Upravno pravo*, Beograd: Savremena administracija, 199).
5. Лилић, Стеван. *Управно право - Управно процесно право, четврто измењено и допуњено издање*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, (Lilić, Stevan. *Upravno pravo - Upravno procesno pravo, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010.,).
6. Лилић Стеван и Дреновак Мирјаном, *Посебно управно право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, (Lilić Stevan i Drenovak Mirjanom, *Posebno upravno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010.,).
7. Лончар, Зоран. „Посебни управни поступци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4, (2016), (Lončar, Zoran. „Posebni upravni postupci“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4, (2016).
8. Љубановић, Борис и Петровић Ивица, „Странка у хрватском управном поступку и управном спору“, *Правни вијесник*, 1, (2015), (Ljubanović, Boris i Petrović Ivisa, „Stranka u hrvatskom upravnom postupku i upravnom sporu“, *Pravni vijesnik*, 1, (2015).
9. Милков, Драган. *Управно право II, Управна делатност*, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2003, (Milkov, Dragan. *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 2003).
10. Милков, Драган. „Положај странке у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, (2005),
11. Миљич, Дражен. „Дјелотворност жалбе у посебним управним поступцима Републике Српске/Босне и Херцеговине“, *Српска правна мисао*, 52, (2019), (Miljić, Dražen. „Djelotvornost žalbe u posebnim upravnim postupcima Republike Srpske/Bosne i Hercegovine“, *Srpska pravna misao*, 52, (2019).

12. Миљић Дражен и Башкало Душко, „Правни положај и безбједносне импликације миграната по стабилност Босне и Херцеговине“, у *Савремени изазови и пријетње безбједности*, Бања Лука: Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, 2024, (Miljić Dražen i Baškalo Duško, „Pravni položaj i bezbjednosne implikacije migranata po stabilnost Bosne i Hercegovine“, u *Savremeni izazovi i prijetnje bezbjednosti*, Banja Luka: Fakultet bezbjednosnih nauka Univerziteta u Banjoj Luci, 2024).
13. Рађеновић, Мирјана. „Заинтересовано лице као странка у управном поступку“, *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци*, 3, (2019); (Rađenović, Mirjana. „Zaинтересовано lice kao stranka u upravnom postupku“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci*, 3, (2019).
14. Рађеновић, Мирјана. *Право општег управног поступка и управног спора*, Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2016, (Rađenović, Mirjana. *Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora*, Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2016).
15. Томић, Р Зоран. „Појам странке у српском праву“, *Правна ријеч*, 35, (2013), (Tomić, R Zoran. „Poјam stranke u srpskom pravu“, *Pravna riječ*, 35, (2013).
16. Томић, Р, Зоран. *Управно право - систем*, (Београд: Службени лист СРЈ, 1998), (Tomić, R, Zoran. *Upravno pravo - sistem*, (Beograd: Službeni list SRJ, 1998).
17. Томић Р, Зоран. Вера Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку, десето издање*, Београд, Службени гласник, 2016, (Tomić R, Zoran. Vera Bačić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, deseto izdanje*, Beograd, Službeni glasnik, 2016).
18. *Устав Републике Српске*, „Службени гласник Републике Српске“, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11; (Ustav Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, број 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11).
19. *Закон о општем управном поступку Републике Српске*, „Службени гласник Републике Српске“, број: 13/02, 87/07, 50/10 и 66/18; (Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, број: 13/02, 87/07, 50/10 и 66/18).
20. *Закон о управном поступку Босне и Херцеговине*, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, број: 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013 и 53/2016 ; (Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, број: 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013 и 53/2016).
21. *Закон о држављанству Републике Српске*, „Службени гласник Републике Српске“, број: 59/2014; (Zakon o državljanstvu Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, број: 59/2014).
22. *Закон о оружју и муницији Републике Српске*, „Службени гласник Републике Српске“ број: 26/2016, 18/2017, 31/2018 и 58/2019; (Zakon o oružju i municiji Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“ број: 26/2016, 18/2017, 31/2018 и 58/2019).
23. *Закон о азилу Босне и Херцеговине*, „Службени гласник Босне и Херцеговине“ број: 11/16 и 16/16; (Zakon o azilu Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ број: 11/16 и 16/16).

24. *Правилник о азилу*, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, број: 69/16; (Pravilnik o azilu, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, broj: 69/16).
25. *Закон о промету експлозивних материја и запаљивих течности и гасова*, „Службени гласник Републике Српске“ број: 78/2011 и 58/16; (Zakon o prometu eksplozivnih materija i zapaljivih tečnosti i gasova, „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj: 78/2011 i 58/16).
26. *Закон о странцима*, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, број: 88/2015, 34/2021 и 63/2023; (Zakon o strancima, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, broj: 88/2015, 34/2021 i 63/2023).
27. *Закон о путним исправама Босне и Херцеговине*, „Службени гласник Босне и Херцеговине“ број: 4/1997, 1/1999, 9/1999, 27/2000, 32/2000, 19/2001, 47/2004, 53/2007, 15/2008, 33/2008 39/2008, и 60/2013; (Zakon o putnim ispravama Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj: 4/1997, 1/1999, 9/1999, 27/2000, 32/2000, 19/2001, 47/2004, 53/2007, 15/2008, 33/2008 39/2008, i 60/2013).
28. *Закон о агенцијама за обезбјеђење лица и имовине и приватној детективској дјелатности*, „Службени гласник Републике Српске“, број: 4/2012. (Zakon o agencijama za obezbjeđenje lica i imovine i privatnoj detektivskoj djelatnosti, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 4/2012).

LEGAL POSITION OF THE PARTY IN SPECIAL ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN THE FIELD OF INTERNAL AFFAIRS

Drazen Miljic⁶⁷

University of Banja Luka, Faculty of Security Science

Summary: *The main participants in the administrative procedure are the authority that is competent to conduct the procedure and decide on the subject administrative matter and person whose rights, obligations and legal interests are decided in the specific case. The party, as a person whose rights, obligations and legal interests are decided, is not (only) and individual whose suffer administrative work, but a subject who has recognized procedural rights. In this context, the positive law of RS, BiH and international legal acts give, among other things, the rights to a party to be permanent notified and to participate in all procedural actions in the procedure that concern her, to have access to relevant documents in the procedure, to have the right to legal assistance in procedure, the right to an explanation of all decisions that decide on her legal position, the right to decide on her legal situation within a reasonable time and the right to legal protection against acts she is not satisfied with. In special administrative procedures, in the field of internal affairs, some legal solutions do not recognise the above mentioned legal rights of the parties. Such legal solutions are justified by the protection of public interest and the protection of the rights and interests of third parties, who, due to a certain connection, with the administrative matter being decided, have the rights to participate in the procedure. The aim of the paper is to prove the immoderation of the legislator when standardizing the legal position of the party in special administrative procedure in the field of internal affairs in the sense that the legal position of the party could and had to be protected more without infringing the public interest and the rights and interests of third parties.*

Key words: *party, special administrative procedure, public interest, internal affairs.*

⁶⁷ Assistant Professor, University of Banja Luka, Faculty of Security Science, e-mail: drazen.miljic@fbn.unibl.org. ORCID ID. 0009-0001-2089-7690.

ИЗАЗОВИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Миле Дмичић¹

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Сажетак: Основни циљ овог рада је анализа феномена противрјечности конституционализације, природе и функционисања највишег конституционалног акта БиХ, са становишта изазова развоја уставног, правног и политичког система БиХ.

Несагласности и оспоравања односе се на унутрашње сукобе, подјеле и дисолуцијске процесе; фаворизовање само једног модела за БиХ, првенствено њену централизацију и унитаризацију, са доминацијом једног - најбројнијег народа, под матрицом наведеног стварања функционалне државе; негирање историјске, националне и вјерске посебности засебних државотворних и политичких заједница; јачање консоцијацијских елемената политичког система и већинског одлучивања; непостојање организованих и проводивих уставних, политичких и економских реформи, посебно у процесу дејтонско-бриселских политика.

Противуријечно је цивилизацијским и демократским тековинама, уставним вриједностима и стандардима конституционализма и конституционалне демократије да било ко као нелегалан и нелегитиман орган, мијења државни и ентитетске уставе, доноси нове и мијења већ постојеће законе, замјењује или утиче на парламентарну, извршну, управну и судску власт, смјењује бројне носиоце политичког и јавног живота, доноси одлуке о успостављању треће полуге власти и мијења стварну и мјесну надлежност правосудних органа, успоставља нове органе и институције на нивоу БиХ. То је неуставан, неправан и недемократски чин, којим се дерогира одрживост дејтонских мировних рјешења. Све то угрожава процес конституционализације и европских интеграција, посебно спровођење приоритетних програма и циљева придруживања, али и оправдава захтјев за окончање мандата високог представника у БиХ и страних судија у Уставном суду БиХ.

Стога је неопходно очување изворних дејтонских рјешења и пуног консензуса два ентитета и три равноправна конститутивна народа.

Кључне ријечи: Држава и ентитети; Конституционализација и функционисање државе; Дејтонско-бриселске политике; Високи представник; Европске интеграције

¹ Редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

1. УВОД

Дејтонским рјешењима, односно Уставом БиХ зајамчен је садашњи уставноправни систем Босне и Херцеговине. Њима је, поред осталог, утврђено да ће дотадашња Република БиХ добити ново име „Босна и Херцеговина” и наставити своје правно постојање по међународном праву као држава, са унутрашњом структуром измијењеном Уставом и са постојећим међународним признатим границама², те да ће се састојати од два равноправна, јединствена и недјељива ентитета, као конститутивних и државотворних јединица – Федерације БиХ и Републике Српске. Федерација БиХ има сложен облик уставног уређења, јер се састоји од десет кантона – федералних јединица, како је то уређено Вашингтонским споразумом који је закључен прије Дејтонског мировног споразума.

Утврђени уставноправни статус ентитета умногоме је изнад уобичајеног статуса федералних јединица сложених држава.³ Република Српска и Федерација БиХ су, у ствари, двије државе са ограниченим спољним и значајним унутрашњим суверенитетом, који имају два различита политичка, правна и економска система, линију разграничења, територијални интегритет, полицију и друге институције, које имају самостлане и суверене државе у свијету.⁴

БиХ је, по много чему, специфична и сложена држава. Осим два ентитета, она се састоји и од Брчко Дистрикта БиХ, чији је статус посебан, налази се под суверенитетом БиХ и под надлежностима њених институција и чија је територија у заједничкој својини (кондоминијуму) два ентитета.⁵ Иако има статус јединице локалне самоуправе, са властитим институцијама, законима и прописима, често се истиче да је ријеч о трећем ентитету БиХ. Брчко дистрикт БиХ уведен је у структуру државе арбитражном одлуком, којом је успостављен као посебна политичко-територијална јединица која не улази у састав ентитета, него је непосредно подређена правном поретку БиХ, а и сама успоставља свој правни поредак.

Управо, основни изазови конституционализације Босне и Херцеговине превентивно су због неспровођења изворних дејтонских рјешења, асиметричне организације, структуре и надлежности државотворних дијелова (ентитети, кантони, дистрикт, локалне заједнице) и наглашене етнонационалне подјеле, проблема у функционисању органа и институција, злоупотреба институционалних механизма заштите виталних националних и виталних

2 Борис Кривокапић, *Лексикон међународног права* (Београд, 1998), 115. ЕНТИТЕТ- француски entite - биће, од лат. ens – биће, а у међународном праву овај израз се користи превасходно за означавање оних творевина, односно организација које нису државе али им се, и поред тога, признаје одређени међународноправни субјективитет. Међутим, према мишљењу академика К. Чавошког“...амерички правни стручњаци унапријед (су) рачунали с могућношћу да поједине кључне одредбе Дејтонског мировног споразума тумаче и примјењују како у околностима нађу за сходно, независно од пристанка самих страна уговорница“. (Коста Чавошки, *Од слова до духа Дејтона*, (С. Сарајево, 1999), 7.

3 Миле Дмичић, “Осврт на неке аспекте остваривања пројектованог уставноправног модела Босне и Херцеговине”, *Зборник реферата са округлог стола Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета* (Академија наука и умјетности Републике Српске: 1999), стр. 143.

4 Петар Кунић, *Република Српска држава са ограниченим суверенитетом* (Бања Лука: 1997), 10.

5 У коначној арбитражној одлуци износи се мишљење: „План о Дистрикту је у складу са уставним захтевом да се БиХ састоји од два и не више од два ентитета”. Вид., Устав, Члан I (3). Уставом је утврђено да ће се БиХ састојати од два ентитета, Федерације БиХ и Републике Српске, на основу чега долазимо до закључка да би оваква структура државе, за коју већ први високи представник у БиХ истиче да је „најдецентрализованија држава на свијету“ (К. Билдт), асиметрична „конфедерација“ (М. Касаповић), „конфедерација, по карактеру“, што може бити промијешано само измјеном, у Уставу у складу са утврђеним поступком и од стране Парламентарне скупштине БиХ.

ентитеских интереса, у одлучивању и неефикасности у доношењу законских, планских и извршних аката и докумената.

Устав БиХ,⁶ има транзицијски карактер, а са формалног и материјалног становишта, непознат је у досадашњој уставноправној теорији и пракси. Посебност, у формалном смислу, се огледа у начину његовог настанка, јер није резултат политичке воље и учешћа грађана БиХ и без процедура које би му дале демократски легитимитет.⁷ Устав је производ воље међународне заједнице и резултат компромиса представника сва три конститутивна народа, који су утицали да је у процесу успостављања мира и успостављања дејтонских рјешења „...највећи дио државних компетенција пренесен (је) на ентитете који су новим уставним рјешењима добили висок степен државних овлашћења”.⁸ Његова посебност у материјалном смислу, огледа се у томе да је њиме одређено да се држава састоји од два ентитета, са разграниченим надлежностима између ентитета и институција БиХ.⁹ Устав БиХ је урађен по мјери и моделу новог свјетског поретка, јер су савремени процеси политичке и економске глобализације започели крајем двадесетог вијека.¹⁰ Зато је и у нашим условима „свако приступање промјенама устава подухват којим се они који владају, као и сами грађани, препоручују сопственом оданошћу суштинским вриједностима у датом друштву, својом зрелошћу, знањем, умијећем и разумијевањем.”¹¹

Анализа уставних одредаба потврђује да је у питању специфичан и у савременој компаративној уставности непознат модел подјеле органа државних власти. Дводомни састав Парламентарне скупштине БиХ, начин њеног избора, одлучивање и рад као и положај домова указују на то да је ријеч о органу власти сложене државе. Ентитетска заступљеност је трајна категорија, а неоспорно је и ентитетско гласање и заштита виталног интереса ентитета и виталног националног интереса конститутивних народа и Осталих. Међутим, и ако се остварују симетрична рјешења и уједначена пракса у оба ентитета када се одлучује о виталном националном интересу, кроз установљено Вијеће, односно Савјет за заштиту виталних интереса уставних судова ентитета, који имају исти број судија и истог су националног састава, не постоји одговарајуће тијело код Уставног суда БиХ. Институционална заштита виталног интереса ентитета и виталног националног интереса конститутивних народа, у условима мултинационалне и мултиконфесионалне особености и традиција БиХ, је темељна вриједност која је садржана у преамбули и нормативном дијелу Устава БиХ. Ови принципи

6 Устав Босне и Херцеговине, Анекс 4. Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, у књизи: *Документи Дејтон – Париз*, (Бања Лука 1999), 68-80.

7 Основни елементи владавине права су поштовање уставних и законских начела и норми, без било каквих утицаја са било које стране.

8 Петар Кунић, *Борба за државност српског народа у Хрватској и Босни и Херцеговини – Историјски и политичко-правни контекст*, (Бања Лука, 2023), 466. Напомињемо да је, на сличан начин, 23. маја 1949. године потписан и проглашен Основни закон Њемачке као устав државе „са циљем да има привремени карактер“, и данас на снази иако ни 1990. године након уједињења двије њемачке државе, није замијењен. Са тим Уставом Њемачка је постала чланица НАТО савеза, била оснивач ЕУ, извршила уједињење двије државе.

9 Рајко Кузмановић, *Уставно право*, (Бања Лука 2002), 306-307. Миодраг Јовичић, *О уставу*, (Београд, 1977), 222, М. Пилиповић, *Устав БиХ- нормативно и стварно*, Бања Лука, 2008, 36-47.

10 D. Johnstone, *Nato and the New World Order*, (London, 2000).

11 Исто, 14.

су уставноправно обавезујући, на којима се морају заснивати институционална структура и функционисање укупног друштва и државе БиХ.¹²

Стање у цјелини, као и активна улога „међународне заједнице” у БиХ, одражавају се, између осталог, и на правни поредак ове сложене државне заједнице.¹³ Устав не допушта изричито промјену структуре сложене државе, али је ни не искључује. У том смислу, модел федералне државе је прихватљиво рјешење, имајући у виду да се развија на „дијалектичкој комбинацији три мјерила, односно начела: супрематија федералне државе, аутономија федералних јединица и партиципација федералних јединица”. У основи, „у савременом свијету децентрализација власти је општа цивилизацијска тековина и представља важну димензију глобалног друштва”.¹⁴ Универзални карактер има мисао да је „федеративни систем примјенљив за све нације и све епохе, пошто се политичка федерација, која је у потпуности политика напретка, састоји у томе да се бави оваквом популацијом у датом тренутку, следећи режим власти и опадајућу централизацију, у односу на дух и обичаје”.¹⁵ Надаље, „федерација је најпогоднији облик државе чије се друштво одликује националном, економском и културном сложеношћу и различитостју, у којем „процес духовног изједначавања није још увијек довршен”¹⁶ Федерализам, уствари, почива на „вољи за очувањем аутономије и различитости федералних јединица” што је у духу европског гесла „јединство у разноликости”. То подразумева да се „научно аргументованим ставовима гради и изграђује величанствено здање научне мисли, демократска култура и толеранција као израз духовне слободе и хармоније у разликама, нашим и општим”.¹⁷ И у условима и потребама БиХ, успоставља нормалног стања за реализацију таквог опредјељења тражи и сагласност релевантних чинилаца, учешће грађанског сектора, пуну јавност и транспарентност у раду.¹⁸

Постоје, надаље, и мишљења о томе да ограничене одговорности које је држави дао Устав БиХ нису биле довољне да се обезбиједи изградња и функционисање модерне државе. Коришћењем неких општих одредби у Уставу БиХ и њихово широко тумачење допринијело је да се значајно прошире овлашћења органа и институција на државном нивоу. Такође, у овом процесу, и мишљења Венецијанске комисије томе су допринијела, као и улога високог представника,¹⁹ посебно његовим коришћењем „бонских овлашћења”.

Такође, „уставним реформама и промјенама врши се и успоставља нова и актуелна кодификација и конституционализација власти и друштва”.²⁰ При томе, неријетко се занемарује и то да одрживост, функционалност и дјелотворност сложене организације државе

12 Прије неколико деценија говорило се и писало да у свијету постоји и дјелује око 900 етничких група, а данас се већ говори о преко двије и по хиљаде таквих група. С обзиром на то да постоји преко три хиљаде језичких група, може се рећи да се ради о исто толиком броју етничких група.

13 Бранко Смердел, *Уставно уређење европске Хрватске*, Загреб, 2013, 212.

14 P. J. Proudhon, *Di principe federatif*, Paris, Editions Bossard, (Paris, 1921), 121-123.

15 Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, (Београд: Службени ласник, 1995), 454.

16 Рарко Марковић, *Уставно право*, (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2017), 375.

17 Слободан Перовић, „Остваривање људских права у Републици Српској према мађународним стандардима”, *реферат на научном скупу Република Српска – Десет година Дејтонског мировног споразума*, АНУРС, Бања Лука, 2005, 149.

18 Александар Фира: *Уставно право Босне и Херцеговине* (Нови Сад, 2002).

19 Мишљење о уставној ситуацији у БиХ и Овлашћењима високог представника, Венецијанска комисија, 11. март 2005.

20 Рајко Кузмановић, „Савремене уставне промјене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва” у књизи *Устав lex superior*, (Београд, 2004), 270.

и друштва, у првом реду, захтијевају да се обезбиједе два услова: 1) усаглашена политика на свим ниоцима и у свим областима и искрена и пуна политичка воља да се то проводи, и 2) преузимање одговорности од стране домаћих органа за судбину и развој Босне и Херцеговине од високог представника или његову убрзану трансформацију, односно замјену за представника - партнера за помоћ од стране Европске уније.²¹

Устав БиХ се може мијењати искључиво у Парламентарној скупштини БиХ и морао би проћи демократску провјеру, јер „нема устава ако га не прихвати народ“, тако да би јавна расправа о његовим одредбама, кроз невладин сектор, удружење послодаваца, синдикате, медије, била добродошла и могла би послужити уклањању оних слабости у Уставу које је пракса показала, а да Устав добије на легитимитету.²²

У посљедња два вијека преовлађују народни устави, 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 устави имају очекивани демократски признак и у односу на своју садржину.“²³ Тако се појавио нови субјект уставотворства, народ једне земље.²⁴

Постоје мишљења да дејтонска БиХ, „упркос својој уставној дефиницији („држава“, која је „остала“ чланица ОУН), ни по једном од три кључна показатеља државности није држава. Њена територија је ратом подијељена и тешко је и замислити да би другачије могла постати цјеловита, „њено“ становништво, бар један његов део, не доживљава као своју заједницу, „њена“ **власт** је много мање ефективна од власти ентитета.²⁵ Стога, на сцени постоји „... огољела отпорност домаћег политичког естаблишмента на компромис, али још више заблуде на којима је почивао приступ међународне заједнице у БиХ“. Стиче се утисак о сталној „реконструкцији“ и неуставној и незаконитој „доградњи“ политичког и правног модела државе и друштва, урушавајући изворна дејтонска рјешења.²⁶ Истовремено, као да то подупире конотација која говори о томе да „... тијеком више од пет стољећа повијести припадници трију главних вјерских и етничких заједница никад нису трајно, заједно и масовно опирали за једну државу.“²⁷ Таква ситуација може потрајати веома дуго и захтијевати неодређено продужење присуства међународних представника.

2. ИЗАЗОВИ КОНСТИТУЦИНАЛИЗАЦИЈЕ БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКЕ ДРЖАВЕ И ДРУШТВА

Основни изазови конституционализације босанскохерцеговачке државе и друштва су:

21 Види шире: Радован Д. Вукадиновић: *Право Европске уније*, (Бања Лука – Крагујевац, 2006).

22 Миодраг Јовичић, „Референдум у свету и код нас“, *Страни правни живот* 39 (1963) 5.

23 Olivera Вучић, *Промјена и трајање устава*, (Београд: Досије 2005), 55.

24 Исто, 55.

25 Ратко. Марковић, *Са уставне осматрачнице*, (Београд, 2017), 148.

26 Дарко Симоновић, „Интернационализовање уставног права БиХ, - процес коме се (не) види крај“, У *Зборнику радова: Право традиција и промјене* (Правни факултет Универзитета Источно Сарајево, 2020), 144-160.

27 Мирјана Касаповић, *Босна и Херцеговина подијељено друштво и нестабилна држава*, (Загреб, 2005).

1. Босанскохерцеговачка држава²⁸ и њен Устав настали су „...актом међународног права, односно међународним уговором. Њега је потписала држава на чијој територији је вођен рат, којој је признат међународноправни субјективитет, али која није постојала као субјект који врши суверену власт на цијелој територији. То што је Република БиХ потписница овог споразума је израз тежње међународних чинилаца да се истакне приврженост почетној идеји њеног прихватања у свјетску заједницу држава.”²⁹

Међународни уговор и међународно право у којима су садржани „основи уставно-правне конструкције БиХ”³⁰, са правног и политичког становишта, обавезују све потписнице да га поштују и досљедно извршавају. Зато, ни промјене дејтонских, уставних рјешења нису могуће без сагласности свих учесника и држава – потписница и свједока, два ентитета и три конститутивна народа у БиХ.³¹ Ревизија међународних уговора или само појединих њихових дијелова приступа се када протекне одређени уговорени период или се укаже потреба да се уговори промијене, односно усагласе са измијењеним приликама. Услови и поступак за то нису прописани и евентуална измјена Дејтонског мировног споразума ствар је свих страна – чланица потписница,³² што би довело до враћања актима више правне и институционалне хијерархије.

У контексту глобализације, новог међународног поретка и транзиције, уз много противрјечности дејтонско-бриселских рјешења и политика, основано се истиче да су конституционализација и функционисање у стању „сталне привремености” управо због тога што је БиХ својеврсна, симболична државна и друштвена творевина, односно, „... циљ међународне заједнице, али не и као држава властитих народа нити држава коју су они створили.”³³

Њен настанак међународним миртовним уговором, поред осталог, у вези је са питањем да ли је Босна и Херцеговина са становишта унутрашњег права нова или стара држава. “Устав изреком не говори о унутрашњем већ само о међународноправном континуитету БиХ, јер користи израз “правно постојање по међународном праву као државе”.³⁴ То је

28 Босна и Херцеговина, као држава, настала је потписивањем Општег оквирног споразума за мир у БиХ (Дејтонски мировни споразум, који је прихваћен на конференцији одржаној у Дејтону, САД, од 1. до 21. новембра 1995. године, а коначно је потписан и ступио на снагу у Паризу, 14. децембра исте године. Устав је саставни дио тог споразума, и то његов Анекс Х. Дејтонски мировни споразум су потписале Република Босна и Херцеговина, Република Хрватска и Савезна Република Југославија, а у својству свједока Специјални преговарач Европске уније, Република Француска, Савезна Република Њемачка, Руска Федерација, Уједињено Краљевство Велике Британије и Сјеверне Ирске и Сједињене Америчке Државе.

29 Горан Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам* (Београд/Сарајево, 2012), 69.

30 Чедомир Антић, Ненад Кеџмановић, *Историја Републике Српске*, (Бања Лука: “Недељник”, „Службени гласник Републике Српске”, 2016), 423.

31 Миле Дмичић, В. Којовић, „Политичко-правни аспекти међународних мировних споразума и уставне промјене у БиХ”, Зборник радова *Република Српска – петнаест година постојања и развоја*, АНУРС, 2007, 157-179.

32 Основно је правило у тумачењу међународних уговора текстуални приступ и циљ и смисао тумачења, како је то много пута усаглашено и бројним пресудама Међународног суда правде и у арбитражним пресудама, јесте “освјетљавање значења текста, а не испитивање намјере странака, *ab initio*.” Комисија за међународно право ОУН текстуални приступ у тумачењу уговора одредила је као “општеприхваћено правило међународног права”. Иако је потписан на домаћем и енглеском језику, који имају статус подједнаке аутентичности, Општи оквирни споразум за мир у БиХ, а тиме и Устав БиХ, нису објављени у “Службеном гласнику БиХ”.

33 Роберт М. Хајден, *Скице за подељену кућу – Уставна логика југословенских сукоба*, (Београд: 2003), 159.

34 Неки аутори сматрају да је споран и међународни континуитет државе: “Очигледно је да би било научно објективније и правно релевантно да није признат ни њен спољни континуитет (...)”. Кузмановић, *Уставно право*, 307.

потребно посматрати у свјетлу чињенице да је раније Република БиХ постојала у смислу међународног, а не унутрашњег права. Њене институције су тежиле да буду представник државе иако нису вршиле било какву власт нити су сматране легалним и легитимним на већем дијелу територије БиХ.

Устав БиХ³⁵ је акт међународног права и саставни дио уставног споразума за Босну и Херцеговину. Огромна већина устава у свијету су акти државног, а не међународног права. Устав је доживио еволуцију, с обзиром на то да се, након његовог ступања на правну снагу, примјењује као акт домаћег права, којег може мијењати Парламентарна скупштина БиХ као уставотворна власт, двотрећинском већином присутних посланика Представничког вијећа, а не потписници Дејтонског мировног споразума. То значи да о његовој даљој правној судбини "...одлучује домаћа политичка институција, а не субјекти међународног права који су, својом сагласношћу, омогућили правну егзистенцију Устава."³⁶

И са формалног и са материјалног аспекта, Устав је, специфичан и непознат у досадашњој теорији и пракси³⁷, а који се „...темељи на концепту сужавања стандардне уставне материје“³⁸ а по начину настанка, у ствари, није устав ни са становишта теорије права, ни са становишта уставног права, ни са становишта међународног права³⁹. То је узрок, поред осталог, раскорака између нормативног и стварног, између оног што је у уставу записано и оног што је у пракси остваривано. Од закључења Дејтонског мировног споразума до процеса „тихе (прикривене) ревизије Устава БиХ“, превагу су односила федерално-конфедерална обиљежја државног уређења.⁴⁰

Општи принципи међународног права представљају интегрални дио правног поретка БиХ и ентитета⁴¹. Првенствено, остваривање усвојеног модела надлежности, њихове подјеле и односа између органа и институција БиХ и ентитета представљају средишње и веома комплексно питање *materie constituens*. Тако се, посебно „из расподјеле надлежности нове сложене државе јасно види да је нова држава основана на међународном праву, а не на државном...“⁴²

Посебно, након одлуке Уставног суда БиХ о конститутивности народа (број: У-5/98), БиХ више функционише као федерација, док се наметањем или преношењем надлежности са ентитета на ниво БиХ - одлукама високог представника, законима и другим актима парламената, одлукама Уставног суда БиХ или на друге начине вршена је њена централизација и унитаризација, што је у супротности како са „словом“, тако и са „духом“ Устава.⁴²

35 Рајко Кузмановић, *Уставно право*, (Бања Лука, 2002), 304.

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

37 Симовић, *Интернационализовање уставног права БиХ – процес коме се (не) види крај*, 146.

38 Нурко Побрић, *Уставно право*, (Мостар, 2000), 39.

39 Снежана Савић, *Конститутивност народа у БиХ*, (Бања Лука, 2019), 19.

40 Закључци и препоруке са Научног скупа са међународним учешћем „Устав и уставни изазови уставног развоја у сложеним државама“, Зборник радова, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2018, 411-415.

41 Рајко Кузмановић, Зборник радова „Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета“, Бања Лука, АНУРС, 2000.

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

„Надлежности ентитета су необично велике. Широке надлежности омогућавају ентитетима да самостално уређују унутрашњи друштвени живот у скоро свим областима које су од непосредног интереса за грађане и функционисање друштва.⁴³“ Државотворност ентитета се реализује кроз стварање и примјену права, што чине надлежни органи ентитета самосталним доношењем правних прописа и других аката, гарантује Устав БиХ (Члан ИИИ 3а) утврђујући да све „...функције и овлашћења која нису овим Уставом изричито повјерена институцијама БиХ припадају ентитетима“.

Правни и политички положај ентитета, у већој мјери, условљени су изворним и ревидираним садржајем Устава БиХ.⁴⁴ Тиме се и намеће „...питање да ли је БиХ конфедерација или федерација, а аналогно томе и питање надлежности институција БиХ и ентитета, постала су политичка питања са највећим степеном важности након успостављања дејтонске БиХ“⁴⁵.

Услов за преузимање посебних надлежности ентитета је споразум ентитета за што је утврђена уставна могућност, а „...то су послови предвиђени анексима 5-8 Дејтонског мировног споразума или они који су потребни за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке незативности и међународног субјективитета БиХ“⁴⁶. Преднос надлежности са ентитета на нивоу БиХ вршен је путем споразума о доношењу уставних амандамана једино у области одбране, индиректног опорезивања и ВСТС БиХ. Међутим, „за увођење додатних надлежности потребно је доношење уставних амандамана по поступку прописаним уставним текстом Дејтонског мировног споразума“.⁴⁷

У уставноправној науци и пракси постоји потпуна сагласност о томе да систем подјеле надлежности и односи између државних субјеката у сложеним државним заједницама представља кључно, најсложеније и најделикатније питање организације и функционисања тих заједница. Компаративно гледано, у свијету је добрих искустава много, јер постоји 37 федералних држава, а 97 са сложеним државним уређењем. Уз то, у вишенационалним заједницама каква је и БиХ тај систем може побољшати, али и компликовати, међунационалне односе и рјешавање националног питања, чиме проблем добија значајну политичку димензију.⁴⁸

Потребно је истаћи да „широке надлежности омогућавају ентитетима да самостално уређују унутрашњи друштвени живот у скоро свим областима које су од непосредног интереса за грађане и функционисање друштва.“⁴⁹

Устав БиХ омогућује пун капацитет дјеловања државних институција и функција БиХ, па је његово мијењање једино оправдано у оквиру пуне сагласности ентитета и конститутивних народа и реалних захтјева и услова за његово дограђивање и усавршавање с циљем боље и ефикасније примјене и функционисања уставноправног система.⁵⁰ Држава

⁴³ Слободан Орловић, „Две деценије Дејтонског устава – ретроспектива и перспективе“, *Правна ријеч*, бр. 48/2015, 201.

⁴⁴ Исто, 169.

⁴⁵ Синиша Каран, „Дејтонски мировни споразум – 25. година послје“, *Зборник радова „Дејтонски мировни споразум – двадесет пет година касније“*, (Бања Лука: АНУРС, 2020), 195.

⁴⁶ Фира, *Уставно право Босне и Херцеговине*, 75.

⁴⁷ Миле Дмичић, *Подјела надлежности између БиХ и ентитета, (не)оправданост преноса и могућност њиховог потврата*, (Источно Сарајево, 2020), 86-116 и др.

⁴⁸ Види шире: Миодраг Јовичић, *Велики уставни системи*, (Београд 1984).

⁴⁹ Марковић, *Босанскохерцеговачки федерализам*, 168.

⁵⁰ У случају да се 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

се не гради честим мијењањем устава, већ његовом примјеном и активним радом институција.⁵¹ 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. У том контексту, могуће је сагледавати појаве и расправе, које прокламују наставак процеса дисолуције, путем прекрајања граница, мирног раздруживања државотворних дијелова и народа и њихових колективитета, стварање нових државотворних јединица на начелима етничитета и слично, што због искустава из прошлости директно асоцира на могућност настанка трагичних сукоба на овим просторима. То захтјева искрене разговоре и дијалог између ентитета и институционалног оквира БиХ о узроцима, карактеру и посљедицама „трагичних ратних сукоба“, да се изврши ревизија судских одлука о ратним злочинима и преиспита и заустави изрицање пресуда народима и јавним властима и колективитетима; онемогући неуставна ретроактивна примјена кривичног законодавства; одбаце сви позиви на укидање Републике Српске и оспоравање њеног имена и постојања. 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.⁵² Убудуће, мора се успоставити равнотежа између грађанског и националног, односно потребе да се заштите интереси свих конститутивних народа, с једне стране, и потребе за одговорном, дјелотворном и ефикасном влашћу, с друге стране.

Такође, стално ширење надлежности органа и институција БиХ, истичући да се то чини ради очувања суверенитета државе, у првом реду, чин је антидејтонског, неуставног и незаконитог преузимања надлежности ентитета. Ове надлежности морају бити у складу са уставном подјелом надлежности и односима између институција БиХ и ентитета.⁵³

Неопходно је указати на сву штетност тенденције умањења надлежности ентитета и на императивност захтјева да се обустави ерозија ентитетских надлежности и не прихвата ревизија дејтонских рјешења и успостављеног модела сложене државе БиХ са два једнако-правна ентитета - Републике Српске и Федерације БиХ.⁵⁴

националног интереса, предузме сва институционална, политичка и демократска средства и методе. (Закључци у вези са уставним положајем Републике Српске и заштитом њених интереса на нивоу заједничких институција БиХ (Службени гласник Републике Српске“ број 90/2015).

51 Рајко Кузмановић, *Есеји о уставности и државности*, (Бања Лука 2004), 381.

52 Политички односи и системи вишенационалних, односно вишеетничких држава, а исто тако и начела и установе федерализма тамо гдје је он у оваквим државама уведен, једна је од најсложенијих тема у савременој политичкој науци. Декларација о народима, карактеру и посљедицама трагичног оружаног сукоба у БиХ од 1992. до 1995. године.

53 Народна скупштина Републике Српске донијела је Резолуцију о заштити уставног поретка и проглашењу војне неутралности Републике Српске, 18. октобра 2017. године, и то у односу на постојеће војне савезе до евентуалног расписивања референдума на којем би се донијела коначна одлука, а о чему ће се координација обављати са Републиком Србијом као потписником Дејтонског мировног споразума. Провођење Дејтонског мировног споразума добило је свој институционални оквир формирањем Савјета за имплементацију овог споразума. Вијеће чине велике силе и утицајне државе. Осим војних ангажовања, међународна заједница има утицај путем високог представника за БиХ. Високи представници у БиХ до сада су били: Карл Билт из Шведске (децембар 1995 – јун 1997), Карлос Вестендорп из Италије (јун 1997 – јул 1999), Волфганг Петрич из Аустрије (август 1999 – мај 2002), британски лорд Педи Ешдаун (мај 2002 – јануар 2006), њемачки дипломата Кристијан Шварц – Шилинг (јануар 2006 – јул 2007), словачки дипломата Мирослав Лајчак (јул 2007 – март 2009), те аустријски дипломата Валентин Инцко од марта 2009. године до данас.

54 Види шире: Рајко Кузмановић, „Нарушавање надлежности између ентитета и Босне и Херцеговине“ (стр. 27-35); Снежана Савић, „О облику државног уређења БиХ“ (стр. 70-84); Витомир Поповић, „Неки аспекти апелационе јурисдикције Уставног суда БиХ у свјетлу подјеле надлежности између институција БиХ и ентитета“

Умјесто опредјељивања за један од познатих облика државног уређења Устав утврђује да се Босна и Херцеговина састоји из два ентитета: Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске, који имају самосталност и све државне функције и надлежности осим ових које су Уставом Босне и Херцеговине изричито пренесене на њене институције, као што се то чини у сложеним државама (члан III тачка 3а). У расподјели надлежности заступљен је модел који више значи компромис између тежње за очување цјеловитости Босне и Херцеговине и потпуне самосталности ентитета, по чему је Босна и Херцеговина сложена држава *sui generis* која се налази и под специфичним међународним протекторатом.⁵⁵

Устав Босне и Херцеговине уређује организацију власти само на нивоу Босне и Херцеговине као цјелине (члан IV до VII). Дакле, организација власти у ентитетима у цјелини, како на нивоу ентитета, тако и у локалним јединицама, није обухваћена Уставом Босне и Херцеговине. То се битно разликује од односа и у већини савремених сложених држава.

Статус ентитета – државотворних дијелова БиХ, њихов положај и „... лојалност заједничкој држави заснива се на поштовању дејтонских рјешења и очувања њеног политичког, националног, етничког, културног и сваког другог облика опстанка, идентитета и субјективности.“⁵⁶ Насупрот томе, ентитети имају сва потребна уставна, политичка и демократска средства и механизме заштите свог уставног положаја, јер су они двије равноправне и јединствене територијално-политичке јединице највишег уставноправног нивоа у саставу БиХ.

Двodomни састав Парламентарне скупштине БиХ, начин њеног избора и рада, као и положај домова, указује на то да је ријеч о органу власти сложене државе. Прихватљиво је постојање двodomног система, двоструко повећање броја чланова оба парламентарна дома, са могућим увођењем начела о њиховом непосредном избору, као и побољшање начина и ефикасности одлучивања.

Укупној структури власти, као дио извршне власти, Предсједништво је орган који има значајну улогу у расподјели политичке моћи у домену координације, усаглашавања интереса ентитета и заједничких институција и представљања земље. То проистиче из већ наглашених елемената јачања егzekутиве у односу на легислативу. Тим смјером је кренула уставност у скоро свим земљама у транзицији, па се може говорити о својеврсној универсализацији елемената президенцијализма, као модела подјеле власти.

У оквиру надлежности институција Босне и Херцеговине Уставом је успостављен посебан орган извршне власти са називом - Вијеће министара, а не влада, што је уобичајен назив у земљама парламентарне демократије. Дато је само неколико основних системских рјешења о положају и надлежностима овог органа (члан V тачка 4.), али то је компензовано цјеловитим Законом о Вијећу министара Босне и Херцеговине, којим је број министарстава са три порастао на садашњих девет, са бројним помоћним тијелима. Међутим, важи општа

(стр. 89-93); Петар Кунић, „Односи између институција БиХ и ентитета у домену јавне управе“ (стр. 95-100); Миодраг Симовић, „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.

⁵⁵ Види шире: *Предлог Амандмана на Устав Босне и Херцеговине*, Сарајево, 25. март 2006. године (Независне новине, Бања Лука, 7. април 2006).

⁵⁶ Касаповић, „Босна и Херцеговина: Десет година након Дејтона, „Статус“, 70.

напомена да ће стварна моћ Савјета министара зависити од односа политичких снага, што је и теоријски и практично могуће и при далеко боље изведеној уставној регулативи.⁵⁷

У тродиоби државне власти Уставни суд Босне и Херцеговине заузима посебно мјесто и чини својеврсну “четврту власт или међувласт”. Стоји чињеница непостојања (уставног) Закона о Уставном суду Босне и Херцеговине и Вијећа за заштиту националних интереса, које имају уставни судови ентитета. Највеће одступање од класичне уставне концепције европских уставних судова представља надлежност „Уставног суда Босне и Херцеговине да има апелациону јурисдикцију по питањима из Устава која произлазе из пресуда било ког суда у Босни и Херцеговини”. Може се само *per analogiam* закључивати да је ријеч о одредби која је настала под утицајем америчког судског система, а у којој се у врховној судској инстанци стичу и неке најважније уставносудске надлежности и неке надлежности типичне за највиши редовни суд.⁵⁸

Поставља се питање правне природе аката Високог представника као и њихов однос према Уставу БиХ. Њихову специфичност представља његова одлука да закон ступа на снагу као закон БиХ, на привременој основи, све док га Парламентарна скупштина не усвоји у истовјетном садржају и форми, односно без амандмана и додатних услова.⁵⁹ Уставни суд БиХ је становишта да „није надлежан да оцјењује овласти Високог представника за БиХ, али да је, истовремено, ова институција супституирала домаће институције, те да се (ови) закони, као такви могу испитивати са материјалноправног аспекта, тј. са аспекта његове садржине, односно њене усклађености са Уставом БиХ.”⁶⁰

У том смислу, полазећи од тога да су одлуке у погледу његове надлежности „коначне и обавезујуће”, те да ће „Уставни суд штитити овај Устав”, а да у његовом саставу дјелују три страна држављана; да не подлијеже ничијој контроли и ограничавању; да не разликује правна и политичка питања; да питања свог рада и одлучивања уређује својим пословником, а не да је то уређено Уставом и законом; његови акти и дјеловање не подлијежу захтјевима уставности и законитости; да не постоји аутолимитација и разликовање политичких од правних аката; да има примјера да високи представник дерогира његове акте; чини их непостојећим и ништавним; да се значајније одлуке не проводе иако су „коначне и обавезујуће”⁶¹. Међутим, надлежност Уставног суда БиХ је „... да кроз заштиту устава и основних принципа правног поретка садржаних у њему доприноси томе, а не да утврђује које институције држави требају, што је надлежност уставотворног односно законодавног органа, а поготово не да оцјењује

57 Основна надлежност Вијећа министара је провођење политике, извршавање одлука свих институција Босне и Херцеговине и имплементација приоритетних реформи. Међутим, извршна власт у Босни и Херцеговини испољава се кроз њену асиметричност и постојање великог броја влада и за њих везаних органа управе.

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

59 Одлука о доношењу Закона о измјенама и допунама Закона о Високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ број 26/02).

60 Одлука Уставног суда БиХ у предмету број У-9/2000, са издвојеним мишљењима судија, објављена у („Службеном гласнику БиХ“ бр. 1/01). Као и одлуке; бр. 16/2000, 25/2000 и др., Билтен Уставног суда БиХ за 2001., Сарајево, 2003.

61 Исто, 28-30.

карактер и улогу тих институција.⁶² „Акти високог представника имају обиљежја правних аката, па нема разлога да буду изузети од контроле. Узмимо за примјер закон који високи представник доноси. Контрола у овом случају не може да се односи на питање цијелосходности закона, већ на питање његове уставности...“⁶³.

Одлуке високог представника, будући да нису донесене на основу Анекса IV-Устава БиХ већ Анекса X, по мишљењу Уставног суда БиХ не могу бити преиспитиване, односно не подлијежу контроли Уставног суда БиХ, као ни вршење тих надлежности, тако да је он истовремено интервенисао у уставни, правни и политички систем, замијењујући легалне и легитимне органе и институције, односно дјелујући као власт. На захтјев Савјета Европе, Венецијанска комисија је констатовала да су овлашћења Високог представника „фундаментално некомпатибилна са демократским карактером државе и суверенитета БиХ“.⁶⁴ „Уставни суд (БиХ) требало би да одлучује о актима једног вануставног чиниоца, чије надлежности не проистичу из Устава Босне и Херцеговине. Нема ни оправдавајућег разлога, а то је да високи представник дјелује умјесто домаћих институција...“⁶⁵.

Уставом БиХ није успостављена трећа полуга власти – судски односно правосудни органи. Стога, оснивање Суда и Тужилаштва, који су наметнути одлуком (законом) високог представника, нема уставноправну основу.

Првенствено је циљ реструктуисање правосудног система на нивоу БиХ (Суд, Тужилаштво, Високи судски и тужилачки савјет и др.), али не и формирање „државног“ врховног суда, те могућност избора и разрешења судија и тужилаца у представничким органима ентитета, оснивање ентитетских судских и тужилачких савјета.

Устав БиХ утврдио је основне елементе економских односа и система и основе за успостављање стабилног, либералног и безбидног привредног окружења у БиХ.

Страни грађани који су учествовали у раду појединих институција (Уставни суд БиХ, Високи судски и тужилачки савјет БиХ, Централна банка, органи правосудја, Омбудсман) већином су се повукли, али су у појединим важним институцијама и даље остали. Иако су постојале могућности предвиђене Уставом БиХ да се у потпуности из домаћих институција повуку страни држављани, то још није учињено, углавном из политичких разлога и неслагања водећих политичких снага у држави.

Углавном, систем консочијативне или консензуалне демократије, у начелу, почива на широким коалиционим извршним органима власти политичких елита, паритетном саставу најважнијих политичких институција, пропорционалном представљању, праву вета, те широко постављеном консензусу. У том смислу, „када је друштво дубоко подијељено, какав је случај у БиХ, а природа и садржај подјела стварају опасност дезинтеграције друштва и

62 Издвојено мишљење судије С. Савић, која закључује: „Не улазећи дакле у питање да ли је Суд БиХ потребан или пак није и чему ће његово успостављање допринијети, што је питање друге природе на које Уставни суд, сагласно својој природи и својој надлежности не може и не треба одговорити....сматрам да уставног основа за доношење овог закона (са материјалноправног аспекта) нема, тј. да Устав БиХ не познаје, не предвиђа постојање овакве институције, те да предметни закон није у складу са Уставом БиХ.“

63 Горан Марковић, у књизи: *Уставни лавиринт – Апорије уставног система БиХ*, (Београд, 2021), 25.

64 Исто, 26.

65 Европска комисија за демократију кроз право (Венецијанска комисија), *Мишљење о уставној ситуацији у БиХ и овлашћењима високог представника*, Венеција, 2005.

државе, и овако мањкава консociјативна демократија представља велику предност, јер се показује као једини политички режим у коме друштво може опстати⁶⁶.

Шире гледано, демократија се обично схвата као владавина већине народа или у име већине народа. С обзиром на то, изузетно је значајно да се води рачуна о мањини, јер „... и већина и мањина заступају сличне легитимне ставове, што значи и сличне политичке интересе...“⁶⁷ У нашим условима, пропорционална представљеност конститутивних народа и Осталих и државотворних дијелова сложене државе, подразумева да се обезбиди њихова заступљеност у вршењу власти.

Иако сами по себи избори нису довољни за пуну демократију и демократски поредак, слободни и фер избори су неопходан услов и претпоставка демократске и правне владавине и имају вишеструки значај за све облике политичког уређења и вршења власти. Зато, као што је то својствено земљама у транзицији, у Босни и Херцеговини су неопходне темељите изборне реформе, као дио процеса политичких и демократских промјена у недовршеној држави и подијељеном друштву, којој у великој мјери недостаје виши ниво политичке културе, развоја и функционисања изборне демократије. То, шире гледано, захтијева пуну кодификацију и имплементацију најефикаснијих изборних стандарда и критеријума и нових изборних технологија и заштите изборних права познатих у свијету да би се, и теоријски и практично, у Босни и Херцеговини утемељила и теорија и пракса савремених изборних система и њихова демократизација.

Основно је да је држава у свакој изјави и дјелатности непосредно потчињена праву: да су сви државни акти правни, а не политички и идеолошки. Првенствено, правна држава подразумева да се њена „... цјелокупна дјелатност, прије свега управа, врши сходно унапријед прописаним правилима законодавне власти“⁶⁸. То значи да „везаност државних органа, прије свега управе и судства, за законе и друге опште правне акте уређењу даје основе за ознаку: правна држава“⁶⁹, јер, правна држава је само она која је потчињена праву.

Досадашњи „пакети“ и иницијативе за уставне промјене су и сувише непотпуне и недобронамјерне, а често и утопистичке, јер не уважавају сву слојевитост босанскохерцеговачке историје и државности и предвиђају неоствариву државу и тиме руше саме темеље дејтонских рјешења и реформских процеса, демократизацију и интегрисање у европске токове (Априлски пакет амандмана на Устав БиХ (2006); Бутмирски разговори (2009); Иницијатива њемачке канцеларке; Њемачко – енглеска иницијатива (2011); затим Пресуда Европског суда за људска права у „предмету Сејдић и Финци против БиХ“ (2009); затим на основу Устава, одлука високог представника у БиХ, закона Парламентарне скупштине БиХ, одлука Уставног суда БиХ, споразума и других аката ентитета...). Ни промјене уставâ ентитета нису вршене вољом носилаца јавне власти и уставом утврђених предлагача, него је доношење амандмана на устав ентитета услиједило биполарно – дијелом су октроисани од стране високог представника са много процесних и ревизионих недостатака, дијелом усвојени од парламената као уставотворног и законодавног органа, и у значајној мјери одлукама Уставног суда БиХ, са несхватљивим и правно неутемељеним захтјевима – што је, такође, утицало

⁶⁶ Исто, 202.

⁶⁷ Исто, 199.

⁶⁸ А. Игличар, „Држава благостања, цивилно друштво и правна држава“, *Гледиште. број 5-6/88*, 64.

⁶⁹ Павле Николић, *Уставно право, друго измијењено издање*, (Београд: НИУ «Службени лист СРЈ», 1993), 281.

да се посредно мијења цјелокупна концепција и модел државног уређења БиХ. Ставља се у први план умањивање аутономије па и укидање ентитета, односно Републике Српске, унитаризација државе, централизација власти и стварање једног државотворног народа.⁷⁰

Сматрамо да је основно да се изврши фактичко успостављање власти организоване на начелу њене подјеле на законодавну, извршно-управну и судску.⁷¹

Суштина и циљ модерне демократске државе потврђује мишљење које, у основи, „под владавином права (rule of law) или правном државом подразумева поредак у којем је државна власт, а нарочито извршна власт, ограничена правом (уставом и законима) на начин који зајамчује неприкосновеност основних слобода и права”⁷². Власт (легислатива, егzekутивна и судство), дакле, мора бити везана правним поретком, а дјелатност органа власти стављена под правну контролу⁷³. У случају „функционисања” БиХ и основних изазова њене конституционализације, разумљиво је постојање тензије дезинтеграције и трајне територијалне подјеле, што под лупу интересовања ставља аспекте нормативног и стварног у функционисању свих органа и институција - Парламента БиХ, Предсједништва БиХ, Савјета министара БиХ, Уставног суда БиХ, Централне банке, Ентитета, кантона, локалне управе и самоуправе.

Међутим, у БиХ основна обиљежја укупних демократских процеса се налазе „...у одредбама Устава о саставу и начину одлучивања законодавне и извршне власти из којих се јасно утврђује да се не ради о већинској (мајоритарној, вестминистерској) демократији, већ о консociјалној (неки је називају и консенсуална) демократија. Она је примијењена и у федералним јединицама”⁷⁴. Уколико се процес „тихе, (прикривене) „ревизије Устава БиХ“ фактичким и другим промјенама, или „...заобилажењем прописане уставне процедуре, не успори, ако не и потпуно заустави, опстанак Босне и Херцеговине као државе, биће озбиљно доведен у питање”⁷⁵.

Успостављање владавине права је један од основних принципа сваке модерне државе. „Владавина права подразумева највишу правну снагу устава, општост и апстрактност закона, правну подређеност закона уставу, као и свих других општих и појединачних правних аката уставу и закону, судску контролу извршне власти, независност судова и судску контролу уставности закона”⁷⁶.

БиХ се заснива на принципу равноправности двају ентитета и трију конститутивних народа. У основи, њу као државу карактерише својеврсна тријада: **прво**, у државноправном смислу она је савезна држава, **друго**, све говори у прилог конфедералног односа савеза

70 Почев од јануара 1997 године са пакетом за брзи почетак, ОХР је у БиХ донио уставне амандмане; законске и подзаконске акте; званична тумачења прописа; вршио промоцију реформских активности на основу којих је доносио и мијењао стотине прописа и других аката на нивоу БиХ и ентитета, смјењивао легално и легитимно изабране кадрове.

71 Драган М. Митровић, *Држава и право у теорији државе и права (Хрестоматија)*, (Београд НИУ «Службени лист СРЈ», 1992). 122.

72 Коста Чавошки, *Револуционарни макијавелизам и други есеји*, (Београд: Рад, 1989).

73 Најдан Пашић, *Класе и политика*, (Београд: Рад, 1979), 103.

74 Радомир В. Лукић, „Околности, услови и исходи конституционализације Босне и херцеговине“, *Зборник радова „Конституционализација БиХ“*, (Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву, 2021), 24.

75 Владан Петров, „Федерализам данас“, *Зборник радова: Устав и изазови уставног развоја у сложеним државама*, (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бања Луци, 2018), 146.

76 Вид., Лукић, „Околности, услови и исходи конституционализације БиХ“, 28.

држава, и **треће**, она функционише као специфичан војни, цивилни и политички међународни протекторат под заштитом и врховним надзором међународне заједнице, који још битно утиче на конституисање и остваривање политичке власти у свакој од ових државно-правних јединица и развој политичких односа.⁷⁷

Са становишта облика државног уређења БиХ потребно је истаћи да се федерација појавила као врло погодан и виталан облик државног уређења.⁷⁸ Она се показала као врло добро рјешење, погодна форма која повезује и различитости 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.⁷⁹ „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.”⁸⁰

Од врсте федерације зависи које ће главне полуге власти бити утврђене уставом, као и то да ли ће функције – овлашћења бити потпуна или редуцирана. Ако се ради о чврстом, класичном типу федерације, тада су у уставу надлежности држава-чланица, односно федералних јединица еnumerативно наведене. А ако је лабавији тип федерације, надлежности федерације нису еnumerативно наведене.⁸¹

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.⁸²

Међутим, не постоји јединствен став о томе ко је титулар суверенитета у БиХ, па су мишљења подијељена у смислу да су то: **прво**, конститутивни народи; **друго**, конститутивни

77 Миодраг Јовичић, *Савремени федерализам, Савремена администрација*, (Београд 1973); П. Ристић, *Проблем односа између федерације и федералних јединица*, (Београд: Научна књига, 1967); В. Становчић, *Федерализам/конфедерализам*, (Титоград: НИО Универзитетска ријеч, 1986); Бура Поповић, *О федерализму*, (Београд, 1933).

78 Све ово и илуструје да је федерализам једна деликатна равнотежа, облик у сталним промјенама или под притисцима да се мијења, облик који подразумијева 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.

79 У политичкој теорији и пракси у посљедња два вијека федерализам заузима важно мјесто као принцип организовања друштва и државе. Њиме су се бавили како теоретичари и политичари грађанског друштва тако и социјалисти разних правца који су на будућност гледали као на уједињавање човјечанства на одређеним друштвеним принципима социјализма и федерализма или конфедерализма.

80 Миодраг Јовичић, *Државност федералних јединица*, (Београд: Научна књига, 1992), 68.

81 Војислав Становчић, *Федерализам/конфедерализам*, (Београд, 1986), 38: Сједињене Америчке Државе, које се узимају као прва земља у којој је успостављен федерални систем новог типа, прва земља у коју је уведен модерни облик савезне државе, биле су у почетку њихова настанка и по карактеру и по садржају, а и по облику и имену те заједнице – конфедерација

82 Вид. Јовичић, *Велики уставни системи*; Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, (Београд, 1995); Кузмановић, *Уставно право*; Алексаднар Фира, *Уставно право Босне и Херцеговине, том IV*, (Нови Сад, 2002); Николић, *Уставно право*; Маријана Пајванчић, *Уставно право (уставне институције)*, (Нови Сад, 2005); Смиљко Сокол, Бранко Смердл, *Уставно право*, (Загреб, 1998); Касим Трнка, *Уставно право*, (Сарајево, 2000); Нурко Побрић, *Уставно право* (Мостар, 2000); Арсен Бачић, *Уставно право*, (Сплит 1997); Звонко Миљко, *Уставно уређење Босне и Херцеговине*, (Загреб 2006); Драган М. Стојановић, *Уставно право I и II*, (Ниш, 2005. и 2006); и др.

народи заједно са осталима и грађанима; и **треће** да су то само конститутивни народи и грађани (као држављани).

Због присуства међународног фактора у уставно-правном и политичком систему БиХ, она се често отворено назива „протекторатом“, или се – релативизирајући овај исказ, а политички коректније – назива „*de facto protekturatum*“ или „*suspisidijarnim de-facto protektoratum*“, „квази“ или „семи (полу)-протекторатом“ међународне заједнице.⁸³

Надаље, „федерација представља најпогоднији облик државе чије се друштво одликује економском, културном, националном и другом сложеностју и различитостју.“⁸⁴ Федерализам, у ствари, почива на „вољи за очувањем аутономије и различитости федералних јединица“, што је у духу европског гесла „јединство у разноликости“.⁸⁵

3. ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ И ДЕЈТОНСКО-БРИСЕЛСКЕ ПОЛИТИКЕ

Европски пут Босне и Херцеговине, у погледу услова који јој се постављају, указује на опасност од губитка сопственог националног идентитета и аутохтоности зарад још увијек далеке, и надасве неизвјесне европске будућности. Међутим, циљ не смије бити искључиво формално чланство у Европској унији, већ неопходно усвајање европских норми и тековина које би значајно унаприједиле животни и сваки други стандард, уз максимално очување сопствених националних интереса и вриједности. У том контексту, посебно настанка новог свјетског поретка (БРИКС) неопходно је имати у виду нове мапе пута међународне и регионалне сарадње. Стога, први услов конституционализације БиХ као државе, на основама изворних дејтонских рјешења и релевантних резолуција и других аката Уједињених нација, јесте то да је она, и нормативно и стварно, суверена, самостална и независна држава.

БиХ карактерише својеврсна тријада: прво, у државноправном смислу она је савезна држава; друго, све говори у прилог конфедералног односа савеза држава,⁸⁶ и треће, она функционише као специфичан војни, цивилни и политички међународни протекторат под заштитом и врховним надзором међународне заједнице. У контексту успостављања Брчко Дистрикта БиХ, утицано је на промјену политичко-територијалне организације БиХ, јер је њиме као новом јединицом створен још један вршилац функције државне власти.⁸⁷ Брчко дистрикт БиХ је уведен у структуру државе арбитражном одлуком, којом је успостављен као посебна политичко-територијална јединица која не улази у састав ентитета, него је непосредно подређена правном поретку БиХ, а и сама успоставља свој правни поредак.

83 Вид., Един Шарчевић, „Дејтонски устав; карактеристике и проблем“, *Статус* бр. 13, 2008, 147.

84 Перовић, „Остваривање људских права у Републици Српској према међународним стандардима“, 149.

85 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.

86 Присуство ОХР-а неспојиво је са чланством БиХ у ЕУ, те „морамо тежити његовом поступном гашењу.“ J. Sattler, OHR treba gasiti, HBŽ Vijesti, 17.2.2021.

87 М. Поповић, 202, Аутор, такође истиче и то да „...по свему, високи представник се огрешио о стварну надлежност, а тако огрешење спада у најтеже повреде права. Таква би дјелатност у унутрашњем праву била оквалификована као узурпаторска.“

Стање у цјелини, као и активна улога „међународне заједнице” у БиХ, одражавају се, између осталог, и на правни поредак ове сложене државне заједнице.⁸⁸

Очигледно је да су, више декларативно, а мање стварно и одговорно, БиХ, Република Српска и Федерација БиХ и њихови органи и институције, недовољно активно и координирано ангажовани на спровођењу „изворних дејтонских рјешења”, програма интеграције и реформи неопходних да би се успоставио институционални оквир, функционалност и ефикасност на свим нивоима власти.

Република Српска као јединствен и недјељив уставноправни ентитет не може прихватити модел својеврсне интернационализације уставотворне власти и изградње државе и стварања институционалног оквира, уставног и правног система и поретка карактеристичног за подјељена друштва, те даљи пренос и преузимање овлашћења, и мора тражити да се врате пренесена, изнуђена и неуставно прераспоређена, посебно зато што нека од њих нису дала очекиване ефекте.⁸⁹

Првенствено, потребно је рјешавање најкрупнијих питања у кључним реформским областима као што су: опоравак привреде и нови привредни раст; реформа јавног сектора; јавне финансије, опорезивање и фискална одрживост; пословна клима и конкурентност; запошљавање и тржиште рада; социјална заштита и пензије; борачка и инвалидска примања; положај младих, жена и осталих посебно угрожених категорија становништва; владавина права и добро управљање; реформа јавне управе. Обавеза је свих нивоа власти БиХ и ентитета да, директно или индиректно, проводе реформске циљеве и координацију процеса, у оквиру својих уставних и законских надлежности.

Споразум о стабилизацији и придруживању (2008,2013), ниједном одредбом, која се односи на усклађивање права, не захтијева и не обавезује БиХ да врши промјене свога Устава. Стога се могу одбацити сви захтјеви за измјену Устава БиХ у вези са имплементацијом овог споразума.⁹⁰

Учешће међународне заједнице проширено је и “ојачано” именовањем специјалног представника Европске уније у БиХ, који има основни задатак да, у функцији партнера домаћих органа власти, помогне остваривању услова за подношење кандидатуре за њено чланство у Европској унији. Процес њеног приближавања европским интеграцијама отворио

⁸⁸ Смердел, *Уставно уређење европске Хрватске*, 212, „Видљиво је да је правну природу облика државног уређења готово немогуће одредити примјеном већ објашњених критерија разликовања федерације и конфедерације, али и упоредити с којим описаним другим обликом удруживања држава. Преглед мишљења који даје Звонко Миљко обухвата распон од оних који овом Уставу одричу уставне значајке и називају га „уставном илузијом”, до оних који га одређују новим појмом „асиметричне конфедерације”, „сегментиране државе” или пак „уније самосталних политичких ентитета са заједничком средишњом влашћу”. Дакако, излаз се налази о прибјеггавању одређењу као „федерације *sui generis*“.

⁸⁹ М. Касаповић, „Босна и Херцеговина 1992-1995. грађански рат, извањска агресија или обоје?”, 45.

⁹⁰ Услови за пријем у чланство су детаљније, али још не сасвим прецизно, разрађени и у закључцима Европског савјета из 1993. године и познати су као Коненхашки критеријуми. Они се односе на политичко, економско, правно и административно прилагођавање државе кандидата Европској унији. Напомињемо, основна одредба која говори о проширењу Европске уније налази се у члану 49. став 1. Уговора о Европској унији који утврђује основне принципе и услове под којима нека држава може постати члан Европске уније. Наиме, према овој одредби „свака европска држава која поштује начела утврђена у члану 6, став 1. може затражити чланство у Унији. Она захтјев подноси Савјету који, након што се консултује са Комисијом и након што добије пристанак Европског парламента, једногласно доноси одлуку. Европски парламент усваја своју одлуку апсолутном већином чланова који га чине”. Вриједности које држава кандидат мора да испуни су: слобода, демократија, поштовање људских права и осовних слобода и владавина права.

је и питање даље улоге високог представника и представника Европске уније, што уозбиљује провођење “излазне стратегије” укупног ангажовања представника међународне заједнице у БиХ.

Ентитети могу да склапају споразуме са државним и међународним организацијама, уз сагласност парламената, с тим да се законом може предвидјети одређени типови споразума за које није потребна таква сагласност. Република Српска је право да на основу чл. III, тачка 2.(а) самостално успоставља специјалне паралелне односе са сусједним државама, поштујући сувереност и територијални интегритет БиХ, остварила са Републиком Србијом.

Према Уставу БиХ, који је дио међународног мировног уговора, мјесто и улога заједничких институција БиХ и степен њихове самосталности је у директној зависности и од воље, аката и поступака одређених органа и тијела међународне заједнице. Стога, статус, лојалност заједничкој држави и поштовању изворних дејтонских рјешења од стране државотворних дијелова БиХ мора се остваривати у контексту њиховог државотворног, политичког, националног, етничког, културног и сваког другог облика опстанка, идентитета и субјективности.⁹¹

Према Анексу Х Дејтонског мировног споразума, „стране потписнице“ споразумјеле су се о именовању високог представника, у складу са релевантним резолуцијама Савјета безбједности Уједињених нација. Према члану V овог Анекса високи представник ће бити коначни ауторитет у тумачењу овог Анекса, односно Споразума о спровођењу цивилних аспеката мировног споразума, али не и да преузме на себе дио надлежности институција БиХ, односно да буде „коначна власт и моћ у БиХ“, „...водећа агентура мировног процеса“, односно одлучујућа институција у спровођењу стратегије међународне заједнице у БиХ. Насупрот томе, Високи представник представља институцију „...која учествује или се директно мијеша у вршење уставотворне, законодавне, извршне и судске власти“.

Високи представник је мијењао уставе ентитета и посредно Устав БиХ, доносио законе, установљавао институције и смјењивао изабране и именоване функционере у свим областима власти, дакле директно се мијешао у уставоправну, законодавну, извршну и судску власт што не може учинити ниједна међународна организација, па се поставља питање може ли се говорити о БиХ као сувереној и независној држави.⁹²

4. ЗАКЉУЧНИ СТАВОВИ

БиХ је недовршена држава и подијељено друштво. Због тога је, првенствено, неопходно постићи оптималну мјеру између онога што представљају посебни интереси ентитета, сваког конститутивног народа и њихови заједнички интереси у БиХ.

⁹¹ Касаповић, „Босна и Херцеговина: Десет година након Дејтона“, 70.

⁹² „Никада Савјет безбједности нити Генерална скупштина УН нису овластили нити су могли овластити ОХР да у БиХ намећу уставе и законе, јер би се тиме УН мијешале у послове који по својој суштини спадају у унутрашњу надлежност БиХ“ (Милан Благојевић, Колумна „Институт за изучавање охаеризма“, Глас Српске, од 21.3.2021). Види: Коста Чавошки, *Свемогући високи представник*, (Бања Лука, АНУРС, 2005), 308. Аутор поред осталог каже: „Мјере које примјењује високи представник у БиХ су мјере које су у модерним свјетским државама кориштене прије три стотине година.“

Неиспуњавање дејтонских рјешења и бриселских политика, као и уговорних међународних обавеза, према начелу међународног права: „проводити, а не мијењати“ неизбјежно води ка њеној међународној изолацији и слабењу, а евентуално и губитку њеног међународноправног субјективитета.

Дејтонски мировни споразум је трајни правни и политички акт и мора бити основа конституционализације Босне и Херцеговине, јер њиме је успостављен уставноправни и политички оквир БиХ. Стога је неопходно прекинути све радње и покушаје његове ревизије, с обзиром на то да он није привременог карактера и да није исцрпио своје капацитете, јер је његово распакивање директан атак на интегритет и даље постојање БиХ.

Постдејтонска пракса потврђује да БиХ не може бити унитарна ни централизована држава нити може опстати са доминацијом било којег конститутивног народа. Неопходно је очувати мир и стабилност уз поштовање темељних принципа Дејтонског мировног споразума и отварање европске перспективе за БиХ и све њене народе, за што највећу одговорност носе домаћи органи и институције који морају тражити рјешења мирним путем, разговором и договором са максималним уважавањем свих домаћих актера и уз партнерски однос и помоћ међународне заједнице.

О различитим тумачењима правне природе Босне и Херцеговине, облика њеног државног уређења и државне владавине, објективно је неопходно постићи сагласност у смислу утврђивања коначног модела државе Босне и Херцеговине. Излаз је могућ у одређењу као “федерације *sui generis*.”

Евентуалне уставне промјене потребно је сагледавати као постепен и нормалан процес у даљем конституисању и функционисању државе, уз услов претходно утврђених циљева, садржаја и обима евентуалних промјена постојећих рјешења, обезбјеђења пуног консензуса њених двају ентитета и трију равноправних конститутивних народа и уважавање Уставом утврђеног поступка уставних промјена.

Промјенама уставâ – државног и ентитетских – мора се обезбједити пројектовање самоодржив економски и социјални развој, уз међународну помоћ, што подразумијева активну развојну политику, инвестирање и отварање нових радних мјеста, равномјернији регионални развој и бољи живот становништва.

Остваривање, одбрана и заштита уставом успостављених институционалних односа, уставног статуса БиХ и њених ентитета, ниво њихове самосталности, државности и суверенитета подразумијева континуирано анализирање дејтонских рјешења, посебно ефеката пренесених надлежности и одупирање покушајима олаког мијењања тих односа противно уставом утврђеном поступку. Зато, начела правне државе, принципи владавине права, контрола и заштита уставности и законитости, правда и правна култура, нужно морају, нормативно и стварно, постати темељ уставног, политичког и правног система и демократског развоја државе и њеног друштва.

Од дејтонско-бриселских политика очекује се темељни извор и подлога за концепт конституционализације БиХ и омогућавање пута европских интеграција, упркос чињеници да је ЕУ видно заморена властитим политичким, економским и безбједносним проблемима.

За остваривање Уставом утврђене подјеле надлежности и односа између БиХ и ентитета од великог значаја су овлашћења Уставног суда БиХ. Његова физиономија и функције, као компромис и мјешавина елемената система судске контроле уставности англосаксонских земаља и европских система уставносудске заштите путем посебних уставних судова,

разлог су за утврђивање прецизности и јасноће његових надлежности и Уставом, уставним законом, или законом утврђеног поступка престанка мандата страних судија.

Постоји некритичка хиперпродукција прописа и институција БиХ, са образложењем да од тога зависи ефикасност и успјешност реформских процеса, посебно на путу европских интеграција.

У оквиру дејтонских рјешења темељно питање је обезбјеђивање највишег нивоа остваривања и заштите међународно признатих колективних и индивидуалних права и основних слобода.

ЛИТЕРАТУРА

1. А. Игличар, Држава благостања, цивилно друштво и правна држава, Гледиште. број 5-6/88, 64.
2. Александар Фира: Уставно право Босне и Херцеговине, Н. Сад, 2002.
3. Бранко Смердел, Уставно уређење европске Хрватске, Загреб, 2013.
4. Владан Петров, Федерализам данас, Зборник радова; Устав и изазови уставног развоја у сложеним државама; Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука, 2018.В. Становчић, Федерализам/конфедерализам, Београд 1986.
5. Горан Марковић, Босанскохерцеговачки федерализам, Београд – Сарајево, 2012, 168.
6. Горан Марковић. Уставни лавиринт – Апорије уставног система БиХ, Београд, 2021.
7. Дарко Симић, Интернационализовање уставног права БиХ, - процес коме се (не) види крај, У Зборнику радова: Право традиција и промјене, Правни факултет Универзитета Источно Сарајево, 2020, 144-160.
8. Драган М. Митровић, Држава и право у теорији државе и права (Хрестоматија), НИУ “Службени лист СРЈ”, Београд, 1992.
9. D. Johnstone, Nato and the New World Order, London, 2000.
10. Коста Чавошки, Револуционарни макијавелизам и други есеји, Рад, Београд, 1989.
11. Борис Кривокапић, Лексикон међународног права, Београд, 1998.
12. Миодраг Јовичић, Референдум у свету и код нас, Страни правни живот 39 (1963).
13. Миле Дмичић, “Осврт на неке аспекте остваривања пројектованог уставноправног модела Босне и Херцеговине”, Зборник реферата са округлог стола Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, (Академија наука и умјетности Републике Српске: 1999), стр. 143.
14. Миле Дмичић, В. Којовић, Политичко-правни аспекти међународних мировних споразума и уставне промјене у БиХ, Зборник радова „Република Српска – петнаест година постојања и развоја, АНУРС, 2007, 157-179.
15. Миле Дмичић, Подјела надлежности између БиХ и ентитета, (не)оправданост преноса и могућност њиховог потврата, Источно Сарајево, 2020, 86-116 и др.
16. М. Касаповић, „Босна и Херцеговина: Десет година након Дејтона”, Статус, Магазин за политичку културу и друштвена питања, Мостар, бр. 8/2006, 70.

17. М. Касаповић, Босна и Херцеговина подијељено друштво и нестабилна држава, Загреб, 2005.
18. М. Касаповић, Босна и Херцеговина 1992-1995. грађански рат, извањска агресија или обоје?“, Политичка мисао, 2/2015.
19. Миодраг Јовичић, Савремени фередализам, У изабраним списима, књига 4, Београд, 2006.
20. Миодраг Јовичић, Државност федералних јединица, Научна књига, Београд 1992.
21. Миодраг Јовичић: Закон и законитости, Београд, 1997, 267-269.
22. Нурко Побрић, Уставно право, Мостар, 2000.
23. Нурко Пашић, Класе и политика, Рад, Београд, 1979.
24. Оливера Вучић, Промјена и трајање устава, Досије, Београд, 2005.
25. Петар Кунић, Република Српска држава са ограниченим суверенитетом, Бања Лука, 1997.
26. Петар Кунић, Борба за државност српског народа у Хрватској и Босни и Херцеговини – Историјски и политичко-правни контекст, Бања Лука, 2023.
27. Павле Николић: Уставно право, друго измијењено издање, НИУ “Службени лист СРЈ”, Београд, 1993.
28. P. J. Proudhon, Du principe federatif, Paris, Editons Bossard, Paris, 1921.
29. Рајко Кузмановић, Уставно право, Бања Лука, 2002, 304.
30. Рајко Кузмановић, Зборник радова „Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета”, Бања Лука, АНУРС, 2000.
31. Рајко Кузмановић, Савремене уставне промјене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва у књизи Устав lex superior, Београд, 2004.
32. Рајко Кузмановић, Есеји о уставности и државности, Бања Лука 2004.
33. Ратко Марковић, Уставно право и политичке институције, Службени ласник, Београд, 1995.
34. Ратко Марковић, Уставно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 375.
35. Ратко Марковић, Са уставне осматрачнице, Београд, 2017.
36. Роберт М. Хајден, Скице за подељену кућу – Уставна логика југословенских сукоба, Београд: 2003.
37. Радомир В. Лукић, Околности, услови и исходи конституционализације Босне и херцеговине, Зборник радова „Конституционализација БиХ“, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2021.
38. Слободан Перовић, Остваривање људских права у Републици Српској према мађународним стандардима, реферат на научном скупу Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, АНУРС, Бања Лука, 2005.
39. Снежана Савић, Конститутивност народа у Босни Херцеговини, Бања Лука, 2000.
40. Снежана Савић, Конститутивност народа у БиХ, Бања Лука, 2019.
41. Слободан Орловић, Две деценије Дејтонског устава – ретроспектива и перспективе, Правна ријеч, бр. 48/2015, 201.
42. Сениша Каран, Дејтонски мировни споразум – 25. година послје, Зборник радова „Дејтонски мировни споразум – двадесет пет година касније, АНУРС, Бања Лука, 2020.

43. Слободан Перовић, Остваривање људских права у Републици Српској према међународним стандардима, реферат на научном скупу Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, АНУРС, Бања Лука 2005.
44. Чедомир Антић, Ненад Кецмановић, Историја Републике Српске, Бања Лука: „Недељник“, „Службени гласник Републике Српске“, 2016.

LITERATURA

1. A. Igličar, Država blagostanja, civilno društvo i pravna država, Gledište. broj 5-6/88, 64.
2. Aleksandar Fira: Ustavno pravo Bosne i Hercegovine, N. Sad, 2002.
3. Branko Smerdel, Ustavno uređenje evropske Hrvatske, Zagreb, 2013.
4. Vladan Petrov, Federalizam danas, Zbornik radova; Ustav i izazovi ustavnog razvoja u složenim državama; Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2018. V. Stanovčić, Federalizam/konfederalizam, Beograd 1986.
5. Goran Marković, Bosanskohercegovački federalizam, Beograd – Sarajevo, 2012, 168.
6. Goran Marković. Ustavni lavirint – Aporije ustavnog sistema BiH, Beograd, 2021.
7. Darko Simović, Internacionalizovanje ustavnog prava BiH, - proces kome se (ne) vidi kraj, U Zborniku radova: Pravo tradicija i promjene, Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo, 2020, 144-160.
8. Dragan M. Mitrović, Država i pravo u teoriji države i prava (Hrestomatija), NIU “Službeni list SRJ”, Beograd, 1992.
9. D. Johnstone, Nato and the New World Order, London, 2000.
10. Kosta Čavoški, Revolucionarni makijavelizam i drugi eseji, Rad, Beograd, 1989.
11. Boris Krivokapić, Leksikon međunarodnog prava, Beograd, 1998.
12. Miodrag Jovičić, Referendum u svetu i kod nas, Strani pravni život 39 (1963).
13. Mile Dmić, “Osvrt na neke aspekte ostvarivanja projektovanog ustavnopravnog modela Bosne i Hercegovine”, Zbornik referata sa okruglog stola Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, (Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske: 1999), str. 143.
14. Mile Dmić, V. Kojović, Političko-pravni aspekti međunarodnih mirovnih sporazuma i ustavne promjene u BiH, Zbornik radova „Republika Srpska – petnaest godina postojanja i razvoja, ANURS, 2007, 157-179.
15. Mile Dmić, Podjela nadležnosti između BiH i entiteta, (ne)opravdanost prenosa i mogućnost njihovog potvrata, Istočno Sarajevo, 2020, 86-116 i dr.
16. M. Kasapović, „Bosna i Hercegovina: Deset godina nakon Dejtona”, Status, Magazin za političku kulturu i društvena pitanja, Mostar, br. 8/2006, 70.
17. M. Kasapović, Bosna i Hercegovina podijeljeno društvo i nestabilna država, Zagreb, 2005.
18. M. Kasapović, Bosna i Hercegovina 1992-1995. građanski rat, izvanjska agresija ili oboje?“, Politička misao, 2/2015.
19. Miodrag Jovičić, Savremeni federalizam, U izabranim spisima, knjiga 4, Beograd, 2006.
20. Miodrag Jovičić, Državnost federalnih jedinica, Naučna knjiga, Beograd 1992.

21. Miodrag Jovičić: Zakon i zakonitosti, Beograd, 1997, 267-269.
22. Nurko Pobrić, Ustavno pravo, Mostar, 2000.
23. Nurko Pašić, Klase i politika, Rad, Beograd, 1979.
24. Olivera Vučić, Promjena i trajanje ustava, Dosije, Beograd, 2005.
25. Petar Kunić, Republika Srpska država sa ograničenim suverenitetom, Banja Luka, 1997.
26. Petar Kunić, Borba za državnost srpskog naroda u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini – Istorijski i političko-pravni kontekst, Banja Luka, 2023.
27. Pavle Nikolić: Ustavno pravo, drugo izmijenjeno izdanje, NIU “Službeni list SRJ”, Beograd, 1993.
28. P. J. Proudhon, Du principe federatif, Paris, Editons Bossard, Paris, 1921.
29. Rajko Kuzmanović, Ustavno pravo, Banja Luka, 2002, 304.
30. Rajko Kuzmanović, Zbornik radova „Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta”, Banja Luka, ANURS, 2000.
31. Rajko Kuzmanović, Savremene ustavne promjene kao način kodifikacije i konstitucionalizacije vlasti i društva u knjizi Ustav lex superior, Beograd, 2004.
32. Rajko Kuzmanović, Eseji o ustavnosti i državnosti, Banja Luka 2004.
33. Ratko Marković, Ustavno pravo i političke institucije, Službeni lasnik, Beograd, 1995.
34. Ratko Marković, Ustavno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 375.
35. Ratko Marković, Sa ustavne osmotračnice, Beograd, 2017.
36. Robert M. Hajden, Skice za podjelenu kuću – Ustavna logika jugoslovenskih sukoba, Beograd: 2003.
37. Radomir V. Lukić, Okolnosti, uslovi i ishodi konstitucionalizacije Bosne i hercegovine, Zbornik radova „Konstitucionalizacija BiH“, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2021.
38. Slobodan Perović, Ostvarivanje ljudskih prava u Republici Srpskoj prema međunarodnim standardima, referat na naučnom skupu Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, ANURS, Banja Luka, 2005.
39. Snežana Savić, Konsitutivnost naroda u Bosni Hercegovini, Banja Luka, 2000.
40. Snežana Savić, Konstitutivnost naroda u BiH, Banja Luka, 2019.
41. Slobodan Orlović, Dve decenije Dejtonskog ustava – retrospektiva i perspektive, Pravna riječ, br. 48/2015, 201.
42. Siniša Karan, Dejtonski mirovni sporazum – 25. godina poslije, Zbornik radova „Dejtonski mirovni sporazum – dvadeset pet godina kasnije, ANURS, Banja Luka, 2020.
43. Slobodan Perović, Ostvarivanje ljudskih prava u Republici Srpskoj prema međunarodnim standardima, referat na naučnom skupu Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, ANURS, Banja Luka 2005.
44. Čedomir Antić, Nenad Kecmanović, Istorija Republike Srpske, Banja Luka: „Nedeljnik”, „Službeni glasnik Republike Srpske”, 2016.

CHALLENGES OF CONSTITUTIONALIZATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Mile Dmičić⁹³

Faculty of Law, University of Banja Luka

Summary: *The main goal of this work is the analysis of the phenomenon of contradictions in constitutionalization, the nature and functioning of the highest constitutional act of BiH, from the point of view of the challenge of developing the constitutional legal system of BiH.*

Disagreements and disputes refer to internal conflicts, divisions and dissolution processes; favoring only one model for BiH, primarily its centralization and unitarization, with the dominance of one - the most numerous nation, under the matrix of the alleged creation of a functional state; denial of the historical, national and religious distinctiveness of separate state-forming and political communities; strengthening consociational elements of the political system and majority decision-making; the absence of organized and enforceable constitutional, political and economic reforms, especially in the process of the Dayton-Brussels policies. Therefore, the principles of the rule of law, the principles of the rule of law, control and protection of constitutionality and legality, justice and legal culture must, normatively and actually, become the foundation of the constitutional, political and legal system and the democratic development of the state and its society.

It is against civilizational and democratic achievements, constitutional values and standards of constitutionalism and constitutional democracy that anyone, as an illegal and illegitimate body, changes state and entity constitutions, enacts new and changes already existing laws, replaces or influences the parliamentary, executive, administrative and judicial authorities, replaces numerous holders of political and public life, brings decisions on the establishment of the third lever of power and changes the actual and local competence of judicial authorities, establishes new authorities and institutions at the level of BiH. It is an unconstitutional, illegal and undemocratic act, which derogates the sustainability of the Dayton peace settlement.

Therefore, it is necessary to preserve the original Dayton resolutions and the full consensus of the two entities and three equal constituent nations.

Key words: *State and entities; Constitutionalization and functioning of the state; Dayton-Brussels policies; High Representative; European integration*

⁹³ Retired full professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

ПРОМУЛГАЦИЈА ЗАКОНА И СУСПЕНЗИВНИ ВЕТО ПРЕДСЈЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ У ДРЖАВАМА, БИВШИМ ЈУГОСЛОВЕНСКИМ РЕПУБЛИКАМА

Милан Пилиповић¹

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Сажетак: Промулгација закона је завршни дио законодавне процедуре након чега слиједи његово објављивање и примјена. Право председника републике да приједлог закона изгласано у парламенту не прогласи, већ да га врати на поновно одлучивање или тражи претходну оцјену уставности (суспензивни вето) садржи у себи низ аспеката повезаних за шефа државе и за парламент, који показују разлике у упоредноправним рјешењима. У овом раду аутор ће ова два института анализирати у уставним системима држава, бивших југословенских република. Циљ рада је да се промулгација закона и суспензивни вето освјетле у теоријском смислу, као и у уставној теорији и пракси земаља бивше Југославије, уоче сличности и разлике, укаже на недостатке регулисања ова два института у анализираним државама. Аутор заступа тезу да су промулгација закона и суспензивни вето међусобно повезани, да се акт промулгације не може раздвајати од овлашћења суспензивног вета. Наиме, у уставним системима који не познају институт суспензивног вета (Словенија, Хрватска) доношење акта о промулгацији закона представља обавезу председника републике, чије неизвршавање представља кршење устава, док постојање суспензивног вета председника републике (Србија, Црна Гора, Македонија, Република Српска) на законе усвојене у парламенту, обавеза промулгације постаје релативна. Коришћењем овлашћења суспензивног вета, председник републике ускраћује промулгацију закона, а да ли ће до ње касније уопште и доћи, зависи од одлуке другог органа. Аутор закључује да је промулгација некад право, а некад обавеза председника републике, а да суспензивни вето представља право (овлашћење) председника да се условно одрекне промулгације закона док се о коначној судбини спорног акта не изјасни други орган.

Кључне ријечи: председник републике, промулгација, суспензивни вето, устав

¹ Ванредни професор, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, milan.pilipovic@pf.unibl.org ORCID: 0009-0001-4760-8844

1. УВОД

Шеф државе може располагати извјесним средствима утицаја на ток законодавног процеса и учествовати у законодавним активностима. То се, између осталих, односи на овлашћења председника у погледу промулгације закона и права суспензивног вета.² Проглашавање закона (*lat. promulgare*) је традиционална функција председника републике. Устави савремених уставних парламентарних монархија свом шефу државе додјељују искључиво формално право проглашавања закона, док у многим републикама шеф државе има право вета на законе³, тј. да законе који су усвојени у парламенту и достављени њему на промулгацију, врати парламенту на поновно разматрање и одлучивање, што је и најчешћи случај у компаративној уставности. Међутим, има случајева у компаративној уставности, да је устав дао могућност председнику републике да ускрати потпис на усвојени закон у парламенту и покрене (претходну) контролу уставности тог закона пред уставним судом. Дакле, одбијањем промулгације, према уставној процедури, изгласани закон се не враћа поново у парламент, већ пред уставни суд. Владан Кутлешић каже да „поједини устави (...) предвиђају да шеф државе може прије употребе суспензивног вета затражити претходну оцјену уставности од уставног суда, чиме се имплицитно потврђују постојање (...) двије врсте вета“⁴..... онај вето изјављен из разлога сумње у уставност, а по коме процедура не подразумева (нужно) парламент – једна врста суспензивног вета. Кристијан Лаки (Christian Lucky) је тако приликом свог опсежног систематизовања овлашћења председника у Источној Европи у истој категорији „право вета“ наводио како могућност политичког вета председника, тако и одрицање промулгације из разлога сумње у уставност које подразумева упућивање спорног акта уставном суду.⁵ Дакле, када председник републике сматра да је неки закон или појединачна законска одредба у супротности са уставом, прије проглашавања, може захтјевати од уставног суда да одлучи о уставности закона и то је такозвани уставни вето. Ово овлашћење председника, је посебно присутно у новијим уставним демократијама (нпр. У Румунији, Пољској, Мађарској и Естонији), при чему председник републике мора одлучити да ли ће поднијети уставни или законодавни (политички) вето.⁶

Када се говори о суспензивном вету, обично се користи термин „закон“, међутим, да ли би било исправније рећи да се ради о „приједлогу закона“? Наиме, да би неки акт постао закон, није довољно да он само буде усвојен у парламенту, већ мора бити проглашен од стране шефа државе, након чега слиједи објављивање и ступање на снагу. Међутим, ако

² Законодавна овлашћења председника републике могли би подијелити на она која врши прије почетка законодавног поступка, нпр. право предлагања доношења закона, и она која председник врши након окончања законодавног поступка у парламенту (право на проглашење закона и/или право законодавног или уставног вета).

³ У највећем броју случајева одлука о томе да ли ће на неки изгласани приједлог закона уложити суспензивни вето јесте дискреционо право председника републике (он га може употребити ако жели).

⁴ Владан Кутлешић, „Суспензивни вето у Уставу Србије у светлу компаративног права“, *Страни правни живот*, 2-3 (1991): 23.

⁵ Christian Lucky, „A Comparative Chart of Presidential Powers in Eastern Europe“, *East European Constitutional Review*, 1(1994): 81-94, доступно на <https://www.ucis.pitt.edu/nceer/1994-808-05-2-Holmes.pdf>

⁶ Чл. 122 Устава Пољске; Чл. 77 Устава Румуније; Чл.6 Устава Мађарске; Чл.107 Устава Естоније. У Естонији председник Републике има право да користи оба вета али прво мора да искористи могућност законодавног вета. О суспензивном вету председника републике у Естонији, Литванији и Летонији вид: Miroslav Đ. Đorđević, „The president of the Baltic states – comparative overview“, *Страни правни живот*, год. LXV, бр. 4 (2021): 626-628.

предсједник републике одбије прогласити закон тј. стави вето, закона још увијек нема. Дакле, у моменту када предсједник добија усвојени текст, сматрамо да још увијек није ријеч о закону, већ само о изгласаном приједлогу закона, који можда ни неће постати закон, што зависи од исхода уложеног вета. Ако вето буде успјешан, закон неће угледати „свјетлост дана“, а ако буде неуспјешан и парламент поново усвоји закон на који је предсједник ставио вето, тада је он дужан да га и прогласи. Из наведеног видимо да су промулгација и суспензивни вети међусобно повезани институти.

Приликом разматрања института промулгације и суспензивног вета, осим његовог предмета (закон – односно приједлог закона), отварају се још нека питања: да ли је промулгација приједлога закона право или обавеза предсједника републике; који су разлози за улагање вета и у којем року; (не)постојање обавезе образложења улагања вета; поступак након враћања ветираног приједлога закона у парламент; одбијање предсједника да прогласи поново усвојени закон у парламенту итд. Одговоре на ова питања ћемо покушати дати и приказати у уставноправним теоријским оквирима, са аспекта компаративне уставности, а онда и у уставним системима држава насталих дисолуцијом Југославије, у којима ћемо приказати и анализирати промулгацију закона и суспензивни вето.

2. ПРОМУЛГАЦИЈА (ПРИЈЕДЛОГА) ЗАКОНА И СУСПЕНЗИВНИ ВЕТО

Промулгација (проглашавање) закона је завршни дио законодавне процедуре. То је правни акт којим извршна власт, најчешће шеф државе, утврђује регуларност процедуре усвајања закона и даје сагласност на садржај закона. Након проглашења закона исти се објављује у службеном гласилу након чега слиједи његова примјена. Правом проглашења закона обично располаже шеф државе. На основу овлашћења да проглашава закон, предсједник републике не учествује у законодавном процесу у ужем смислу, који се завршава доношењем закона, већ је коначни акт законодавног процеса у ширем смислу, чиме и закон постаје извршан.⁷

Суспензивно вето као облик учешћа и утицаја извршне власти на рад законодавне власти, даје могућност предсједнику републике да изгласан закон у парламенту, не прогласи, већ да га врати на поновно одлучивање, а ако буде поново изгласан (истом или квалификованом већином) обавезује предсједника да закон објави⁸ Суспензивни вето тако Дарко Симовић и Владан Петров виде као „овлашћење председника републике да врати, у уставом предвиђеном року, законски предлог, једном усвојен у парламенту, на поновно одлучивање онда када сматра да је овај неуставан или нецелисходан, с тим да не може спречити ступање на снагу закона уколико га парламент поново изгласа потребном већином“⁹. Ирена Пејић овај институт дефинише кратко као овлашћење шефа државе „да врати закон парламенту на

⁷ О tome више у: Igor Kaučič: „Predsednik republike med ustavo in politično prakso“, in: *Podjetje in delo*, 32, 6/7, (2006): 1615-1628.

⁸ Вид. Кутлешић, „Суспензивни вето у Уставу Србије у светлу компаративног права“, 19-27.

⁹ Дарко Симовић, Владан Петров, *Уставно право*, (Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 2018), 250.

поновно одлучивање, а уколико парламент поново изгласа исти закон, председник је дужан да га прогласи.¹⁰ Из наведеног видимо да су промулгација и суспензивни вето међусобно повезани институти. Наиме, да би неки акт постао закон, није довољно да он само буде усвојен у парламенту, већ мора бити проглашен од стране шефа државе, међутим, ако председник републике одбије прогласити закон тј. стави вето, закона још увијек нема. Дакле, у моменту када председник добија изгласани текст, ту није ријеч о закону, већ само о изгласаном приједлогу закона, који можда хоће, а можда и неће ни постати закон, што зависи од исхода уложеног вета. Ако парламент поново усвоји закон на који је председник ставио вето или ако га потврди уставни суд, председник републике је генерално дужан да га и прогласи.¹¹

У системима подјеле власти, поставља се питање да ли председник републике располажући овлашћењима суспензивног вета и чина промулгације закона учествује у законодавном поступку? Другим рјечима, да ли ова два института представљају средство утицаја шефа државе на законодавну власт, његов инструмент учешћа у законодавној власти и законодавном поступку? Становишта аутора су и по овом питању често дијаметрално супротна. У нашој науци тако напр. Павле Јовановић наводи да је „право председника Републике да стави одложни вето на законе који су изгласани у Народној скупштини облик учешћа председника Републике у вршењу законодавне власти и пример међусобног прожимања различитих грана власти.“¹² Владан Кутлешић сматра другачије па види суспензивни вето као „један од инструмената утицаја извршне власти на законодавну власт“, који представља „институт упозорења и сугестије“, док се „крајња одлука о закону увек оставља органу који редовно врши законодавну власт – парламенту“.¹³ Он, дакле, сматра да се не ради о вршењу законодавне власти, већ само о средству утицаја на законодавну власт. Мијат Шуковић одлази корак даље наводећи да „Суспензивно вето председника Црне Горе може изгледати као мијешање његово у законодавну функцију Скупштине. Оно, међутим, ни у чему не ограничава Скупштину као законодавни орган и њено уставно право да једино она доноси законе.“¹⁴ Коначно, по Владану Петрову, „суспензивни вето је специфично овлашћење председника републике које није ни извршно ни законодавно, већ се односи на функцију заштите устава коју непосредно изабрани шеф државе по правилу врши. Другим речима, то је овлашћење које председнику припада не као носиоцу извршне нити законодавне функције, већ као носиоцу функције заштите устава и уставности“.¹⁵

У тржењу одговора на питање да ли суспензивни вето, подразумева само утицај или и учешће у законодавном поступку, доводи нас до анализе суштине промулгације, јер суспензивни вето није ништа друго до чин њеног условног одрицања. Валтер Максимилијан Пол тако пише: „Доношење акта о промулгацији има вишеструку функцију. Пре свега, он означава завршетак интерног процеса доношења закона. Тиме је поступак законодавних

10 Ирена Пејић, *Парламентарно право*, (Ниш: Правни факултет, 2011), 174.

11 Иако је вето суспензивног карактера, он се може оснажити захтијевом да се у поновљеном гласању парламент може изјаснити већином која је изнад већине од оне из првог усвајања.

12 Павле Јовановић, „Уставно-правни положај председника Србије у компаративној перспективи“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3 (2007): 130.

13 Кутлешић, „Суспензивни вето председника Републике Србије“, 511 и 515.

14 Мијат Шуковић, *Уставно право – универзална уставна тематика и уставно право Црне Горе*, (Подгорица: ЦИД, 2009), 354.

15 Владан Петров, „Суспензивни вето председника Републике“, *Права човека*, 3-6 (2005): 68.

тела формално доведен до краја. Као резултат тога настаје један закон.¹⁶ Пол дакле тврди да председник не врши законодавну вољу, али јасно сугерише да је он дио законодавног поступка („промулгација...означава завршетак интерног процеса доношења закона“). Тврдња да акт промулгације представља конститутивни дио настанка закона подразумева, дакле, да је закон тим моментом настао, што председника чини саставним дијелом законодавног поступка. Његова улога је у оквиру „интерног поступка“ доношења закона, она је последња и чини конститутивни чин, без кога закона нема. Овакво схватање промулгације цитираног немачког аутора је по нашем мишљењу исправно. Наиме, усвојени акт у парламенту не може се сматрати законом у пуном смислу те ријечи, док се не изврши његово проглашавање, односно ако промулгација изостане усвојени акт у парламенту неће ни постати закон. Акт саме промулгације се не може зато раздвајати од овлашћења суспензивног вета, јер са њим стоји у нераскидивој, органској вези и представља завршетак поступка доношења закона, који, по природи ствари, преваходно припада парламенту.

2.1. Промулгација закона – право и/или обавеза?

Када је ријеч о промулгацији, поставља се питање на који начин се она може третирати, као право или обавеза. Сматрамо да се једино у системима који уопште не познају суспензивни вето (као нпр. Хрватска) може говорити искључиво о обавези доношења акта промулгацији, док постојање било каквог, суспензивног вета, обавезност промулгације је релативног карактера. У таквим државама, (које чине огромну већину), обавеза промулгације у року који је председнику дат након изгласавања приједлога закона у парламенту, не постоји, јер он може уложити суспензивни вето и на тај начин промулгацију (условно) одбити. Обавеза промулгације ће постојати уколико се за то испуне уставом прописани услови, а то су, или поновно изгласавање закона у парламенту или одлука уставног суда да је усвојени приједлог закона у складу са уставом. У тим ситуацијама, председник републике је дужан и обавезан да изврши промулгацију закона. Међутим, до тог не мора доћи, јер вето може бити и успјешан. Зато је тешко осим у системима који не предвиђају постојање института суспензивног вета, изричито сматрати промулгацију као обавезу председника. Мишљења смо да је најисправније рећи да је промулгација некада право, а некада обавеза председника републике, подразумевајући притом не само разлике у упоредноправним решењима, већ и тренутак у поступку доношења закона у једном конкретном систему. Дакле, када говоримо о обавези промулгације, морамо у виду двије временски одвојене ситуације у поступку доношења закона: прво, у одређеном року након усвајања приједлога закона у парламенту; друго, послје неуспјешног суспензивног вета. У првом случају се, по нашем мишљењу, не може говорити о „обавези промулгације“, већ о „обавези доношења одлуке о промулгацији или улагању суспензивног вета“, док се о обавези промулгације може говорити само у другом случају. Суштина суспензивног вета (и разлог зашто се акт промулгације не може изоловано посматрати) јесте да он представља право (изузетно и обавезу) председника да условно

16 Walther Maximilian Pohl, *Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen*, Hamburg 2001, 73, у: Мирослав Ђ. Ђорђевић, „Суспензивни вето председника републике“ (докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду), 2020, 36 и 37.

одрекне акт промулгације, док се о коначној судбини спорног акта не изјасни неки други орган. Кутлешић у том духу пише да промулгација „представља потврду да вето није био или није био успешно коришћен“¹⁷. Уколико се пође од таквог становишта, промулгација не само да не мора бити обавеза – до ње под одређеним околностима неће ни доћи (због успешног политичког вета) или не би ни смело да дође (када је констатована неуставност).¹⁸

2.2. Разлози за улагање вета и (не)постојање обавезе образложења вета

Постоје двије основне групе разлога из којих председници могу уложити суспензивни вето: разлози сумње у уставност приједлога закона (уставни суспензивни вето) и разлози сумње у његову целисходности (политички суспензивни вето),¹⁹ тј. у случају када председник републике сумња у квалитет и исправност рјешења приједлога закона. Што се тиче разлога неуставности у литератури се истиче како је то традиционална функција суспензивног вета – заштита од закона који су или очито неуставни или нису донесени у складу са процедуром коју предвиђа устав, јер је по својој улози председник чувар устава, те се на овај начин спроводи контрола уставности од стране извршне власти – политичка контрола (executive review), наспрам уставносудске контроле уставности (judicial review).²⁰

Образложење суспензивног вета председника републике подразумева навођење разлога због којих је он ово своје овлашћење употребио, тј. одговор на питање зашто он сматра да конкретни изгласани предлог закона који му је достављен на потписивање не треба да постане закон. Велика већина устава у свијету предвиђа на неки начин обавезу навођења образложења приликом улагања суспензивног вета (често прецизирајући притом и писану форму)²¹, али постоји и значајан број оних који то не чине²²

2.3. Рокови за улагање вета

По питању дужине рока за коришћење овог овлашћења упоредно право показује значајне разлике. Рокови се крећу од само 3 дана колико он износи у Црној Гори када су у питању закони по хитном поступку (иначе је 7 дана) па до чак 3 мјесеца по уставном решењу Финске. „У циљу пружања једне опште слике, навешћемо неколико примера трајања рока за улагање суспензивног вета у упоредном праву: у Мађарској рок износи свега 5 дана; у САД, Литванији и Летонији – 10 дана; у Русији и Естонији – 14 дана; у Француској, Чешкој – 15 дана; Румунији – 20 дана; Пољској – 21 дан...итд.“²³ У Србији постоје (као и у Црној

¹⁷ Кутлешић, „Суспензивни вето председника Републике Србије“, 513.

¹⁸ Ђорђевић, „Суспензивни вето председника републике“ (докторска дисертација), 38.

¹⁹ Ibid. 47.

²⁰ Elliot Bulmer, *Presidential Veto Powers*, Stockholm, 2017, 9. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/presidential-legislative-powers-primer.pdf> приступљено 2. 8. 2024

²¹ Напр. Устав САД (чл. 1 секција 7 ст. 2) захтјева да председник приједлог врати „са својим примједбама“, Устав Италије говори о „образложеном мишљењу“ (чл. 74 ст. 1), Устав Летоније о „писаном и образложеном захтеву“ (чл. 71).

²² Нпр. Француска, Бразил, Чешка, Румунија, Албанија.

²³ Ђорђевић, „Суспензивни вето председника републике“, 51.

Гори) два различита рока за улагање суспензивног вета: општи од 15 дана и рок за законе који се доносе по хитном поступку – 7 дана. Постоје пак и државе у којима рок уопште није предвиђен, што у пракси може обесмислити овај институт и довести до политичких криза и проблема у пракси, као што је то случај напр. у Сјеверној Македонији, о чему ће касније бити ријечи. У вези са роковима, значајан је и моменат који је одређен за почетак рока, тј. када почиње тећи рок за промулгацију законског предлога, односно улагања суспензивног вета. То по правилу може бити „моменат усвајања приједлога закона у парламенту (Италија, Француска, Литванија, Летонија, Србија, Црна Гора) или моменат његовог достављања предсједнику републике (САД, Русија, Естонија, Пољска, Чешка). Ова разлика је природно од посебног значаја уколико је читав рок кратак“.²⁴

У упоредном праву по питању предвиђене већине за поновно изгласавање ветираног приједлога закона у парламенту постоје веома различита рјешења. Вето председника има најмању тежину у оним системима где је за поновно прихватање закона потребна једноставна већина, што је случај само у Румунији, Мађарској, Естонији и Летонији. У већини земаља се захтјева апсолутна већина (50% посланика +1), као нпр. Бугарској, Чешкој, Словачкој и Литванији, а у низу земаља је за поновно изгласавање предлога потребна висока, квалификована већина која може износити 3/5 или 2/3 свих посланика²⁵. Ни у једном од ових система предсједник нема право на (секундарни) законодавни вето након што парламент поново усвоји закон²⁶

Узимајући у обзир предсједничко право и дужност у поступку доношења закона, поставља се питање шта се дешава уколико предсједник у датом року нити потпише указ о проглашењу закона, нити искористи своје право суспензивног вета (тзв. „ћутање предсједника“). Мало Устава такве случајеве изричито регулише, а један од њих је Устав Литваније и Устав Србије. На примјер, литвански Устав садржи одредбе за такве случајеве.²⁷ Ако предсједник Литваније не потпише закон у прописаном року или искористи право суспензивног вета, закон може да потпише и прогласи предсједник парламента. Словачки Устав садржи само одредбу која каже да закон који је враћен парламенту и поново усвојен мора бити проглашен, чак и ако га предсједник не потпише²⁸

У неким уставним системима, у ситуацији „ћутања предсједника“, приједлог закона „сам“ бива проглашен, те ступа на снагу без указа о проглашењу, по сили устава (нпр. САД, Аргентина, Албанија) сасвим изузетно се у овој ситуацији подразумева да је вето уложен (Финска), а постоји коначно и значајан број земаља у којима ово питање није регулисано (Русија, Француска, Бугарска, Румунија, Чешка, Естонија,) Ова последња ситуација по неким ауторима представља примјер недопустиве правне празнине, док други овде не виде никакав проблем сматрајући да би такво понашање председника представљало грубо кршење устава, чиме настаје основ за покретање поступка разрешења.²⁹

²⁴ Ibid. 52.

²⁵ Вид. Ђорђевић, „Суспензивни вето председника републике“, 69.

²⁶ Tadej Dubrovnik, „The Relationship between Head of State and the Legislative and Executive Branch“, у *Ustavni položaj predsednika Republike, Lex Localis* ed. Igor Kaučič, (Maribor: Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, 2016), 312.

²⁷ Чл.71 ст. 2 Устава Литваније.

²⁸ Чл. 87 Устава Словачке.

²⁹ Ђорђевић, „Суспензивни вето председника републике“, 76 и 77.

3. ПРОМУЛГАЦИЈА ЗАКОНА И СУСПЕНЗИВНИ ВЕТО У ДРЖАВАМА НАСТАЛИМ ДИСОЛУЦИЈОМ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Од шест држава насталих на подручју Југославије, једино Устав Босне и Херцеговине не садржи одредбе о промулгацији закона од стране шефа државе, па тако Предсједништво Босне и Херцеговине не проглашава законе усвојене у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине, па самим тим, нема ни права вета. Право стављања вета на усвојене законе у парламенту, предвиђају Устави Србије, Црне Горе и Македоније, с тим да предсједник Македоније има право суспензивног вета само на оне законе који су у Собрању усвојени апсолутном већином, док је дужан прогласити законе усвојене двотрећинском већином. Предсједник републике Словеније, као и Хрватске, врше промулгацију закона, али немају овлашћење за улагање вета.

Устави шест анализираних држава не дају овлашћење шефу државе да од уставног суда траже оцјену уставности закона након његовог усвајања у парламенту. Наиме, предсједник републике у Хрватској, Словенији, Србији, Црној Гори може покренути оцјену уставности закона, али тек након што су их прогласили и исти ступили на снагу, тј. на законе који се примјењују. Исто тако у Босни и Херцеговини поступак оцјене уставности закона пред Уставним судом Босне и Херцеговине може покренути сваки члан Предсједништва Босне и Херцеговине, предсједник и потпредсједници Федерације БиХ, те предсједник Републике Српске. У овом случају се не ради о уставном вету, већ о накнадној оцјени уставности донесеног закона. Ова врста средстава заштите уставности је, свакако мање дјелотворна и ефикасна у односу на уставни вето, који може спријечити ступање на снагу и примјену неуставног закона. У Македонији, предсједник није у кругу овлашћених предлагача за покретање поступка контроле уставности закона.

3.1. Промулгација закона и суспензивни вето у уставном систему Македоније, Србије и Црне Горе

Према Уставу Македоније, закони се проглашавају указом. За разлику од других земаља у којима је указ акт шефа државе, у Македонији је указ којим се проглашава закон заједнички акт предсједника Републике и предсједника Собрања и они га заједно потписују³⁰ У упоредном праву право премапотписа најчешће се на неки начин искључује када је ријеч о суспензивном вету: он се не предвиђа, изузима или пак просто не практикује, али то није случај у Македонији. Предсједник Републике има уставно право да не потпише указ о проглашењу закона. У том случају Собрање поново разматра тај закон и уколико га усвоји апсолутном већином гласова од укупног броја посланика, предсједник Републике је дужан да потпише указ.³¹ Дакле, предсједник Републике има право суспензивног вета, међутим,

³⁰ Чл. 75 ст. 2 Устава Македоније.

³¹ Чл. 75 ст. 3 Устава Македоније.

ако се закон доноси двотрећинском већином гласова³² онда је председник Републике у сваком случају дужан да потпише указ о проглашењу тј. тада нема право суспензивног вета.³³

Македонски председник у политичкој пракси до 2017. године, ријетко је користио право вета на законе усвојене у парламенту. Међутим, од 2017. до половине 2020. године, у периоду кохабитације, председник Републике је на доста закона стављао вето, које је Собрање поново усвајало, али их шеф државе опет није хтио прогласити, иако је то био дужан по Уставу. Наиме, председник Македоније Иванов није признао ново име државе, те је одбио да потпише све законе усвојене у Собрану након Преспанског споразума (закључен између Македоније и Грчке), иако су они након његовог уложеног вета били поново усвајани у парламенту. Уставни систем Македоније не предвиђа такву моћ председника државе, која му омогућава да блокира рад Собрања, јер председник државе нема такву уставну позицију. Непроглашавањем закона које који су након уложеног вета били поново усвајани у Собрану, сматрамо да је председник Македоније повриједио Устав, што повлачи и његову одговорност. Међутим, у македонском Собрану није покренут његов опозив због повреде Устава, јер без гласова посланика партије, којој је припадао председник Републике, није постојала потребна двотрећинска већина за покретање поступка.³⁴ Након председничких избора на којима је Стево Пендаровски победио Иванова и преузео дужност, нови председник републике потписао је указе о ступању на снагу 21 закона, које је, након Преспанског споразума, одбио да потпише бивши председник Иванов.

Треба истаћи да македонски устав није експлицитно утврдио рок у којем је председник Републике дужан да потпише указ или да врати закон Собрану на поновно разматрање.³⁵ Непредвиђањем рока, Устав је оставио простор за одуговлачење поступка и немогућности да се неко подручје нормира и законски уреди. То је довело до тога да су се поједини закони проглашавали и након мјесец дана „размишљања“ шефа државе. Временом, систематским тумачењем Устава и повезивањем норме из члана 75 Устава, са нормама садржаним у другим члановима, може се рећи да је уставотворац, ипак, предвидио уставни рок у којем може да буде стављен вето на одређени закон тј. у којем би се шеф државе требао изјаснити о предложеном закону. Тако, чл. 52 Устава утврђује да се закони, други прописи објављују у службеном гласилу Републике Македоније, најкасније у року од седам дана од дана њиховог усвајања. Овдје се поставља питање, да ли се може рок који се спомиње у овом члану Устава, сматрати и роком у којем може да буде стављен вето председника Републике? Сматрамо да може. Наиме, закон којег усваја Собрање, мора бити објављен у службеном гласилу најкасније у року од седам дана од дана његовог доношења, а да би био објављен, мора претходно бити проглашен указом којег потписују председник Собрања и председник Републике. Значи овај рок од седам дана треба да буде сматран као рок у којем председник треба да потпише указ. Ако истеком рока од седам дана закон није објављен, то може бити једино зато што председник Републике није потписао указ за његово проглашење. А ако указ није потписан,

32 Нпр. закон који се односе на државне симболе се усвајају двотрећинском већином (чл 5 Устава Македоније).

33 Чл. 75 ст. 4 Устава.

34 Вид. Милан Пилиповић, *Извршина власт у државама насталим дисолуцијом Југославије*, (Бања Лука: Службени гласник, 2021), 245.

35 Овај недостатак Устава се показао већ при првом уложеном вету председника Републике на Закон о склапању, ратификацији и извршењу међународних уговора. Закон је усвојен у Собрану, међутим, председник се мјесецима о истом није изјаснио.

то значи да је предсједник Републике ставио вето. На тај начин, интегралним читањем Устава долази се до рока од седам дана у којем предсједник треба да се изјасни. Овакво схватање прихваћено је и у пракси, договором предсједника Собрања и предсједника Републике да указ о проглашењу закона потпишу у року од седам дана, с тим што је предсједник Собрања дужан да донесени закон достави предсједнику истог дана када је изгласан у Собрању. На тај начин се створила уставна конвенција према којој је рок за вето предсједника седам дана.³⁶ Предсједник може ставити вето из разлога што није сагласан са садржајем закона, али и ако није сагласан са процедуром његовом доношења. У начелу, предсједник треба да образложи због чега одбија да прогласи закон, али то није неопходно. Предсједник једноставно може да одбије да потпише указ без образложења. Истовремено, предсједник одбијајући проглашење закона указује и на правце у којима треба да се десе промјене у законодавној области. Но, да би добио своје истинско значење, овај инструмент треба да буде ојачан тако што би за његово обарање, требала бити утврђена двотрећинска већина у Собрању.

Предсједник Републике Србије има право промулгације закона односно он указом проглашава законе. У вези са тим је право предсједника на суспензивни вето. Наиме, Предсједник има право да не потпише указ о проглашењу закона којег је усвојила Народна скупштина.³⁷ На тај начин он врши контролу уставности и контролу „политичке димензије закона“³⁸ За разлику од устава из 1990. године, по којем је институт суспензивног вета био ограничен на седам дана и по коме је предсједник могао без образложења вратити закон, садашњи Устав обавезује предсједника да у року од седам дана законе који су донесени по хитном поступку, односно у року од 15 дана од дана изгласавања закона у редовној процедури, донесе указ о проглашењу закона или да, уз писмено образложење врати Народној скупштини на поновно одлучивање.³⁹ Сматрамо да би било боље рјешење да се рок рачуна од момента достављања закона предсједнику Републике, умјесто од дана изгласавања закона. Устав није утврдио разлоге због којих предсједник Републике може привремено обуставити ступање закона на снагу, али је то учињено Законом о предсједнику Републике. Тим законом прописано је да предсједник Републике може, уз писмено образложење, вратити Народној скупштини закон, ако сматра да закон није сагласан са Уставом, или да је у супротности са потврђеним међународним уговорима или општеприхваћеним правилима међународног права, или да приликом доношења закона није поштована процедура која је прописана за доношење закона или да закон не уређује неку област на одговарајући начин.⁴⁰ Наведени разлози се суштински могу свести на двије групе: разлоге неуставности, (материјалне и формалне) и разлоге политичке нецјелисходности. Законско прописивање разлога због којих вето може чинити, по свему судећи је „сувишно јер, практично, сваки правни или политички разлог долази у обзир“⁴¹ али, у ствари, упозорава да предсједник мора имати образложење зашто закон враћа скупштини на поновно разматрање. Закон прописује и да се не може

36 Klimovski, S. и др. 2012. *Ustavno pravo*. (Skoplje: Prosvetno delo, 2011), 432-433.

37 Чл. 113 Устава Србије.

38 Miodrag Radojević, „Institucija predsjednika Republike u novom Ustavu Srbije“, *Politička revija*, br. 2-4, (2007), Beograd: 638.

39 Чл. 113 Устава Србије.

40 Чл. 19 Закона о предсједнику Републике.

41 Marko Pejčević. „Položaj šefa države u političkom sistemu Srbije“, *Srpska politička misao*, god. 17, vol 28, 2, (2010): 116.

суспендовати закон којег су бирачи потврдили на референдуму, било прије или после његовог доношења у парламенту. “Ово ограничење је такође спорно јер није предвиђено самим Уставом, а предсједничка уставно гарантована овлашћења се не могу ограничавати актом мање правне снаге. Стога смо мишљена да је ова законска одредба неуставна.

Устав не налаже Народној скупштини да поново гласа о закону који је предсједник Републике вратио на поновно одлучивање. Устав експлицитно прописује да Народна скупштина одлучује о томе да ли ће приступити поновном гласању о закону. Дакле, ово није „обавезно“ да парламент поново разматра закон на који је уложен вето – посланици могу, али не морају то да учине. Овакво рјешење је релативно неуобичајено (постоји и у уставном систему Литваније) и тешко може бити оправдано и са теоријске и из практичне перспективе.⁴² Ако Народна скупштина одлучи да приступи поновном гласању о закону, више није довољна обична кворумска већина посланика, како је то било према Уставу из 1990. године, већ апсолутна већина од укупног броја народних посланика.⁴³ Дакле, за разлику од уставног рјешења из 1990. године, када је за поновно усвајање закона била довољна обична већина, Уставом из 2006. године је отежан поступак поновног усвајања, што значи да је ово право предсједника додатно појачано у односу на Устав из 1990. године. Ако закон добије потребну већину, предсједник је дужан да га прогласи, а уколико то не учини, уместо њега ће то учинити предсједник Народне скупштине. На тај начин је онемогућена блокада легислативног поступка, али треба истаћи да свакако постоји одговорност предсједника републике за неизвршавање уставне дужности. Нови Устав је ријешао и ранији пропуст уставотворца. То је питање шта се дешава са законом ако предсједник у року нити прогласи закон нити уложи вето. Сада, ако предсједник „ћути“, указ о проглашењу закона доноси предсједник Народне скупштине.

Предсједник *Црне Горе* у фази промулгације закона има исте могућности као и шефови државе у другим државама републиканског облика владавине. Устав утврђује да промулгацију закона предсједник чини указом и то у року од седам дана од дана усвајања закона, односно у року од три дана ако је закон усвојен по хитном поступку.⁴⁴ Предсједник користи право вета по сопственој одлуци и њиме може потенцијално спријечити, односно одложити доношење закона. Устав не утврђује обавезу да шеф државе писмено образлаже своју одлуку о враћању закона у Скупштину, али би се могло рећи да се то подразумева. Предсједник Црне Горе Филип Вујановић, „према његовој јавно објављеној изјави, не прихвата да оцјењује сагласност његове садржине са Уставом, јер је то компетенција Уставног суда“⁴⁵. Стога П. Штурановић истиче како је у Црној Гори предсједник рестриктивно тумачио сопствена овлашћења сматрајући да он нема право да из разлога неуставности враћа Скупштини закон на поновно одлучивање, већ да је то једино ингеренција Уставног суда.⁴⁶ Ако Скупштина остане досљедна и поново изгласа закон, предсједник је дужан да га прогласи.

42 Miroslav Đorđević, “Predsednici baltičkih država- uporedni pregled,” *Strani pravni život*, LXV, 4, (2021): 628.

43 Оваква већина се захтијева и у Бугарској, Чешкој, Словачкој, Литванији, а у Пољској квалификована већина, гдје чак три петине посланика мора да гласа за закон.

44 Чл. 94 ст. 1 Устава.

45 Mijat Šuković, *Koncepcija i sadržina Ustava Crne Gore od 2007. godine – prilog raspravi o ulozi, funkcijama i odgovornosti države u savremenosti* (Podgorica: Snogorska akademija nauka i umjetnosti, 2010), 323.

46 Petar Šturanović, “Zakonodavna nadležnost skupštine u savremenom parlamentarnom sistemu”, (Podgorica: Službeni list Crne Gore, 2017), 60.

Приликом поновног одлучивања ио закону, Устав није утврдио посебну, тј. двотрећинску већину, те се о враћеном закону одлучује у Скупштини већином гласова присутних посланика на сједници којој присуствује више од половине свих посланика. Предвиђањем обичне већине у поновном гласању, обезвјерен је вето предсједника. Стога проф. Б.Смердел сматра да, ако се жели „предсједнику дати право суспензивног вета, онда би за поновно изгласавање одбијеног закона у скупштини требало предвидјети посебну већину, двотрећинску, ако се ради о закону који је донесен већином свих заступника, а већину свих ако се ради о закону који је донесен већином присутних.“⁴⁷

У уставном систему Црне Горе учавамо два недостака. Први се односи на чињеницу да Устав Црне Горе, за разлику од Устава Србије није прописао шта се догађа са законом који предсједник Црне Горе у одређеном року (и касније) не прогласи, нити га у одређеном року врати Скупштини на поновно одлучивање и гласање, нити је утврђено шта се збива са законом ако Скупштина поново не одлучи о закону који јој је враћен. Према Мијату Шуковићу, када предсједник Црне Горе не прогласи закон у одређеном року и у том року га не врати Скупштини на поновно разматрање и одлучивање, „нема друге алтернативе већ да предсједник Скупштине, као њен репрезентант и на основу њене одлуке, донесе указ којим ће прогласити закон“.⁴⁸ Са оваквим мишљењем се не можемо сложити, јер Устав Црне Горе не дозвољава предсједнику Скупштине да проглашава законе. Овакво понашање тј. „ћутање“ предсједника представља кршење Устава чиме настаје основ за покретање поступка његове одговорности. Уколико закон враћен од стране предсједника Црне Горе на поновно разматрање и одлучивање Скупштине, и Скупштина га поново не размотри и о њему ништа не одлучи, може се сматрати да је фактички одустала од раније донесеног закона.

Други недостатак се односи на нормирање дужине рока за коришћење суспензивног вета. Црна Гора у овом погледу заправо представља преседан. Наиме Устав Црне Горе прописује да је председник „дужан да прогласи закон у року од седам дана од дана усвајања закона, односно у року од три дана ако је закон усвојен по хитном поступку или да закон врати Скупштини на поновно одлучивање“,“⁴⁹ а Пословник Скупштине Црне Горе предвиђа да „председник Скупштине одмах, а најкасније у року од три дана по доношењу, доставља закон Предсједнику Црне Горе ради проглашавања“⁵⁰ Тако се може десити ситуација да у случају приједлога закона који се усваја по хитном поступку, фактички и нема рока, те да предсједник мора исти дан одлучити хоће ли закон потписати или не.

3.2. Промулгација закона у Словенији и Хрватској - обавеза предсједника републике

Предсједник Републике Словеније и предсједник Хрватске врше промулгацију закона, али немају права суспензивног вета на усвојене законе у парламенту, које компаративно гледано, обично имају шефови држава. Сама идеја промулгације је у овим случајевима

⁴⁷ Branko Smerdel, „Ekspertski tekst Ustava Crne Gore“, u *Ustavno zaokruživanje države: U susret novom Ustavu Crne Gore*, ured. Edin Šarčević, (Beograd: Fondacija Heinrich Böll – Regionalni ured za Jugoistočnu Evropu, 2007):116.

⁴⁸ Mijat Šuković. *Ustavno pravo* (Podgorica: CID, 2009), 355.

⁴⁹ Чл. 94 Устава Црне Горе.

⁵⁰ Чл. 182 Пословника Скупштине Црне Горе.

бесмислена, а по нашем мишљењу и теоријски неоправдана, јер оваквим рјешењем устав принуђава председника републике да прогласи и онај закон за који сматра да је неуставан, који мора свјесно својим потписом укључити у правни поредак. Наиме, председник Републике Словеније мора прогласити закон најкасније осам дана након његовог прихватања.⁵¹ Поставља се питање, може ли председник да не изврши промулгацију? Словеначка теорија уставности одговара на то питање негативно, јер је промулгација закона председникова уставна дужност. Ако председник не изврши промулгацију, у теорији се, између осталог, предлаже да би ту његову дужност привремено преузео председник Државног збора, који је потписник закона и који је овлашћен за замјењивање председника Републике кад он није у могућности обављати своју функцију.⁵² У словеначкој стручној јавности има и ставова да би се промјенама Устава требало омогућити председнику републике да може одбити проглашење закона, тј. да се у уставни систем уведе институт суспензивног вета. Наиме, како то истиче Е. Kerševan, непобитно је да су сви државни органи дужни да штите уставног уређења, међу њима је то такође – или чак на првом месту – то је и дужност председника Републике, што произилази и из његове заклетве по ступању на дужност. „Са другачијим регулисањем проглашења закона, председник републике би био схваћен у нашој земљи као чувар Устава Републике Словеније и тиме би прихватио своју дужност, да заједно са другим државним органима чини све што је у његовој моћи да испуни овај циљ обезбеђивање владавине права“.⁵³

Председник Републике Хрватске проглашава законе које донесе Сабор, што је уобичајено овлашћење шефа државе. Међутим, треба истаћи да председник нема могућност улагања вета, јер, према Уставу обавезан је прогласити законе у року од осам дана од када су изгласани у Хрватском сабору⁵⁴ тј у року од осам дана доноси акт промулгације закона. Дакле, председник не може одбити проглашење закона, а ако сматра да проглашени закон није у складу са Уставом, једино, (исто као и председник Словеније) може покренути поступак за оцјену уставности закона пред Уставним судом Хрватске.⁵⁵ У компаративној уставности, чести су случајеви да председник републике има право коришћења суспензивног вета, па и предлагања закона или бар упућивања посланица. У Хрватској, та овлашћења председник нема, што смањује његов утицај на рад и активности Сабора.

51 Чл. 91 ст. 1 Устава. О проглашењу закона у Словенији вид. Miha Ribarič: "The Powers of the President of the Republic" u: *Ustavni položaj predsednika Republike, Lex Localic ed. Igor Kaučič*, (Maribor: Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, 2016), 264 -267.

52 Igor Kaučič, „Funkcija predsednika republike in državni zbor, u 1. *Strukovno srećanje pravnika s područja javnega prava*“, (Brdo pri Kranju: Zbornik Inštituta za javno upravo, 1995), 264. pp. 257–272.

53 Erik Kerševan: "Promulgation of Laws by the President of Republic of Slovenia", u: *Ustavni položaj predsednika Republike, Lex Localic ed. Igor Kaučič*, (Maribor: Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila 2016), 359, 348-362.

54 Чл. 89. ст. 1 Устава Хрватске.

55 чл. 89 ст. 2 Устава Хрватске.

3.3. (Не)постојање промулгације закона и суспензивног вета у уставном систему Босне и Херцеговине и њених ентитета

Предсједништво Босне и Херцеговине не проглашава усвојене законе у Парламентарној Скупштини БиХ и нема право суспензивног вета. Међутим, у једном случају закон подлијеже одобрењу Председништва. Симболе Босне и Херцеговине одређује Парламентарна скупштина БиХ, а потврђује Председништво БиХ.⁵⁶ Иако то није био случај у “несрећној причи која се односи на усвајање постојећих државних симбола, услед чега и данас постоји уставни спор, уставна одредба у овом случају, због саме природе питања, предвиђа одобрење закона, у суштини то је апсолутни вето Председништва”.⁵⁷ У ентитетима, предсједник Републике Српске проглашава законе, при чему има право и суспензивног вета, док то није случај у Федерацији БиХ.

Разлог због којег Устав Босне и Херцеговине не утврђује промулгацију закона ни суспензивни вето од стране Председништва БиХ, по нашем мишљењу, налазимо у чињеници да је законодавни поступак у Парламентарној скупштини БиХ сложен, као и начин одлучивања, кроз који ентитети и конститутивни народи могу заштитити своје интересе. Ако би, поред постојећих механизма, било присутно и право вета, постојала би опасност да закони, „усвојени тешком муком у Парламентарној скупштини, никад не ступе на снагу услед противљења Председништва”.⁵⁸ Сваки члан Председништва Босне и Херцеговине може пред Уставним судом Босне и Херцеговине покренути поступак оцјене уставности закона, ако сумња у његову неуставност. Међутим, то представља накнадну контролу уставности закона, који је објављен, ступио на снагу и примјењује се. У ентитетима Босне и Херцеговине предсједник Републике Српске има право суспензивног вета, а у Федерацији БиХ, нема.

Право предсједника Републике Српске да указом проглашава законе је временски ограничено на период од седам дана. У том року је предсједник Републике дужан да се изјасни да ли је сагласан са законом или не, односно да или потпише изгласани закон или да га врати Народној скупштини на поновно одлучивање. Дакле, предсједник може привремено да суспендује нови закон (суспензивни вето), а у том случају, закон се враћа на поновно разматрање и гласање у Народној скупштини од које се не захтијева никаква посебна већина при поновљеном гласању, већ иста као и код првог усвајања закона (апсолутна већина). Ако га Народна скупштина поново усвоји, предсједник је дужан да га објави. Устав није прецизирао у којем року предсједник Републике Српске има обавезу да изврши промулгацију, што констатује и Р. Лукић када каже, „да овај „други рок“ није одређен, али да се применом аналогije има узети да је он исти као први (седам дана), као „општи рок за проглашење закона”.⁵⁹ Поједини аутори сматрају да овакво предсједничко право није нарочито значајно, јер се може претпоставити да ће парламент поново гласати за исти приједлог закона, чим је то већ једном учинио. Због тога предсједник није активни чинилац у вршењу законодавне власти. Тако Д. Симовић истиче да „право суспензивног вета може од предсједника да створи

⁵⁶ Чл. 1., ст. 6 Устава БиХ.

⁵⁷ Darko Golić, “Kolektivni šef države i sistem vlasti – bosanskohercegovačka rešenja u svetlu uporednog prava”, *Strani pravni život*, LXIV, 2, (2020): 34. pp. 27-42.

⁵⁸ Goran Marković, 2011. „Pravna priroda sistema državne vlasti u Bosni i Hercegovini“, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, 27 (2011):188.

⁵⁹ Радомир Лукић, „Уставни положај предсједника републике Српске“, *Правни живот*, 12 (2013): 662

активну власт само ако је за поновно усвајање ветираног закона неопходна квалификована већина која надмашује владину парламентарну већину⁶⁰. Међутим, сложили би се са Г. Марковићем⁶¹ који сматра да вриједност предсједничког права суспензивног вета зависи од неколико различитих фактора: стварне политичке моћи предсједника, угледа у бирачком тијелу, односа политичких снага у парламенту.

Предсједник Федерације БиХ нема право суспензивног вета. Овакво уставно рјешење проистиче из чињенице посредног избора предсједника Федерације БиХ, јер предсједник биран у парламенту нема легитимитет за оспоравање закона, али и из специфичности ове институције. Наиме, предсједник Федерације БиХ знатан дио својих надлежности обавља заједно са потпредсједницима, па би утврђивање права вета наишло на дилему да ли ово право може користити самостално предсједник или му је потребна сагласност и оба потпредсједника? Осим тога, сложен законодаван поступак у сложеној структури парламента, био би још сложенији, ако би предсједник (потпредсједници) имао право вета. То су разлози због којих се уставотворац није одлучио да шефу државе утврди ово право.

4. ЗАКЉУЧАК

Промулгација закона и суспензивни вето су међусобно повезани институти, те с се акт промулгације не може раздвајати од овлашћења суспензивног вета. Наиме, коришћењем овлашћења суспензивног вета, предсједник републике ускраћује промулгацију закона, а да ли ће до ње касније уопште и доћи, зависи од одлуке другог органа (парламента, уставног суда). Суспензивни вето је, дакле, средство утицаја предсједника републике на законодавну власт, инструмент његовог учешћа у законодавном поступку. У уставним системима који не познају институт суспензивног вета (Словенија, Хрватска) доношење акта о промулгацији закона представља обавезу предсједника републике, чије неизвршавање би представљало кршење устава. Зато је промулгација некад право, а некад обавеза предсједника републике, а суспензивни вето представља право (овлашћење) предсједника да се условно одрекне промулгације закона док се о коначној судбини спорног акта не изјасни други орган. Од шест држава бивших југословенских република, предсједник Хрватске, Словеније и Предсједништво БиХ (као ни Предсједник ФБиХ) немају право суспензивног вета, док то овлашћење имају шеф државе у Србији, Црној Гори, Македонији, те предсједник Републике Српске. Промулгацију закона од стране шефа државе предвиђају сви анализирани устави осим Устава Босне и Херцеговине у којој Предсједништво Босне и Херцеговине не проглашава законе усвојене у Парламентарној скупштини, па самим тиме нема ни права вета, а исто тако је и у Федерацији БиХ. Предсједник Републике Српске проглашава законе, при чему има и право суспензивног вета. Устав Хрватске, Словеније не утврђују ово овлашћење шефа државе, већ утврђује обавезу предсједнику републике да изврши промулгацију закона. Устави

⁶⁰ Дарко Симић, *Полупредсједнички систем*, (Београд: Правни факултет, 2008), 328.

⁶¹ Goran Marković, „Pravna priroda sistema državne vlasti u Bosni i Hercegovini“, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, 27 (2011): 189.

анализираних држава садрже недостатке и недоречености у погледу регулисања промулгације и суспензивног вета на које смо указали у овом раду.

ЛИТЕРАТУРА

1. Bulmer, Elliot. *Presidential Veto Powers*. Stockholm, 2017, доступно на: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/presidential-legislative-powers-primer.pdf>, приступљено 2. 8. 2024
2. Dubrovnik, Tadej. „The Relationship between Head of State and the Legislative and Executive Branch”, у : *Ustavni položaj predsednika Republike, Lex Localic* ed. Igor Kaučič,, (Maribor: 2016).
3. Đorđević, Đ. Miroslav. „The president of the Baltic states – comparative overview“, *Strani pravni život, god. LXV, br. 4 (2021)*
4. Ђорђевић, Ђ. Мирослав „Суспензивни вето председника републике“ (докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду), 2020.
5. Golić, Darko. „Kolektivni šef države i sistem vlasti – bosanskohercegovačka rešenja u svetlu uporednog prava“, *Strani pravni život, LXIV, 2, (2020)*.
6. Јовановић, Павле. „Уставно-правни положај председника Србије у компаративној перспективи“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3 (2007).
7. Kaučič, Igor. „Predsednik republike med ustavo in politično prakso“, in: *Podjetje in delo*, 32, 6/7, (2006).
8. Kaučič, Igor. 1995. „Funkcija predsednika republike in državni zbor, u 1. *Strukovno srečanje pravnika s područja javnega prava*,“ (Brdo pri Kranju: 1995).
9. Kerševan, Erik. „Promulgation of Laws by the President of Republic of Slovenia“, u: *Ustavni položaj predsednika Republike, Lex Localic* ed. Igor Kaučič, (Maribor: 2016).
10. Климовски, Саво (et al.). *Ustavno pravo*. Skopje: 2012
11. Кутлешкић, Владан. „Суспензивни вето у Уставу Србије у светлу компаративног права“, *Страни правни живот*, 2-3 (1991).
12. Lucky, Christian. „A Comparative Chart of Presidential Powers in Eastern Europe“, *East European Constitutional Review*, 1(1994): 81-94, dostupno na <https://www.ucis.pitt.edu/nceer/1994-808-05-2-Holmes.pdf>
13. Лукић, Радомир. „Уставни положај председника републике Српске“, *Правни живот*, 12 (2013).
14. Marković, Goran. „Pravna priroda sistema državne vlasti u Bosni i Hercegovini“, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, 27 (2011).
15. Marković, Goran. „Pravna priroda sistema državne vlasti u Bosni i Hercegovini“, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, 27 (2011)
16. Пејић, Ирена. *Парламентарно право*, (Ниш: 2011)
17. Pejčević, Marko. „Položaj šefa države u političkom sistemu Srbije“, *Srpska politička misao*, god. 17, vol 28, 2, (2010)

18. Петров, Владан. „Суспензивни вето председника Републике”, *Права човека*, 3-6 (2005)
19. Пилиповић, Милан. *Извршина власт у државама насталим дисолуцијом Југославије*. (Бања Лука: 2021)
20. Pohl Maximilian Walther, *Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen*, (Hamburg: 2001).
21. Radojević, Miodrag. „Institucija predsjednika Republike u novom Ustavu Srbije“, *Politička revija*, br. 2-4, (2007)
22. Ribarić, Miha. “The Powers of the President of the Republic” u: *Ustavni položaj predsednika Republike*, *Lex Localic ed. Igor Kaučič*, (Maribor: 2016).
23. Симовић, Дарко и Петров, Владан. *Уставно право*, (Београд: 2018)
24. Симовић, Дарко. Полупредседнички систем. (Београд: 2008)
25. Smerdel, Branko. „Експертски текст Устава Црне Горе“, u *Ustavno zaokruživanje države: U susret novom Ustavu Crne Gore*, ured. Edin Šarčević, (Београд: 2007).
26. Šturanović, Petar. *Zakonodavna nadležnost skupštine u savremenom parlamentarnom sistemu*. (Podgorica: 2017)
27. Šuković, Mijat. *Ustavno pravo*. (Podgorica: 2009)
28. Šuković, Mijat. *Koncepcija i sadržina Ustava Crne Gore od 2007. godine – prilog raspravi o ulozi, funkcijama i odgovornosti države u savremenosti* (Podgorica: 2010.)
29. Шуковић, Мијат. *Уставно право – универзална уставна тематика и уставно право Црне Горе*, (Подгорица: 2009)

Прописи

30. Устав Републике Словеније доступно на, <https://pisrs.si/pregledPredpisa?id=USTA1> Pravno-informacijski sistem Republike Slovenije
31. Устав Републике Хрватске (пречишћен текст), доступно на: https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/Redakcijski_prociscen_tekst_Ustava_Republike_Hrvatske_Ustavni_sud_Republike_Hrvatske_15_sijecnja_2014_.pdf
32. Устав Црне Горе доступно на <https://www.gov.me/dokumenta/8001ff01-60bd-451a-be3f-83e7b71e112a> Министарство јавне управе (објављено 03.11.2022)
33. Устав Републике Србије доступно на: https://www.paragraf.rs/propisi_download/ustav_republike_srbije.pdf
34. Устав на Република Северна Македонија (Пречистен текст) доступно на [mk.wikisource.org/wiki/Устав_на_Република_Северна_Македонија_\(Пречистен_текст\)](https://mk.wikisource.org/wiki/Устав_на_Република_Северна_Македонија_(Пречистен_текст))
35. Устав Босне и Херцеговине доступно на <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vazniji-propisi/Ustav%20BiH%20-%20B.pdf> Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине
36. Устав Републике Српске доступно на https://www.narodnaskupstinar.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/lat/ustav_republike_srpske.pdf
37. Устав Федерације БиХ неформални пречишћени текст доступно на https://www.ustavn-isudfbih.ba/bs/dokumenti/ustav_precisceni_tekst%20najnoviji%20do%20CXXX%20bos.pdf
38. Устав Естоније - Constitution of Estonia 1992 (rev 2015) доступно на https://www.constituteproject.org/constitution/Estonia_2015

39. Ustav Litvanije – Constitution of Lithuania 1992 (rev. 2019) доступно на https://www.constituteproject.org/constitution/Lithuania_2019
40. Ustav Letonije – Constitution of Latvia 1922 (reinst.1991, rev 2016) доступно на https://www.constituteproject.org/constitution/Latvia_2016
41. Ustav Mađarske - Constitution of Hungary 2011(rev. 2016) доступно на
42. https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2016
43. Ustav Poljske – Constitution of Poland 1997 (rev 2009) доступно на https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009
44. Ustav Češke - Constitution of Czech Republic 1993 (rev. 2013) доступно на https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2013
45. Ustav Rumunije – Constitution of Romania 1991 (rev. 2003) доступно на https://www.constituteproject.org/constitution/Romania_2003
46. Закон о председнику Републике Србије (Службени гласник РС бр.11/2007)
47. Пословник Скупштине Црне Горе, (Службени лист ЦГ бр. 59/2013)

Literature

1. Bulmer, Elliot. *Presidential Veto Powers*. Stockholm, 2017, доступно на: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/presidential-legislative-powers-primer.pdf> , приступљено 2. 8.2024
2. Dubrovnik, Tadej., „The Relationship between Head of State and the Legislative and Executive Branch” , in: Constitutional position of the President of the Republic, *Lex Localic* ed. Igor Kaučič., (Maribor: 2016).
3. Đorđević, Đ. Miroslav. „The president of the Baltic states – comparative overview“, *Foreign legal life*, Vol. LXV, no. 4 (2021)
4. Đorđević, Đ. Miroslav “Suspension veto of the president of the republic” (doctoral dissertation, Faculty of Law, University of Belgrade), 2020.
5. Golic, Darko. “Collective head of state and system of government - Bosnian solutions in the light of comparative law”, *Strani pravni život*, LXIV, 2, (2020).
6. Jovanovic, Pavle. “Constitutional-legal position of the President of Serbia in a comparative perspective”, *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, 3 (2007).
7. Kaučič, Igor. “The President of the Republic between the Constitution and Political Practice”, in: *Company and Work*, 32, 6/7, (2006).
8. Kaučič, Igor. 1995. “The function of the President of the Republic and the National Assembly, in 1. Professional meeting of lawyers from the field of public law,” (Brdo pri Kranju: 1995).
9. Kerševan, Erik. “Promulgation of Laws by the President of the Republic of Slovenia”, in: *Constitutional Position of the President of the Republic*, *Lex Localic* ed. Igor Kaučič, (Maribor: 2016).
10. Klimovski, Savo (et al.). *Constitutional law*. Skopje: 2012
11. Kutlešić, Vladan. “Suspensive veto in the Constitution of Serbia in the light of comparative law”, *Strani pravni život*, 2-3 (1991).
12. Lucky, Christian. “A Comparative Chart of Presidential Powers in Eastern Europe”, *East European Constitutional Review*, 1(1994): 81-94, dostupno на <https://www.ucis.pitt.edu/nceer/1994-808-05-2-Holmes.pdf>

13. Lukić, Radomir. "The constitutional position of the president of the Republic of Srpska", *Legal life*, 12 (2013).
14. Marković, Goran. "The legal nature of the state government system in Bosnia and Herzegovina", *Pravna riječ*, magazine for legal theory and practice, 27 (2011).
15. Marković, Goran. "The legal nature of the state government system in Bosnia and Herzegovina", *Pravna riječ*, magazine for legal theory and practice, 27 (2011)
16. Pejić, Irena. *Parliamentary Law*, (Niš: 2011)
17. Pejčković, Marko. "The position of the head of state in the political system of Serbia", *Serbian political thought*, Vol. 17, vol 28, 2, (2010)
18. Petrov, Vladan. "Suspension veto of the President of the Republic", *Human Rights*, 3-6 (2005)
19. Petrov, Vladan. *Parliamentary law*. (Belgrade: 2010)
20. Pilipović, Milan. *Executive power in the states created by the dissolution of Yugoslavia*. (Banja Luka: 2021)
21. Pohl Maximilian Walther, *The Examination Competence of the Federal President in the Drafting of Laws*, (Hamburg: 2001).
22. Radojević, Miodrag. "Institution of the President of the Republic in the new Constitution of Serbia", *Political Review*, no. 2-4, (2007)
23. Ribarič, Miha "The Powers of the President of the Republic" in: *Constitutional Position of the President of the Republic*, Lex Localic ed. Igor Kaučič, (Maribor: 2016).
24. Simović, Darko and Petrov, Vladan. *Constitutional law*, (Belgrade: 2018)
25. Simović, Darko. *Semi-presidential system*. (Belgrade: 2008)
26. Smerdel, Branko. "Expert text of the Constitution of Montenegro", in *Constitutional rounding of the state: Towards the new Constitution of Montenegro*, ed. Edin Šarčević, (Belgrade: 2007).
27. Sturanović, Petar. *Legislative competence of the assembly in the modern parliamentary system*. (Podgorica: 2017)
28. Sukovic, Mijat. *Constitutional law - universal constitutional topics and constitutional law of Montenegro*, (Podgorica: 2009)
29. Sukovic, Mijat. *Constitutional law*. (Podgorica: 2009)
30. Sukovic, Mijat. *The concept and content of the Constitution of Montenegro since 2007 a contribution to the debate on the role, functions and responsibilities of the state in modern times* (Podgorica: 2010)

Regulations

1. Constitution of the Republic of Slovenia, <https://pisrs.si/pregledPredpisa?id=USTA1> Pravno-informacijski sistem Republike Slovenije
2. Constitution of the Republic of Croatia (refined text): https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/Redakcijski_prociscen_tekst_Ustava_Republike_Hrvatske_Ustavni_sud_Republike_Hrvatske_15._sijecnja_2014_.pdf
3. Constitution of Montenegro <https://www.gov.me/dokumenta/8001ff01-60bd-451a-be3f-83e7b71e112a>
4. Constitution of the Republic of Serbia: https://www.paragraf.rs/propisi_download/ustav_republike_srbije.pdf

5. Constitution of the Republic of North Macedonia [mk.wikisource.org/wiki/Устав_на_Република_Северна_Македонија_\(Пречистен_текст\)](https://mk.wikisource.org/wiki/Устав_на_Република_Северна_Македонија_(Пречистен_текст))
6. Constitution of Bosnia and Herzegovina <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vazniji-propisi/Ustav%20BiH%20-%20B.pdf>
7. Constitution of the Republic of Srpska https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/lat/ustav_republike_srpske.pdf
8. Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina (informal refined text) https://www.ustavnisudfbih.ba/bs/dokumenti/ustav_precisceni_tekst%20najnoviji%20do%20CXXX%20bos.pdf
9. Constitution of Estonia 1992 (rev 2015) https://www.constituteproject.org/constitution/Estonia_2015
10. Constitution of Lithuania 1992 (rev. 2019) https://www.constituteproject.org/constitution/Lithuania_2019
11. Constitution of Latvia 1922 (reinst.1991, rev 2016) https://www.constituteproject.org/constitution/Latvia_2016
1. Constitution of Hungary 2011(rev. 2016) [https:// www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2016](https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2016)
2. Constitution of Poland 1997 (rev 2009) https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009
3. Constitution of Czech Republic 1993 (rev. 2013) [https:// www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2013](https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2013)
4. Constitution of Romania 1991 (rev. 2003) https://www.constituteproject.org/constitution/Romania_2003
5. Law on the President of the Republic of Serbia (Official Gazette of the RS No.11/2007)
6. Rules of Procedure of the Parliament of Montenegro, (Official Gazette of Montenegro No.59/2013)

PROMULSION OF LAWS AND SUSPENSIONAL VETO OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC IN THE COUNTRIES OF THE FORMER YUGOSLAV REPUBLICS

Milan Pilipovic⁶²

Faculty of Law, University of Banja Luka

Summary: Promulgation of the law is the final part of the legislative procedure, followed by its publication and application. The right of the president of the republic not to declare the proposed law passed by the parliament, but to return it for reconsideration or to ask for a preliminary evaluation of the constitutionality (suspension veto) contains a number of aspects related to the head of state and to the parliament, which show differences in comparative law solutions. In this paper, the author will analyze these two institutes in the constitutional systems of the former Yugoslav republics. The aim of the work is to shed light on the promulgation of laws and the suspensive veto in a theoretical sense, as well as in the constitutional theory and practice of the countries of the former Yugoslavia, to notice similarities and differences, to point out the shortcomings of the regulation of these two institutes in the analyzed countries. The author advocates the thesis that the promulgation of the law and the suspensive veto are interconnected, that the act of promulgation cannot be separated from the authority of the suspensive veto. Namely, in constitutional systems that do not know the institution of the suspensive veto (Slovenia, Croatia), the adoption of an act on the promulgation of a law is an obligation of the president of the republic, the non-execution of which is a violation of the constitution, while the existence of the suspensive veto of the president of the republic (Serbia, Montenegro, Macedonia, Republika Srpska) on laws adopted in parliament, the obligation to promulgate becomes relative. By using the authority of the suspensive veto, the president of the republic prevents the promulgation of the law, and whether it will happen at all later depends on the decision of another authority. The author concludes that promulgation is sometimes a right and sometimes an obligation of the president of the republic, and that the suspensive veto represents the right (authorization) of the president to conditionally waive the promulgation of the law until another authority declares the final fate of the disputed act.

Keywords: president of the republic, promulgation, suspensive veto, constitution

62 Associate professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, email: milan.pilipovic@pf.unibl.org; ORCID iD: 0009-0001-4760-8844

О ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ У СРБИЈИ СА ОСВРТОМ НА ЛОКАЛНИ ИЗБОРНИ СИСТЕМ

Милан Рапајић¹

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Дејан Логарушић²

Правни факултет за привреду и правосуђе

Универзитета Привредна академија у Новом Саду

Сажетак: У раду се посебан акценат ставља на локални изборни систем. Пре тога, аутори се осврћу на положај и улогу локалне самоуправе у Србији, уз почетна разматрања на историјски развој локалне самоуправе у свету. Локална самоуправа се обавља на ограниченом делу државне територије који је под ингеренцијом државне власти. Оно што локалну самоуправу карактерише, то је да становници локалне заједнице сами одлучују о питањима која се односе на свакодневни живот. У раду се посебно анализира статус локалне самоуправе по Уставу из 2006. године. У том смислу, указано је на појам локалне самоуправе, начин одлучивања, овлашћења и заштиту локалне самоуправе.

Отворена је расправа о особинама, предностима и манама типова изборних система. Предлаже се реформа типа изборног система у локалној самоуправи Србије и увођење једне врсте мешовитог изборног система. Указује се на солуцију непосредног избора градоначелника, али уз скретање пажње да претходно треба променити уставну норму, по којој је скупштина највиши представнички орган. Уз указивање на предности мешовитог изборног система у локалној самоуправи и непосредног избора градоначелника, примећује се да постоје и одређене мане ових решења. Реформски захвати, који се односе на промену изборног система у локалној самоуправи, свој пун капацитет би доживели, ако се реформише целокупан политички систем у Србији, што је закључно мишљење аутора.

Кључне речи: локална самоуправа, Република Србија, изборни систем, типови изборних система, предности и мане, непосредан избор градоначелника

¹ Ванредни професор, доктор правних наука. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, mrapajic@juga.kg.ac.rs; ORCID: 0000-0002-1268-6826.

² Ванредни професор, доктор правних наука. Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду, dejan.logarusic@pravni-fakultet.info ORCID: 0000-0001-9782-9277.

1. ИСТОРИЈСКИ ПРЕГЛЕД ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У СВЕТУ

Локална самоуправа свуда у свету се обавља на ограниченом делу државне територије, који је под ингеренцијом државне власти. Локалну власт врше органи који представљају локалну заједницу. „Док је држава организациони облик чији органи имају право и дужност да се старају о потребама читаве друштвене заједнице на читавој државној територији и о регулисању односа у њој с једне, и споља, с друге стране, дотле локалне заједнице уже и шире, уопште немају ову другу спољну функцију, а њихова права, унутрашња функција, квалитативно и квантитативно је другачија од унутрашње функције коју има држава. Локални интереси и послови битно су различити од интереса и послова који долазе до изражаја у држави као целини. У локалним заједницама решавају се свакодневна животна питања грађана, док се у држави и државним органима води висока политика“.³ Оно што карактерише локалну самоуправу је то да становници локалне заједнице сами одлучују о питањима која се односе на свакодневни живот. Локално становништво о локалним пословима може да одлучује било непосредно (на зборовима или путем референдума) или од стране својих непосредно изабраних представника у локалним представничким телима, односно од стране локалних функционера, који су изабрани од стране тих представничких тела.

Локална самоуправа има дугу традицију, а њени зачеци сежу у средњовековну Европу, када је локално становништво на сопствену иницијативу међу собом бирало своје судије, који су судили у међусобним споровима, али и неку врсту локалних функционера, чији је задатак био да се старају о заједничким интересима и пословима. Каже се да је „први развој локалне самоуправе повезан са урбанизацијом, настанком и развојем градова, што је подразумевало и постепену деаграризацију државе. Признавање права на локалну самоуправу отпочиње од XII века у Енглеској, Немачкој, Шведској, рађањем нове грађанске класе, а развија се на пропадању феудализма и апсолутне монархије. Нови и самостални начин управљања локалном заједницом и заједничким пословима везује се за ужу градску територију“.⁴ Тако, на пример, „Локална управа у Великој Британији развијала се од средњег века. Важни већи и мањи градови су добили право самоуправе Краљевском повељом и названи су градским управним подручјем. Прва повеља додељена је 880. године (Малмсберију у Вилтширу). Још много повеља је додељено од дванаестог века надаље. Ове повеље су подстакле развој моћне грађанске свести о властитом идентитету и поноса који су у Британији данас очигледни. У провинцији је веома ограничена локална управа почела да се развија по доношењу Закона о сиротињи почетком седамнаестог века“.⁵ Дакле, нови и аутономни начин управљања локалном заједницом и пословима у њој, везан је за ужу градску територију. Нова подела рада настала је у средњовековним градовима, где се на релативно малом простору развијају трговина и занати, а политичка свест грађанства усмерава се ка борби за људска права и бољи живот. С обзиром да су средњовековни градови добили путем краљевих повеља аутономан делокруг организовања послова, то је утицало да се успостави организација власти,

3 Ратко Марковић, Уставно право (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, 2014), 405.

4 Слободан Орловић, Уставно право (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2019), 371.

5 Sheldrake, M., Karakteristike i tradicije lokalne uprave u Velikoj Britaniji, u: Mijat Damjanović, Uporedna iskustva lokalnih samouprava (str. 41-61) (Београд: Magna Agenda, 2002), 41.

па чак се ишло и до формирања мањих војски, које су се старале о спољној безбедности локалних заједница, које су иначе имале право да убирају порезе на својој територији. Тако уређене локалне заједнице, које су кроз монархове повеље добиле аутономију, разликовале су се од остатка државе који је био под влашћу феудалаца. Како су градови популационо и територијално расли, тако је искрсло питање величине јединице локалне самоуправе. Мање јединице локалне самоуправе погодније су за остваривање локалне демократије и самоуправе. Међутим, колике ће јединице локалне самоуправе у територијалном смислу бити, зависи од централних власти, које морају уважавати неколико критеријума. Традиција, економска и привредна повезаност локалне територије, захтеви и стремљења локалног становништва су критеријуми на основу којих држава уређује поделу своје територије на јединице локалне самоуправе.

2. ИСТОРИЈСКИ ПОГЛЕД НА ЛОКАЛНУ САМОУПРАВУ У СРБИЈИ

Када је реч о традицији, Србија је у погледу развоја локалне самоуправе поседује. И у средњовековној Србији, постојале су локалне заједнице са извесним садржајима аутономије. Те локалне заједнице, које су биле уређене обичајним правом, носиле су следеће називе: властелинства, села, жупе, градови, краишта и томе слично. Дуг период неслободе у поробљеној Србији означен је одређеним клицама самоуправности у локалним заједницама. Тако је пре Првог српског устанка, у малим насељима Србије – селима, постојао кнез (обично са наследним положајем) као орган власти. Кнез је у својим рукама фузионисао део судске и извршне власти, старајући се о најважнијим питањима од интереса за живот становника у селима. Кнежински кнез, зван другачије обор-кнез, такође део судске и извршне власти је обављао у кнежинама, које су се састојале од више села. Сама нахија била је састављена од више кнежина. Кнезови су били представници кнежина и нахија у односима према вишим властима, које су имале своје седиште у градовима. Српска средњовековна локална самоуправа (боље је рећи локална управа, с обзиром на тадашње стварно стање ствари) није имала карактеристике данашње самоуправе. Једноставно речено, била је скромног домета, али је као институција заслужна за очување националног идентитета и свести једне, тада потлачене нације. Чак и тај неразвијени облик народне самоуправе представљао је какав-такав темељ за даљи развој локалне самоуправе, који ће отпочети после избијања Првог српског устанка.

Међутим, локална управа која од времена Првог српског устанка се поново дели на округе, срезове и општине, није имала искључиво узлазну путању, јер су постојали недемократски прекиди у њеном развоју. Са поновним изграђивањем српске државе, која се темељила на принципу централизације и јаком присуству војних власти, не може се говорити о неком од класичних типова локалне самоуправе. Разлог томе је јак надзор централних власти, с једне стране и подређеност локалних власти, с друге стране. Законом о општинама из 1839. године, општине као најмање јединице локалне самоуправе нису имале одговарајуће приходе за реализацију њиховог буџета, јер је морала да постоји сагласност централних власти за ту радњу. Општински суд који су чинили кмет и два помоћника, а који је обављао и полицијске послове, био је локални најважнији орган. Законом о општинама из 1866. године,

ојачан је положај представничког тела општинског збора. Иначе, за овај Закон за који се наводи да је био састављен по угледу на аустријски истоимени закон, поред тога што је укључио општину у Кнез Михајлову централизовану управу, наводи се да је имао следеће основне карактеристике: „- општина је добила потпунију организацију; - стајала је под строгим надзором централне власти; - изборност је постојала, али општински збор није могао сменити општинске органе, а није имао ни право надзора над њиховим радом; - општина је схваћена као непосредна месна полицијска власт, као подручни орган среских и окружних начелника, преко којих се одржавао ред и безбедност у земљи; - закон је изражавао неверовање у способност општина да обављају послове без туторства полиције; - тражећи да чланови општинских форума имају непокретно имање, државна власт је показала да се у општинама може ослонити искључиво на сопственике; - могућност за централне органе власти да сами стварају велике општине (или мале), ако то нађу за потребно, без консултовања општинара“.⁶

Године 1878, дакле када је Србија стекла независност на Берлинском конгресу, укинута су сви облици локалне самоуправе и уведена полицијска управа. Десет година касније, донет је нови Устав, први у потпуно независној држави Србији, познат као Радикалски устав, за који се каже да означава почетак златног доба локалне самоуправе у Србији.⁷ Овим Уставом је задржана подела државе на округе, срезове и општине. У члану 161 Устава се наводи: „У окрузима постоје уз државне управне власти, као самоуправни органи: окружне скупштине и стални окружни одбори. Њихов је задатак да воде бригу о чувању и унапређењу просветних, привредних, саобраћајних, санитарских и финансијских окружних интереса, као и да врше све послове који би се законом ставили у њихов круг рада“. Устав је инаугурисао самоуправу општина, а за вршење општинских послова, као органи су постојали општински суд, општински одбор и општински збор, док су општински избори били непосредни. „У најкраћем уставна решења територијалне организације стале су на пола пута између деконцентрације и децентрализације власти. У односу на период пре тога, нова решења су представљала крупан напредак“.⁸ Већ 1901. године, доношењем Устава, поново се смањује самосталност на локалном нивоу, да би у раздобљу од 1903. до 1914. године, била враћена самоуправа кроз непосредан избор институција и постојање послова самоуправног дела круга уз политичку и правну контролу од стране државе.

У Краљевини Срба Хрвата и Словенаца, а потом и Југославији и даље су општине биле основне јединице локалне самоуправе, а постојали су и срезови, окрузи и области, као веће целине. „Видовданским уставом, предвиђено је да се законски изврши подела или спајање на области према природним, социјалним и економским приликама, при чему, једна област није могла имати више од 800.000 становника. На челу сваке области налази се велики жупан кога поставља Краљ и који управља преко државних органа пословима државне управе у области. За послове месног: општинског, среског и обласног значаја установљава се месна: општинска, среска и обласна самоуправа уређена на начелу изборном“. Када је реч о управи и самоуправи градова, предвиђено је да се ова област уреди посебним законом. Самоуправни органи су према закону обављали самоуправне послове из области: финансија (утврђивања

⁶ Ružica Gužina, „Актуелност идеје Светозара Марковића о локалној самоуправи“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4 (1968): 384.

⁷ Небојша Максимовић, *Административно-територијална организација и локална самоуправа у Видовданском уставу* (докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, 2021), 14.

⁸ Петров, В., Станковић, М., *Уставно право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 125.

обласног буџета, располагања обласним дажбинама у циљу покрића обласних расхода), обласни јавни радови и грађански прописи, старање о обласним привредним интересима (ратарство, сточарство, виноградарство, воћарство, шумарство, речно и језерско рибарство, лов, техника пољопривредног побољшања), управа обласним имањима, брига о народном здрављу у области и установама којима се унапређује здравствено стање у области, брига о социјалним задацима у области, области хумане установе, обласне саобраћајне установе, сарађивање на унапређењу просвете у области, сарађивање на стручном образовању у области, завођење и одржавање установа за штедњу, узајамно помагање и осигурање, давање мишљења на захтев владе, по законским предлозима који се тичу области као и уопште о свима другим предметима, за које влада тражи њихово мишљење. Овим уставом предвиђено је да самоуправе имају свој годишњи буџет. Обласне и среске скупштине бирале су свог председника и Обласни срески одбор. Велики жупан је био врховни старешина опште државне администрације у области (уколико по закону не постоје за нарочите послове државне управе посебна надлештва за једну или више области“.⁹

На основу Октроисаног устава из 1931. године, регулисано је да се општине у својим чисто унутрашњим пословима уређују на самоуправном начелу. Границе њихове самоуправе одређене су законом. Кулминацију самосталности локална самоуправа је досегла у социјалистичкој Југославији. По Уставу из 1946. године, народни одбори су органи државне власти, а организују се у местима (села и мањи градови), срезovima, градским реонима, градовима, окрузима и областима. Народни одбори руководе радом потчињених органа управе и привредном и културном изградњом у своме делокругу; обезбеђују заштиту јавног поретка, испуњавање закона и чување права грађана; утврђују свој буџет. Народни одбори доносе у оквиру своје надлежности опште прописе (одлуке) на основу савезног Устава, Устава републике, савезних закона, закона републике и општих прописа виших органа државне власти. Народни одбори дужни су да се у извођењу општих и месних задатака ослањају на иницијативу и широко учешће народних маса и на организације радног народа. По Уставу из 1963. године, општине су биле основне друштвено-политичке заједнице, изграђене на основама комуналног система, који је установљен 1955. године. Тај систем је претпостављао одумирање државе, деататизацију и преузимање функција државе од стране општина. Оно што је ређе решење у упоредном праву, било је на снази у уставном систему социјалистичке Југославије. Наиме, важила је претпоставка надлежности општине. Општини су припадале све функције власти, осим оних које су изричито додељене граду, покрајини, републици и федерацији. Тако су јединице локалне самоуправе биле градови, посебно главни градови република и покрајина, градске општине, срезови и Београд, као главни град. Устав из 1974. године, који је увео бројна нова институционална решења, одредио је обавезно удруживање општина у градске и регионалне заједнице као посебне друштвено-политичке заједнице на које се преносе одређени послови из надлежности република, односно аутономних покрајина и општина.

Уставом из 1990. године одређене су уставне основе данашње локалне самоуправе. Због значаја овог Устава, указујемо на његова решења, која се односе на локалну самоуправу. По овом акту, општина представља основну јединицу локалне самоуправе. „Општина, преко својих органа, у складу са законом: 1) доноси програм развоја, урбанистички план,

⁹ Ivančević, G., Razvoj lokalne samouprave u Srbiji, Kultura polisa, 46/2021, str. 161.

буџет и завршни рачун; 2) уређује и обезбеђује обављање и развој комуналних делатности; 3) уређује и обезбеђује коришћење градског грађевинског земљишта и пословног простора; 4) стара се о изградњи, одржавању и коришћењу локалних путева и улица и других јавних објеката од општинског значаја; 5) стара се о задовољавању одређених потреба грађана у областима: културе; образовања; здравствене и социјалне заштите; друштвене бриге о деци; физичке културе; јавног обавештавања; занатства, туризма и угоститељства; заштите и унапређивања животне средине, и у другим областима од непосредног интереса за грађане; 6) извршава законе, друге прописе и опште акте Републике Србије чије извршавање је поверено општини; обезбеђује извршавање прописа и општих аката општине; 7) образује органе, организације и службе за потребе општине и уређује њихову организацију и рад; 8) обавља и друге послове утврђене Уставом и законом, као и статутом општине. Систем локалне самоуправе уређује се законом. Република Србија може законом поверити вршење појединих послова одређеној општини и пренети јој средства за те послове“ (члан 113 Устава). Уставом је, такође, било прописано да за обављање Уставом и законом утврђених послова, општини припадају приходи утврђени законом. „За задовољавање потреба грађана у општини средства се могу прикупљати на основу непосредног изјашњавања грађана, у складу са законом“ (члан 114 став 2 Устава). Статут општине је постао уставна категорија, с обзиром да га је највиши општи правни акт изричито предвиђао. Тим актом, који доноси скупштина општине, уређују се послови општине и организација и рад органа општине. Уставом је регулисано непосредно народно одлучивање путем референдума и одлучивање грађана преко својих представника у скупштини општине. „Скупштину општине чине одборници изабрани на непосредним изборима, тајним гласањем“ (члан 116 став 2 Устава). Устав је предвидео да се поједина општина законом може утврдити као град уз обавезу да се на територији таквог града образују две или више градских општина. Статутом града одређује се које послове општине врши град, а које градска општина (члан 117 став 2 Устава). Као и важећи Устав, тако је и Устав из 1990. године, кроз посебан члан нормирао положај града Београда, као главног града. „Град Београд обавља послове општине утврђене Уставом и послове које му Република законом повери из оквира својих права и дужности. Територија града Београда утврђује се законом. Граду Београду припадају приходи утврђени законом, као и средства за обављање поверених послова из оквира права и дужности Републике Србије. Град Београд има статут којим се одређује које послове општине врши град Београд, а које градска општина у његовом саставу и уређују организација и рад органа Града, као и друга питања од интереса за град Београд. Статут града Београда доноси Скупштина града Београда. Скупштину града Београда чине одборници изабрани на непосредним изборима, тајним гласањем“ (члан 118 Устава).

Из досадашњих излагања која су, у најкраћим цртама, обухватила опште карактеристике локалне самоуправе и историјски развој локалне самоуправе у Србији, могли би констатовати да постоје следећа основна обележја локалне самоуправе: 1) постојање Уставом и законом утврђеног обима самоуправних локалних послова, које јединице локалне самоуправе врше без интервенције централних државних органа; 2) грађани у јединицама локалне самоуправе слободно бирају своје представничко тело или директно одлучују о питањима битним за свакодневни живот у локалној заједници; 3) организациона и персонална самосталност локалних институција; 4) аутономија финансијских и других средстава, односно сопствених прихода, чији се извори и намена утврђују у буџету локалне заједнице. Иначе,

локални – општински буџети засновани су на четири кључна елемента: „1. систем прихода, 2. систем расхода, 3. локални буџет, 4. локална финансијска администрација“ (Лукић, 2019, п. 266)¹⁰; 5) уставна и законска заштита самоуправних права јединицама локалне самоуправе, а зарад њиховог правоваљаног деловања.

3. УСТАВНИ ПОЛОЖАЈ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У СРБИЈИ

У Србији, као и у појединим другим уставним системима, локална самоуправа је уставна категорија. Ова институција је и вид децентрализације државе. Када је реч о децентрализацији, указује се: „Насупрот централизацији, децентрализација подразумева увећање надлежности нижих, периферних територијалних колективитета, при чему они остају, у извесној мери, подређени вишим управним инстанцама. Дакле и централизацији и децентрализацији су иманентни односи и стања надређености и подређености, јер само оно што је устројено као (не)хијерархијски уређен поредак може бити одрживо“.¹¹ Тако професор Лазо Костић тврди да је држава децентрализована уколико је власт размештена, односно уколико се врши са више места. Он истиче један врло битан аспект децентрализације: „децентралистичко уређење претпоставља државе приличног, чак и великог територијалног опсега. Код минијатурних држава не може бити ни речи о децентрализацији...“. Костић додатно прецизира овај став: „Тамо где има општинске самоуправе, која је данас и материјално врло ограниченог обима, држава не престаје бити централистичка. Да би се сматрала децентрализованом, треба да постоје много веће, замашније, јаче, самосталније територијалне јединице. Треба да постоје, како Немци кажу, комуналне везе вишег реда (*Kommunalverbände höherer Ordnung*)“.¹² „Као и код аутономне покрајине, правом на локалну самоуправу гарантује се један простор за обављање локалних послова, где нису надлежни централни органи“.¹³

Са периодом транзиције десиле су се у Србији, почев од 1990. године, крупне промене у уставном и законском положају локалне самоуправе. Локална самоуправа по Карлу Фридриху чини основу конституционалне демократије, која се често показала изненађујуће отпорном према притисцима тоталитарне владе.¹⁴ То није карактеристика само Србије, него и других земаља у транзицији на Балканском полуострву Европе. Тако се могу извући заједничке карактеристике земаља у транзицији поводом положаја локалне самоуправе: „1) Свака од земаља у транзицији је донела нови, „демократски“ устав. Уставом се гарантује локална самоуправа и уопштено одређују њене надлежности, принципи односа са централним нивоом власти, начин оснивања, промена територије, инструменти заштите њених права и други елементи правног положаја на нивоу начела, дакле, она ужива уставни статус; 2)

¹⁰ Марија Лукић, „Улога буџета у финансирању локалне самоуправе“, Војно дело, 2 (2019): 266.

¹¹ Дејан Вучетић, Децентрализација у континенталним правним системима (докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, 2012), 43.

¹² Лазо Костић, Уставно право (Сабрана дела - први том) (Београд: ЗИПС Српска радикална странка, 2000), 259.

¹³ Орловић, Уставно право, 383.

¹⁴ Karl Fridrih. Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi (Podgorica: CID, 2005), 199.

Гарантује се аутономија јединица локалне самоуправе, која би требало да обухвата слободу од могуће контроле целисходности аката које доноси у вршењу својих изворних овлашћења од стране државе, што је и обавеза из Европске повеље о локалној самоуправи, али и облици контроле законитости и уставности њеног рада од стране државе; 3) Правни положај локалне самоуправе прецизно је регулисан законима. То су закони који уређују административно-територијалну поделу, организацију локалне администрације, надлежности, начин избора локалних представништва, посебне друштвене области у вези са локалном самоуправом као што су јавни приходи, имовина, јавне набавке, референдум, језик и писмо у службеној употреби, управни поступак, радни односи и слично; 4) За вршење изворних надлежности јединицама локалне самоуправе се обезбеђују и изворни приходи, а држава обезбеђује средства из свог буџета или уступа своје приходе за вршење пренесених и поверених надлежности, као и недостајућа средства у погледу изворних послова, што је случај у већини јединица локалне самоуправе свих ових држава; 5) Грађани непосредно бирају представничка тела и остављена им је већа могућност за непосредно учешће у вршењу јавних послова, с тим да ти инструменти нису у потпуности прилагођени објективним могућностима, провереним решењима, нити реалним потребама грађана, што је тесно повезано са природом економских односа који се граде у сваком од друштава ових земаља¹⁵.

И Уставом Србије уређени су основни елементи и карактеристике положаја локалне самоуправе. Прецизније одредбе о локалној самоуправи налазимо у законима, као што су: Закон о локалној самоуправи, Закон о територијалној организацији Републике Србије, Закон о финансирању локалне самоуправе, Закон о главном граду, Закон о комуналним делатностима, али и подзаконским актима, као и прописима које доносе сама локална самоуправа. Локална самоуправа представља право грађана и организациони вид децентрализације власти. Већ у начелима Устава Републике Србије из 2006. године се говори о покрајинској аутономији и локалној самоуправи, што јасно указује о значају ових институција. Тако се у члану 12 Устава наводи: „Државна власт је ограничена правом грађана на покрајинску аутономију и локалну самоуправу. Право грађана на покрајинску аутономију и локалну самоуправу подлеже само надзору уставности и законитости“. Субјекти права на локалну самоуправу су сви грађани Републике Србије лоцирани према месту пребивалишта у локалне заједнице – општине, градове и град Београд. Грађани су у свим општинама по садржају права на локалну самоуправу изједначени, што значи да јединице локалне самоуправе имају исте надлежности и органе власти.

Локална самоуправа има гарантован круг самосталних, односно изворних овлашћења. Та овлашћења се јемче Уставом и ближе уређују законом и њих локална самоуправа делом уређује сама, а извршава их у потпуности. Избор органа власти у локалним самоуправама је део аутономије локалне заједнице. Тако грађани, без учешћа државе, бирају своје органе власти. Скупштина општине (и града) бира се непосредно, а извршни органи – председник општине и општинско веће посредно. Тек ако дође до изборног спора због незаконитости, држава ће накнадно, путем суда, учествовати у изборном поступку. Локална самоуправа у Србији има сталне изворе финансирања, као своје изворне приходе, којима слободно располаже. Иначе, у модерним државама, па тако и у Србији, јединице локалне самоуправе се

15 Darko Golić, Igor Šoltes, „Karakteristike lokalne samouprave zemalja u tranziciji“, Pravo - teorija i praksa, 5-6/2009, str. 70.

суочавају са озбиљним проблемом, а то су оскудни самостални извори прихода. Највећи део прихода јединица локалне самоуправе потиче из државног буџета, што негативно утиче на остваривање локалне самоуправе. Ако јединице локалне самоуправе не могу да самостално прикупљају приходе и да о њиховој потрошњи одлучују, локална самоуправа ће у значајној мери бити мртво слово на папиру. „У Енглеској око 80% трошкова локалне власти финансира се из грантова централне власти“.¹⁶ То је средство да државна власт, у фактичком смислу, ограничи локалну самоуправу, иако је у формалном смислу не ограничава. Јединице локалне самоуправе задржавају надлежности, али не могу их вршити у целости, с обзиром да не поседују довољно финансијских средстава која самостално прикупе.

Маркирано је да постоје „четири система финансирања локалне самоуправе. Први систем је централистички и није у складу са природом локалне самоуправе. То је систем по коме сви јавни приходи припадају држави, а она одлучује о томе колики дио прихода ће додјелити јединицама локалне самоуправе. Други систем претпоставља да законом буду прецизно утврђени и раздвојени државни и локални приходи. Држава и јединице локалне самоуправе немају заједничке приходе, па је лако раздвојити једне од других. Јединице локалне самоуправе могу остварити онолико самосталности колики су локални приходи. Законом се утврђују и надлежности и извори прихода јединица локалне самоуправе, тако да би требало да је систем конзистентан, јер законодавац треба да води рачуна о томе да додјељујући самосталне надлежности јединицама локалне самоуправе, истовремено (истим законом) утврди довољне изворе прихода за вршење ових надлежности. Трећи систем финансирања значи да су државни и локални приходи које држава убира, а дјеле се између државе и јединица локалне самоуправе, према мјерилима и у омјеру који су утврђени законом. Четврти систем подразумева да су сви јавни приходи заједнички, што значи да се дјеле према процентима који су законом утврђени, при чему држава одређује који приходи и у ком обиму ће припасти њој и јединицама локалне самоуправе“.¹⁷ Србија је изабрала такав систем финансирања локалне самоуправе, где су прецизно утврђени и раздвојени државни и локални приходи. Иначе, локална самоуправа је тешко замислива без постојања самосталних извора прихода. Да би локална самоуправа имала бројне самосталне надлежности, њој треба омогућити да партиципира у расподели прихода, које држава остварује на локалном нивоу. То се посебно односи на мале јединице локалне самоуправе, чији самостални извори прихода нису издашни, па су јој потребне финансијске дотације државе.

Јединице локалне самоуправе у Србији имају Уставом гарантована права заштите локалне самоуправе из свог положаја пред државним органима, Уставним судом, Врховним судом и Управним судом. Неколико је елемената који чине локалну самоуправу као уставом уређен вид децентрализације власти, а то су: назив, територија, седиште, оснивање и укидање јединице локалне самоуправе, начин одлучивања грађана, уређење локалних органа, надлежности, већ поменути финансирање, контрола и заштита локалне самоуправе.

Називи јединица локалне самоуправе су општина, град и град Београд. Међутим, то не значи да су то различите врсте локалних заједница, већ да је реч о једној основној јединици

¹⁶ Martin, S., „Local Government Improvement in England: Policies, Progress and Prospects“, *Commonwealth Journal of Local Governance*, 8-9 (2011): 71.

¹⁷ Горан Марковић, Уставно право (Источно Ново Сарајево: ЈП «Завод за уџбенике и наставна средства», А.Д., 2021), 397-398.

локалне самоуправе – општини, а да су изведене јединице град и град Београд. Држава законом одлучује о оснивању и укидању територије и седишта јединице локалне самоуправе. Овом оснивању и укидању претходи саветодавни референдум од стране локалног становништва. Скупштина општине (односно, града), тј. општинско веће или сами грађани, могу да покрену иницијативу за промену општинских граница. Општине (којих у Србији, тренутно има 150) представљају основне територијалне јединице и у њима се остварује локална самоуправа. Оне имају статус правног лица и на њиховој територији живи најмање 10.000 становника. Закон о локалној самоуправи предвиђа могућност да општине имају и мање од 10.000 становника. Тако, општине које су образоване до престанка важења Закона о територијалној организацији Републике Србије, могу имати мање од 10.000 становника (Народна скупштина Републике Србије, 1991)¹⁸. „Изузетно, када постоје посебни економски, географски или историјски разлози, може се основати нова општина са мање од 10.000 становника“.¹⁹ Општина је административна и привредна целина способна да врши самоуправу и исту остварује путем својих органа и грађана непосредно. Градови којих у Србији има 23 су по свом правном обиму, када је реч о самоуправи, исто што и општине, само имају другачије име. Новина Закона о локалној самоуправи је што овлашћује град да у складу са законом образује комуналну полицију и обезбеђује и организује вршење послова комуналне полиције. Ту могућност нема општина. Град као јединица локалне самоуправе мора да броји најмање 100.000 становника (то је у неким случајевима и мање) на градском подручју. „Територија за коју се град формира представља природно географску целину, економски повезан простор који има изграђену комуникацију између насељених места са седиштем града као тежиштем“.²⁰ Град се састоји од градских (једно или више) и сеоских насеља. Град има право (а, не и обавезу, како је било по Уставу из 1990. године) да оснује градске општине и оне имају само надлежности поверене од стране града.

„Конечно, решење према којем град Београд има посебан третман у односу на остале јединице локалне самоуправе и према којем се питања везана за његов статус и организацију уређују посебним законом је у потпуности логично и оправдано. Одавно је, наиме, у упоредном праву препозната потреба за посебним третманом великих, милионских градова, тзв. метропола. Разлози за то су очигледни. Пре свега, метропола не може да представља основну локалну заједницу за толики број становника, јер се локална припадност може осећати само према далеко мањој територији и мањем броју људи. Затим, вишемилионски град није погодан да буде организован као „обична“ општина, јер `обична` општина није у стању да задовољи потребе тако великог броја грађана. Осим тога, постоји непрестана потреба за ширењем градског подручја, највише услед повећања броја становника и развоја градске привреде. Конечно, посебан разлог за специјалан статус постоји код главних градова, који су седишта највиших државних органа. Сви наведени разлози важе за град Београд, у којем живи готово четвртина укупне популације Републике Србије и који са својих готово два милиона становника спада међу петнаест највећих главних градова у Европи“.²¹

¹⁸ Закон о територијалној организацији, «Службени гласник РС», бр. 47/91, 79/92, 82/92 - испр., 47/94 и 49/99 - др. закон.

¹⁹ Закон о локалној самоуправи, «Сл. гласник РС», бр. 129/2007, 83/2014 - др. закон, 101/2016 - др. закон, 47/2018 и 111/2021 - др. закон, члан 18 став 3.

²⁰ Закон о локалној самоуправи, члан 23 став 3.

²¹ Marko Stanković, „Broj i veličina opština u Srbiji“, *Pravni život*, 12 (2013): 605.

Округ и месна заједница не представљају јединице локалне самоуправе. „У неким земљама окрузи представљају територијалне јединице, које се налазе између централног и локалног нивоа и чине везу између њих. Подручје округа у тим земљама обухвата, по правилу, територију више општина. Међутим, окрузи код нас немају такав карактер, већ представљају вид деконцентрације републичке власти (обављање послова ван седишта републичких органа)... Управни округ представља део територије Републике Србије, на коме се обједињава делатност подручних јединица појединих републичких органа државне управе (министарстава и других републичких органа)“.²² „Иако се ови окрузи (њихова седишта, тј. зграде у којима су смештени начелник и његови сарадници) налазе на територији локалних самоуправа и, неретко, у непосредној близини седишта јединица локалне самоуправе, њихови послови које врше и надлежности које су им поверене се разликују. Такође, разликује се, у потпуности, њихова организација, начин финансирања, руковођење, долазак на највише функције и слично“.²³ Месне заједнице, дакле, као што смо и рекли, нису јединице територијалне организације Републике Србије, већ је вид интересног самоорганизовања грађана ради рационалнијег и ефикаснијег остваривања права грађана и задовољавања њихових интереса. Месна заједница је облик самоорганизовања грађана у јединицама локалне самоуправе. У месној заједници се може организовати рад општинске управе, а има изворне и пренете приходе.

Грађанима у јединицама локалне самоуправе остављено је да сами одлучују или преко својих слободно изабраних представника. То могу чинити путем облика директног одлучивања грађана и то: грађанском иницијативом, локалним референдумом, збором грађана и локалним изборима. Када грађани предлажу локалној скупштини доношење неког акта из њене надлежности, ради се о грађанској иницијативи. Процедура ће обавезно бити отпочета када иницијативу поднесе најмање 5% бирача у општини. Збор грађана сазива се за део општине да би се локалном органу (скупштини општине или општинском већу) упутила петиција за решавање неког питања или доношење прописа локалног карактера. Петиција нема облигаторни карактер, што значи да онај орган локалне самоуправе на кога је она адресирана, мора само да одговори подносиоцу. Локалним референдумом се одлучује о питањима од локалног значаја и то је вид стварног одлучивања грађана, који расписује локална скупштина на предлог најмање 10% бирача. „Референдум је (успркос својој организацијско-процедуралној и трошковној захтевности и могућности манипулације) значајан демократски алат у рукама одговорних грађана којим они могу не само изразити свој став о одлукама власти које битно утјечу на њихов свакодневни живот него и присилити политичко водство на доношење одлуке о одређеном питању које је у складу с јавним интересом и референдумским опредељењем грађана“.²⁴

Наводе се предности локалних референдума у односу на државне. Тако, професор Богољуб Милосављевић тврди „Неке од потешкоћа које прате државне референдуме не долазе до изражаја код локалног референдума, па се он утолико прије указује као пожељан

²² Драган Милков, Управно право I - Уводна и организациона питања (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2016), 125.

²³ Дејан Логарушић, Уставно-правна заштита права на локалну самоуправу (докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 2016), 244.

²⁴ Vojko Rešetar, „Lokalni referendum kao institucionalni mehanizam participacije građana u Hrvatskoj“ Hrvatska komparativna javna uprava (2014): 713.

модел учешћа грађана. Локално становништво боље познаје питања о којима треба да донесе одлуку од питања државне политике, по природи ствари више је заинтересирано за излазак на локални него на државни референдум, мање је подложно манипулацији од стране политичких странки. Због свега тога се локални референдуми више практикују и дају боље резултате, а у неким земљама су то и једини допуштени референдуми (нпр. САД и Холандија). Ипак, постоји неколицина европских земаља које не подржавају локалне референдуме (Турска, Азербејџан, Летонија, Литванија, Кипар, Шведска и Норвешка). У Шпанији су локални референдуми могући, али подлежу одобрењу централне власти, док у Пољској постоји надзор централне изборне комисије над локалним референдумом²⁵. У складу са Уставом и законом, јединица локалне самоуправе има право да самостално уређује органе и службе. Држава, у најопштијем смислу те рећи регулише организацију власти на локалном нивоу, а специфичности уређења власти препуштају се јединици локалне самоуправе.

Скупштина општине, односно града је највиши локални орган и једина има ранг уставног органа. Скупштина доноси статут као највиши општи правни акт општине, усваја и друге опште акте, затим усваја буџет и завршни рачун, план развоја и просторни план, расписује општински референдум и обавља друге послове одређене законом и статутом. Скупштина бира локалне извршне органе, а то су председник општине и општинско веће. Потврда да је скупштина највиши локални орган може се наћи и у уставним одредбама о одборницима. Тако се у члану 180 Устава наводи да скупштину јединице локалне самоуправе чине одборници. Поред скупштине, у Уставу су наведени и извршни органи, а други органи су одређени статутом у складу са законом. „Унутар Уставом утврђеног права на локалну самоуправу, спровођењем локалних надлежности треба да се испуне два гранична услова. Један је сврсисходност одлучивања на локалном нивоу. То значи да је најбоље (и најлакше), најекономичније, најпримереније, да о конкретном питању одлучује локална власт или њено становништво на референдуму. Други услов је негативан и њиме се поштује хијерархија различитих нивоа власти – да то питање није у надлежности државе. Ово важи за изворне послове локалне самоуправе. Поверени послови су једностранни пренос послова од стране државе и аутономне покрајине на локалну самоуправу и то појединих питања из њихове надлежности, уз обезбеђење средстава за обављање пренетих послова и право надзора над њиховим извршењем“²⁶. Међу уставним одредбама посвећеним локалној самоуправи, најбројније су оне које се тичу локалних надлежности. Ипак, јединице локалне самоуправе се разликују по овлашћењима. То значи да град, на пример, поред надлежности које има као и општина, може имати законом поверене и друге надлежности. Када је реч о граду Београду, његове надлежности су надоградња права које имају општина и град.

„Општина, преко својих органа, у складу с Уставом и законом: 1. доноси свој статут, буџет и завршни рачун, просторни и урбанистички план и програм развоја општине, као и стратешке планове и програме локалног економског развоја; 2. уређује и обезбеђује обављање и развој комуналних делатности, локални превоз, коришћење грађевинског земљишта и пословног простора; 3. стара се о изградњи, реконструкцији, одржавању и коришћењу локалних путева и улица и других јавних објеката од општинског значаја; 4.

25 Bogoljub Milosavljević, Jačanje građanskog učešća na lokalnom nivou u Republici Srpskoj: analiza pravnog okvira sa preporukama (Bijeljina: Savez opština i gradova, 2010), 26.

26 Орловић, Уставно право, 386.

стара се о задовољавању потреба грађана у области просвете (предшколско васпитање и образовање и основно и средње образовање и васпитање), научноистраживачке и иновационе делатности, културе, здравствене и социјалне заштите, дечије заштите, спорта и физичке културе; 5. обезбеђује остваривање посебних потреба особа са инвалидитетом и заштиту права осетљивих група; 6. стара се о развоју и унапређењу туризма, занатства, угоститељства и трговине; 7. доноси и реализује програме за подстицање локалног економског развоја, предузима активности за одржавање постојећих и привлачење нових инвестиција и унапређује опште услове пословања; 8. стара се о заштити животне средине, заштити од елементарних и других непогода, заштити културних добара од значаја за општину; 9. стара се о заштити, унапређењу и коришћењу пољопривредног земљишта и спроводи политику руралног развоја; 10. стара се о остваривању, заштити и унапређењу људских и мањинских права, родној равноправности, као и о јавном информисању у општини; 11. образује и уређује организацију и рад органа, организација и служби за потребе општине, организује службу правне помоћи грађанима и уређује организацију и рад мировних већа; 12. утврђује симболе општине и њихову употребу; 13. управља општинском имовином и утврђује стопе изворних прихода, као и висину локалних такси; 14. прописује прекршаје за повреде општинских прописа; 15. обавља и друге послове од локалног значаја одређене законом (нпр. у областима одбране, заштите и спасавања, заштите од пожара, омладинске политике, зоохигијене и др.), као и послове од непосредног интереса за грађане, у складу са Уставом, законом и статутом. Јединствени попис послова, који су у складу са овим законом у надлежности општина, обезбеђује министарство надлежно за локалну самоуправу на основу података добијених од општина и органа државне управе“²⁷

Поверени послови су, углавном, послови државне управе, извршавања закона и других правних аката. Тако се општини поверавају послови инспекцијског надзора у области образовања, здравства, заштите животне средине, рударства, промета добара и услуга, пољопривреде, водопривреде и шумарства. Општина има статус правног лица, што значи да остварује сопствене приходе, планира расходе и по тим питањима доноси буџет и завршни рачун. Финансијској самосталности општине инхерентни су стални и стабилни приходи које сама утврђује и њима располаже. Приходи локалне самоуправе се могу поделити на изворне и пренете, односно уступљене. Изворни приходи су они приходи који су остварени на територији општине и улазе у њен буџет. „Промена система финансирања је утицала и на промену структуре прихода општина и градова. Повећавају се изворни приходи, пре свега због препуштања пореза на имовину у статисти локалним самоуправама“²⁸

То су административне, комуналне и боравишне таксе, накнада за коришћење градског грађевинског земљишта, самодопринос. Општина утврђује стопе ових прихода, али и начин и мерила за одређивање висине локалних такси и накнада. Општина има могућност да се задужује код кредитора под тржишним или повољнијим условима, а може и да издаје општинске вредносне папире, обвезнице за финансирање својих расхода. Скупштина општине доноси акт о јавном задуживању. Уступљени приходи су државни порези који су прикупљени на територији општине, а за рачун државе, а које држава, у неком проценту или у целости преноси општини. То су облици пореза на доходак грађана – на зараде, од

²⁷ Закон о локалној самоуправи, члан 20.

²⁸ Milan Kecman, „Koncept finansiranja lokalne samouprave u Republici Srbiji“, Industrija, 3 (2010), 173.

самосталне делатности, ауторских права, порез на имовину, порез на наслеђе и поклон, порез на пренос апсолутних права. Посебан вид је финансирање послова поверених општини, које је у целости покривено пренетим приходима државе или аутономне покрајине.

Устав код контроле и заштите локалне самоуправе говори само о општини, чији су акти под надзором владе. Међутим, контрола се односи и на градове и град Београд. Централна власт, по правилу, за себе задржава контролна овлашћења, па у том контексту ни локални послови који се сматрају искључиво изворним, не представљају област потпуне слободе локалне самоуправе, јер се и над њима спроводи контрола законитости. Влада може општи акт општине, а то је статут или одлука који је по њеној одлуци неуставан или незаконит, обуставити од извршења. Да би обустава правно опстала до доношења мериторне одлуке, услов је да влада у року од 5 дана покрене поступак за оцену уставности и законитости тог акта. Уставни суд одлучује о уставности и законитости обустављеног општинског акта. Влада или други државни орган могу да покрену поступак оцене уставности и законитости било којег локалног прописа, што је такође, облик контроле. Влада може да распусти скупштину општине ако су испуњени услови дати законом. „Ово значи да је Влада хијерархијски изнад другог уставног органа – скупштине општине, иако се ради о органима „двају“ власти – централном и локалном. Истовремено са распуштањем, Влада ће именовати привремени орган који у прелазном периоду, до избора нове, ради уместо распуштене скупштине општине. Његов састав се попуњава тако да се `води рачуна о политичком и националном саставу распуштене скупштине општине` (чл. 192). То значи да су његови чланови представници дотадашње власти и опозиције. Уједно, при саставу привременог органа води се рачуна и о правима националних мањина“²⁹

„У правној теорији и пракси познати су различити системи и начини заштите локалне самоуправе, како од прекорачења овлашћења локалних органа, тако и од прекорачења овлашћења државних органа. У основи, она су претходног или накнадног карактера. Претходни облик заштите локалне самоуправе, најчешће се остварује прописивањем права локалне јединице, гарантовањем њених послова изворног карактера, релативне финансијске аутономије, самосталности избора органа и структурисању њене организације, заштите од државног надзора ван законом предвиђеног итд. Накнадни облици су, најчешће, усмерени на судску, односно уставно-судску заштиту локалне самоуправе од доношења неуставних, односно незаконитих, појединачних или општих аката или предузимања радњи државних органа којима се нарушава аутономност локалне самоуправе. То су правна или ванправна средства, које упућују органи локалне самоуправе представничким или судским органима (жалбе, тужбе, петиције и сл.)“³⁰

Устав код права локалне самоуправе на заштиту наводи само општину, али се она тиче и градова и града Београда. Заштита је усмерена, како на појединачне, тако и на опште акте, којима се повређује општинска надлежност, односно право на локалну самоуправу. Општина се може обратити Уставном суду зарад заштите својих права. Конкретна заштита постоји у оном случају, када општина преко по статуту надлежног органа скупштине општине или

29 Слободан Орловић, „Уставноправни положај локалне самоуправе у Србији“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4 (2015), 1665.

30 М. Влатковић, Правна заштита локалне самоуправе, (магистарски рад одбрањен на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 2001), 52.

општинског већа поднесе жалбу Уставном суду у случају да се појединачним актом и радњом државног органа или органа јединице локалне самоуправе онемогућава вршење општинске надлежности. Општи вид заштите се огледа у праву да орган општине – дакле скупштина или веће покрене поступак за оцену уставности и законитости републичког или покрајинског прописа којим се повређује право на локалну самоуправу.

4. О ЛОКАЛНОМ ИЗБОРНОМ СИСТЕМУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Како на државном нивоу одлучивања грађана на изборима, тако и на нивоу локалне самоуправе, могући су различити основни видови изборних система и то: већински, систем сразмерног представништва – пропорционални систем и мешовити систем, као и њихове варијанте. У науци уставног права, изборног права и теорији изборних система, водиле су се и воде се расправе о предностима и манама типова изборних система. Већински систем има своја два главна подсистема, а то су систем апсолутне већине и систем релативне већине. „Систему апсолутне већине (ако се не гласа преференцијално) се може замерити да зама-ра бираче потребом да се излази на гласање у два или више маха. Један број бирача и није заинтересован за други изборни круг, јер је њихов кандидат испао из изборне трке у првом кругу. Оба разлога смањују излазност, а тиме и легитимитет изабраног кандидата. Двокружни изборни систем доводи до непринципијелних коалиција између два изборна круга, које саблажњавају бираче (С. Јовановић), гласа се за кандидата по страначком задатку, иако он није стварни избор тог бирача. Отуда се може десити да буде изабран кандидат и гласовима оних који су били против њега у првом кругу“... Када је реч о систему релативне већине, професор Слободан Орловић указује да “овај изборни систем постепено доводи до двостраначког политичког система, у коме се две велике политичке странке периодично смењују на власти. Такође, систем релативне већине временом одстрањује или маргинализује политичке странке екстремне идеологије (јер не могу да освоје мандат), што стабилизује политички систем, као и чињеница да се формира, по правилу, једностраначка, стабилна влада. Ово је могуће, јер победничка политичка странка осваја већину од укупног броја посланичких мандата. Основни недостатак система релативне већине је нетачан однос између броја добијених гласова и мандата. Победничка политичка странка је надпредстављена – освојила је несразмерно већи број мандата у односу на добијене гласове, а остале политичке странке освајају мање мандата него што би им сразмерно добијеним гласовима требало припасти. Мање политичке странке и мањинске групе тешко освајају мандат, што значи да парламент не одражава политичку слику читавог друштва.”³¹

Једнокружни већински изборни систем може да уведе велику неправичност уопште, а посебно ако се примењује на локалном нивоу. Тако, примера ради, странка или групација грађана која је освојила, на пример, 15% гласова од укупног броја изашлих бирача, а нема коалициони капацитет, може да остане у најекстремнијем случају без иједног мандата у

³¹ Слободан Орловић, Уставно право (Нови Сад: Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 2018), 157-158.

локалном представничком телу. Поводом предности, односно недостатака сразмерних избора, примећује се да они „обезбеђују већу сразмерност, односно правичност у расподели мандата а то је њихова главна мана. Такозвана праведност у расподели мандата омогућава постојање малих странака, односно превеликог броја парламентарних субјеката. Услед тога настају велики проблеми у формирању парламентарне већине, а и онда када се она формира долази до њеног лаког распада. Недостатак сразмерних избора, нарочито оних у великим изборним јединицама је и доминација странака при састављању изборних листи. У овом систему расподеле мандата странке су много значајније од кандидата, а независни кандидати, односно кандидати групе грађана, немају готово никакве шансе. У сразмерном изборном систему, уствари се гласа за странке, а не за изборне кандидате. Монопол странака у овом систему је тако јак, да се избори ближе посредним изборима, ... Сразмерним изборним системом се, по правилу, установљава чист вишестраначки систем. Он олакшава опстанак не само малих, већ и екстремних странака. Овај систем не тера странке на победу, нити стимулише умереност. Ко тежи победи мора да задовољи велики број гласача, што значи да мора да буде умерен. Пропорционални систем омогућава да се странка задовољи мањим бројем гласова, што не значи да не мора бити умерена, јер и без тога може остварити значајан резултат. Сразмерни изборни систем омогућава ширење политичког спектра и појаву већег броја парламентарних субјеката, дозвољавајући учешће у парламенту, чак и екстремним странкама. Овај изборни систем је, по мишљењу већег броја теоретичара, у основи неспојив са парламентаризмом, који не може функционисати без јасне, стабилне и убедљиве парламентарне већине. У другим системима поделе власти, сразмерни изборни систем даје мање погубне резултате, пошто у њима егзекутива не зависи у тој мери од подршке легислативе“.³²

За мешовите или комбиноване изборне системе примећује се да они „не представљају просту мешавину већинских и пропорционалних изборних института. Они имају властите карактеристике које их чине посебним типом изборног система. Два су таква структурна обележја: - постојање два различита нивоа расподеле мандата - номиналног и листовног - на којима бирачи истовремено гласају и на којима се расподељују мандати; - постојање института гласања са два гласа: номиналног којим се гласа за кандидата и листовног којим се гласа изборну листу. Две наведене карактеристике мешовитих изборних система - два структурно различита нивоа расподеле мандата и два структурно различита гласа - творе квалитативно другачију, дуалну структуру која представља институционални оквир унутар кога су актери мотивисани да развијају сложене и комплексне стратегије деловања, неуобичајене за традиционалне изборне моделе.“³³ Можемо констатовати да у већинским системима до изражаја више долази сама личност и компетенције кандидата за одборнике који су, по правилу, из локалне средине, а програм политичке странке више је у другом плану, што не значи да је потпуно занемарљив. Када је реч о правичности, она је на страни пропорционалног изборног система, који даје реалну слику односа политичких снага, како на централном нивоу, тако и на локалном нивоу организовања власти.

³² Мирослав Живковић, Дарко Симовић, Уставно право (Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 2009), 122.

³³ Душан Вучићевић, Политичке последице мешовитих изборних система, (докторска дисертација, одбрање-на на Факултету политичких наука Универзитета у Београду, 2017), 342.

У Србији законодавство на локалном нивоу, а поводом избора одборника и расподеле мандата, кретало се путањом од система апсолутне већине, преко система релативне већине, до система сразмерног представништва. Тако је 1991. године уведен систем апсолутне већине у два круга, док је 1999. године, уведен већински једнокружни систем. „Закон о локалној самоуправи из 1999. представљао је ‘lex specialis у односу на Закон о избору народних посланика који предвиђа пропорционални систем’.³⁴ Наиме чланом 146 Закона о локалној самоуправи³⁵ било је прописано да је за одборника у изборној јединици изабран онај кандидат који је добио највећи број гласова.“ После петооктобарских промене из 2000. године, две године касније уведен је систем изборних листа, односно пропорционални систем на локалном нивоу, а и садашњим Законом о локалним изборима³⁶, остао је важећи пропорционални изборни систем. „Глас се за изборну листу кандидата за одборнике. Одборници се бирају у јединици локалне самоуправе као једној изборној јединици. Одборнички мандати расподељују се изборним листама сразмерно броју добијених гласова, а број мандата који припада изборним листама утврђује се применом система највећег количника. Одборнички мандати које је освојила изборна листа додељују се кандидатима за одборнике према њиховом редоследу на изборној листи.“³⁷ „У расподели мандата могу учествовати само изборне листе које су добиле најмање 3% гласова од броја бирача који су гласали. Ако ниједна изборна листа није добила 3% гласова од броја бирача који су гласали, онда све изборне листе које су добиле гласове могу учествовати у расподели мандата.“³⁸ „Мандати се расподељују тако што се укупан број гласова који је добила изборна листа која учествује у расподели мандата подели сваким бројем од један до броја одборника који има скупштина. Добијени количници разврставају се по величини тако да изборној листи припада онолико мандата колико има својих количника међу највећим количницима свих изборних листа које учествују у расподели. Број највећих количника је број одборника који има скупштина. Ако две или више изборних листа добију количнике исте вредности на основу којих се расподељује мандат, предност има изборна листа која је добила већи број гласова. Ако одређеној изборној листи припада више мандата него што има кандидата за одборнике, мандат који се не додели тој изборној листи додељује се изборној листи којој припада следећи највећи количник за који није додељен мандат. Изборној листи која је прешла изборни цензус, а по систему највећег количника јој не припадне мандат додељује се један мандат на рачун изборне листе којој припада последњи количник на основу којег се добија мандат, а која није изборна листа националне мањине и која је добила више од једног мандата.“³⁹

34 С. Лилић, „Локална самоуправа и Закон о локалној самоуправи,“ Локална самоуправа – часопис за теорију и праксу локалне самоуправе, 6 (2000), 19.

35 Закон о локалној самоуправи, „Службени гласник РС“, бр. 49/99.

36 „Службени гласник РС“, бр. 14/2022.

37 Закон о локалним изборима, члан 5 ставови 2-5.

38 Закон о локалним изборима, члан 61.

39 Закон о локалним изборима, члан 62.

5. ПОЈЕДИНИ ПРЕДЛОЗИ ЗА РЕФОРМУ – ПРОМЕНУ ИЗБОРНОГ СИСТЕМА У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Реформа коју у овом раду предлажемо, могла би се кретати у правцу укидања тренутно важећег пропорционалног система на локалном нивоу. Ипак, не доводимо у питање да је овај тип изборног система правичнији, имајући у виду да бирачи на главном локалном изјашњавању гласају за странке, односно коалиције, па се у томе изражава правичност овог система из угла потребе странака да буду представљене у локалним парламентима, посебно оних које су мање. Мана пропорционалног система је појава локалних парламената са изразито великим бројем политичких странака, локалних политичких покрета, група грађана и коалиција. Као лоше решење код пропорционалног система, појављује се отежана могућност формирања стабилне локалне егzekутиве и већине,⁴⁰ односно високо плуралитетна скупштинска већина, а слична ситуација, наспрам скупштинске већине, могла би бити и у опозиционом табору. Треба имати у виду да код пропорционалног система и мале странке, односно групе грађана, су на локалном нивоу представљене. То значи да у пропорционалном систему значајан број учесника изборног процеса на локалном нивоу, улази у скупштину општине, па грађани који су гласали за бројчано слабе политичке групације, бивају представљени, а ефекат преливања првопласираним странкама је поприлично занемарљив. У варијанти пропорционалног система, где је низак цензус (по садашњем решењу је 3%), могло би да дође до појачане одговорности одборника, јер би на следећим изборима грађани вероватно поверили мандат, ако остану верни свом изворном програму презентованом током изборне кампање, а у оној мери колико је то могуће и његовим спровођењем током мандатног периода локалне скупштине.

Реформа изборног система у локалној самоуправи могла би се кретати у правцу враћања на двокружни или једнокружни већински систем по законодавству од 1991. и 1999. године. Има места и за афирмативне аргументе за увођење једног вида мешовитог система, тако што би се један део одборника бирао на основу већинске варијанте, а други по пропорционалном моделу. То што се залажемо за увођење другачијег типа изборног система, уместо садашњег пропорционалног који је у употреби на локалном нивоу, настало је као последица незадовољавајуће праксе на политичким сценама наших локалних самоуправа. Реч је о једном чудном мозаику са две слике. На првој слици видимо зависност одборника од политичких странака, поготову ако су они представници владајуће политичке номенклатуре на републичком нивоу, а на другој слици видимо промену страначког колорита и то претежно одборника опозиционих политичких групација и група грађана, тако што се формирају нове странке или коалиције, које нису учествовале на изборима, па долази до појаве

40 Тако, на изборима за Скупштину града Београда, одржаним 17. децембра 2023. године, изборна листа Александар Вучић – Београд не сме да стане је добила 49 од укупно 110 мандата, изборна листа Ивица Дачић – премијер Србије, Тома Фила – градоначелник Београда 5 мандата, Србија против насиља 43 мандата, др Милош Јовановић – Нада за Београд 7 мандата, Ми – глас из народа – Александар Јерковић 6 мандата. Наиме, странке владајуће коалиције са републичког нивоа, освојиле су 54 мандата, што је недовољно за минималну већину, која износи 56 мандата. Чак и да је формирана скупштинска већина од датог броја мандата, она би била, како се каже „танка“. Имајући све у виду, односно немогућност да се код овакве расподеле мандата постигне стабилна скупштинска већина у Београду, партије владајуће коалиције са републичког нивоа, одлучиле су да се иде на поновне изборе у главном граду.

делегитимизације. Да је легитимитет доведен под знак питања, још више долази до изражаја код преласка одборника из једне парламентарне странке или коалиције на локалном нивоу у други политички табор, чак и онај табор који је одборнику, који у њега прелази, био изразито противнички. У скупштинама јединица локалне самоуправе, пропорционални систем често доводи до тога да је од огледало владајуће коалиције која формира извршну власт у републици. Аргумент за овакав политички процес налази се у потреби елита да имају исте политичке боје, које их подржавају од локалног до централног нивоа власти. За овакву појаву могу се упутити и критике и похвале. Критике се односе на утицај извршне власти републичког нивоа на егzekутиву на локалном нивоу, а томе је заслужна јака страначка дисциплина. Похвала би се кретала у следећем правцу – локалне егzekутиве из више разлога немају довољно финансијских средстава за успешно управљање заједницом за коју су одговорне. У том смислу, потребна је финансијска дотација локалној егzekутиви у решавању материјално-финансијских проблема од стране централне егzekутиве. Оне се лакше добијају, ако су власти на локалном нивоу пресликане оној на централном. То, додуше, не значи да нема и позитивних примера или да их није било у финансијској дотацији, опозиционим локалним самоуправама, од стране финансијски надлежних органа централне извршне власти.

Ако би се покушало са увођењем чистог већинског система, неvezано да ли је реч о варијанти једнокружног или двокружног, односно апсолутне или релативне већине, наишло би се на брану у виду уставне одредбе о пропорционалној заступљености националних мањина у јединицама које имају мешовити национални састав.⁴¹ Као компромисни модел који може бити понуђен, било би увођење већинско-пропорционалног система, који би довео до помирења два захтева – првог, а то је избор представника националних мањина и другог у виду избора респектабилних личности. Дакле, у пропорционалном делу овог мешовитог система и представници националних мањина би имали своје одборничке мандате у скупштинама јединица локалне самоуправе. Међутим, мешовити изборни систем није добар само због испуњења два поменута захтева и њега би ваљало увести у свим јединицама локалне самоуправе, а не само оним које имају мешовити национални састав. У том изборном систему представљене су и политичке партије, с обзиром да се гласа и за партијску листу, али и појединци, јер се гласа и за кандидате.

Садашње стање, а поводом избора за скупштине јединица локалне самоуправе, као да је довело до тога да су ово пре избори за скупштине јединица локалне управе. Наиме, мала пролазност на изборима довела је до тога да независни одборници, који су угледни чланови локалне заједнице, теже освајају одборничке мандате. Ипак, у појединим локалним самоуправама у Србији, на изборима групе грађана освајале су и освајају респектабилан број одборничких мандата.⁴²

41 „У аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе у којима живи становништво мешовитог националног састава, омогућује се сразмерна заступљеност националних мањина у скупштинама, у складу са законом.“ Устав Републике Србије, члан 180 став 4.

42 Тако, на пример, на изборима за Скупштину града Крагујевца одржаним 2023. године, Група грађана под називом „Слађан Ракић – Крагујевачка иницијатива – Покрет волим село своје – Еко парк“, освојила је 11,9% гласова, пласиравши се као трећа по снази групација у локалном парламенту. Овај резултат демантује тврдњу да у пропорционалном систему на локалном нивоу нема места за независне кандидате.

6. О ИЗБОРУ ПРЕДСЕДНИКА ОПШТИНА И ГРАДОНАЧЕЛНИКА

У политичком животу, у модерној држави, егзекутива је преузела доминацију, а због неопходности брзог и ефикасног доношења одлука и њиховог спровођења у живот. То се често чини и на уштрб демократског духа у једном друштву. У локалној самоуправи, пак, долази до антагонистичке супротстављености два суштинска начела – начела демократије и начела ефикасности и економичности. Добро управљање у локалној самоуправи своди се на приближавање ових начела, а не њихову супротстављеност. Тако, начело ефикасности и економичности приликом доношења одлука и њихова примењивост, изведено је у неким упоредно-уставним системима до крајњих граница. У Сједињеним Америчким Државама за то је пример менаџерски модел локалне самоуправе. Тако, професионални менаџери, који су изабрани на конкурс, управљају локалним самоуправама које су усвојиле овај модел. Менаџерски модел показао је и добре стране у пракси и о томе се говори у теорији.⁴³ Ипак, не треба сметнути са ума да је главна сврха локалне самоуправе управљање локалним пословима. То право грађана не потиरे могућност да на локалном нивоу егзистира снажна егзекутива, посебно у случају када је изабрана од стране бирача непосредним путем. У Европи на значају добија све више идеја да се локални политички лидери бирају директним народним гласањем. „Уосталом и Конгрес локалних и регионалних власти Већа Европе је у својој Препоруци 151 (2004) истакао четири предности непосредно бираног градоначелника: већа легитимност, већа идентификација, већа одговорност, боље управљање и већа стабилност.“⁴⁴

У многим европским државама у спроведене су значајне реформе институционалног оквира њихових јединица локалне самоуправе. „Најважнија међу њима, према нашем мишљењу, увођење је непосредног избора градоначелника. То се признаје и у Резолуцији 139 Конгреса локалних и регионалних власти Еуропе, која наводи да је `непосредни избор градоначелника од стране народа процедура која се све више користи у државама чланицама Вијећа Еуропе при избору шефа извршне власти`. У другом извјешћу констатира се да `узимајући у обзир све чимбенике, чини се како постоји једна одлучна и доиста растућа склоност непосреднијем избору` локалне извршне власти у државама чланицама Вијећа Еуропе.`“⁴⁵ Ипак, непосредан избор градоначелника има своје добре и лоше особине.

43 Професор Предраг Димитријевић указује да су главне предности модела локалног менаџера: „ефикасност, професионалност и демократичност (САД, Канада, Аустралија, а све више у Европи). У овом моделу постоји јасна подела функција и јасно раздвајање политике од администрације и локалне политичке елите од професионалних управљача. Ово раздвајање је у контексту, не само повлачења границе између политичке и административне одговорности, већ и јаснијег разграничења политичких административних функција, политичких и административних тела итд. ... У том смислу може се поставити питање да је менаџер политички орган или административни службеник? Сигурно да у раду менаџера постоји и политички аспект рада са наглашеним менаџерским надлежностима високог административног службеника који управља `својим` административним тимом. Политика има утицај на избор и вршење функције овог административног органа који је по својој природи административно-политички орган. Административни по професионализму у обављању послова, а политички по избору и трајању функције.“ Предраг Димитријевић, Менаџмент јавне управе (ауторизована скрипта), 2015, 85.

44 Ј. Миловановић, „Поједини разлози за увођење модела непосредно бираног градоначелника у граду Београду“, Администрација и јавне политике, 3 (2015), 34.

45 Robert Podolnjak, Đorđe Gardašević, „Neposredno izabrani gradonačelnik i problem kohabitacije - Slučaj hrvatskog glavnog grada Zagreba“, REVUS, 20 (2013), 61.

Устав Републике Србије препустио је законодавцу да одреди који су извршни органи локалне самоуправе. „У Уставу је изричито предвиђено једино да општина има скупштину општине, док је у погледу осталих органа регулисано да их општина одређује својим статутом у складу са законом. Међутим, у Закону о локалној самоуправи су предвиђени сви органи општине Органи општине су скупштина општине, председник општине, општинско веће и општинска управа ... Извршну власт у општини врше председник општине и општинско веће. За разлику од претходног периода, када је председник општине биран на непосредним изборима, према Закону из 2007. године председника општине бира скупштина општине, из реда одборника, на време од 4 године, тајним гласањем већином гласова од укупног броја одборника скупштине општине. Кандидата за председника општине предлаже председник скупштине општине.“⁴⁶ Заменик председника општине је функција коју предвиђа Закон о локалној самоуправи, а своди се на то да у случају када је председник одсутан или спречен да обавља своју дужност, овог замењује. Избор заменика нормиран је истоветно, као и избор председника општине, с тим што се разликује у погледу предлога за кандидатуру. Док кандидата за председника општине, као што је наведено, предлаже председник скупштине општине, кандидата за заменика председника општине овлашћен је да предложи кандидат за председника општине. У скупштини општине, а након избора председника општине и његовог заменика, за оба ова функционера престаје мандат одборника и они се у току трајања свог мандата налазе на сталном раду у општини. Овлашћења председника општине лоцирана су у члану 44 Закона о локалној самоуправи. Тако, председник општине је овлашћен да „1) представља и заступа општину; 2) предлаже начин решавања питања о којима одлучује скупштина; 3) наредбодавац је за извршење буџета; 4) усмерава и усклађује рад општинске управе; 5) доноси појединачне акте за које је овлашћен законом, статутом или одлуком скупштине и 6) врши и друге послове утврђене статутом и другим актима општине.“ Чланови општинског већа по положају су председник општине и његов заменик, а председник општине је, по функцији, и председник општинског већа, чији се чланови бирају на истој седници на којој се врши избор председника општине и његовог заменика. Председник општине, односно градоначелник, истовремено је инокосни орган извршне власти, а по положају је на челу колегијалног извршног органа – општинског, односно градског већа. То значи да је у председнику општине, односно градоначелнику, дошло до стапања две функције – сталног извршног органа, који има посебна овлашћења и председника општинског, односно градског (извршног) већа, који такође има аутономне извршне прерогативе.

У систему локалне самоуправе, а на основу Закона о локалној самоуправи, председник општине, односно градоначелник, осигурао је значајан, истакнут положај. Поставља се питање да ли то значи да је уставна норма, која предвиђа скупштински систем власти у јединицама локалне самоуправе занемарена, те да је уведен систем поделе власти. Поводом тога, изнет је став у теорији: „Законом о локалној самоуправи из 2002. године уводи се ограничено начело поделе власти у организацију локалне власти. Ово начело се, пре свега, испољава непосредним избором председника општине и градоначелника од стране грађана (при чему, не може да се бира, из реда одборника), поделом надлежности између скупштине општине и председника општине, односно градоначелника, као носиоца извршне функције и др. Начело поделе власти се образлаже (а посебно се образлагало у расправи у Народној

46 Милков, Управно право I - Уводна и организациона питања, 150-151.

скупштини) потребом да се уведе један чист, једноставан модел, са мањим бројем субјеката и њиховим јасним правима и обавезама, како би се остварио доследан систем поделе власти и лоцирања одговорности. Међутим, Закон о локалној самоуправи из 2007. године, полазећи од чл. 191 Устава, враћа се на одређено, циљано начело јединства власти, јер је скупштина јединице локалне самоуправе највиши орган локалне власти (чл. 180 ст. 1 Устава) и одлучује о избору извршних органа и они су јој, према Закону, одговорни за свој рад. Према томе, овим је Законом успостављен, наново, специфичан скупштински систем локалне власти, као резултат, како се образлагало у предлогу Закона, чињенице да је у режиму Закона из 2002. године, долазило често до сукоба и разилажења скупштине и извршних органа, првенствено председника општине, поготову ако је председник општине долазио из различите политичке опције, него што је била скупштинска већина, што је доводило до застоја, па и блокаде рада органа јединице локалне самоуправе, а у крајњем се завршавало распуштањем скупштине и образовањем од стране Владе привременог органа за обављање послова из њене надлежности.⁴⁷

Питање доласка на функцију инокосног органа локалне егzekутиве добија на значају, због тога што има широка и разнолика овлашћења. Наиме, чл. 193 ст. 4 Устава Републике Србије, регулисано је да „скупштина општине одлучује о избору извршних органа у општини у складу са законом и статутом“. Међутим, већ у наредном ставу истог члана прописано је да се избор извршних органа града и града Београда уређује законом. Дакле, могуће је различито тумачење израза „одлучује о избору“. Тако је професор Ратко Марковић у вези са овим питањем приметио: „Он може значити да скупштина општине бира извршне органе у општини, али и да скупштина општине у свом статуту по основу свог права на самоорганизовање, утврђује да ли ће председника општине бирати грађани у општини непосредно или одборници у скупштини општине“.⁴⁸ Сматрамо да је опредељење законодавца било више у складу са уставном нормом, којом је прописано да је скупштина општине највиши орган јединице локалне самоуправе, а имајући у виду да се на нивоу локалне самоуправе предвиђа једна врста скупштинског система. „У односу на законску регулативу, промењен однос између представничког органа, скупштине општине, и извршних органа у општини, који се сада заснива на скупштинском систему власти ... који се заснива на јединству (не на подели) власти у корист скупштине, који је постојао у време постојања социјалистичке Југославије (1946–1992). У том систему власти све органе бира и разрешава Скупштина што, кад је реч о општини, и пише у Уставу у чл. 191. ст. 4.“⁴⁹

Непосредни избор локалних извршних органа, довео би до стављања знака једнакости са легитимитетом који има локално представништво. Веома је замисливо да би искрсли проблеми на релацији председник општине, односно градоначелник и скупштинска већина, када они потичу из различитих политичких групација.⁵⁰ Директан избор председника

47 Милан Влатковић, *Право локалне самоуправе* (Бања Лука: Бесједа, ВЛС, 2008), 272–273.

48 Ратко Марковић, *Уставно право – Приручник за полагање правосудног испита* (Београд: ЈП „Службени гласник“, 2009), 227.

49 Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2 (2006): 36.

50 О проблему кохабитације на српском примеру у јединицама локалне самоуправе пише Богољуб Мило-сављевић: „На почетку 2002. донет је Закон о локалној самоуправи, којим је она добила прикладнији правни оквир. Изворне и поверене надлежности су обogaћене новим пословима, утврђен је нови систем финансирања,

општине би конституционо моделиран скупштински систем устројства локалне самоуправе усмерио ка мешовитом, а није немогуће замислити у пракси систем власти који је сличан председничком. Своје добре стране, непосредан избор градоначелника свакако има и на то се указује у теорији. Ако се у обзир узме позитивна теоријска аргументација у прилог непосредног избора градоначелника и одредба Устава да се уређење извршних органа града и града Београда препушта законској материји, постоји солуција „раздвајања“ начина избора градоначелника градова и председника других општина. Такав приступ нормативног регулисања, на основу којег би се градоначелници бирали директно од стране грађана, а председници општина посредно од стране скупштина, може позитивно утицати на развој локалне самоуправе. Дакле, у вези са проблемом раздвајања избора градоначелника који би се бирали непосредно, а председници општина, као и до сада – посредно, постављено је питање у уставно-правној теорији, „какав је то систем локалне самоуправе, у којој се извршни органи општине бирају на један, а извршни органи града и града Београда на други начин.“⁵¹

Има аргумената да се уведе снажна извршна функција у градовима у односу на ситуацију, када су у питању мале општине. Примери јединица локалне самоуправе, где је могућност утицаја грађана на управљање и извршавање послова од локалног значаја сужена у односу на мање општине су град Београд и градови. Повећање извршних овлашћења градоначелника је у вези са њиховим избором. По правилу, када се имају већа овлашћења у било ком послу, то би требало да кореспондира са већим процентом ефикасности његовог извршавања. Са директним избором градоначелника треба да се налази у вези и институт његовог опозива који се налази у рукама бирача. Тиме се ствара институционално средство појачане контроле непосредно изабраних првих људи градова од стране грађана и већи обим одговорности пред истима. „То би био још један корак напред у правцу ублажавања монотипности локалне самоуправе у Србији – велике јединице би имале снажнију егзекутиву, способну да ефикасно и правовремено задовољи потребе великог броја становника, док би мале јединице задржале 'мекшу' егзекутиву, а главну реч у њима би и даље водило локално представништво, што је примереније јединицама локалне самоуправе са малобројним становништвом.“⁵² Међутим, искрсава питање да ли би установљивање непосредног избора градоначелника било у складу са уставном нормом која инаугурише скупштину као највиши представнички

успостављена су јаснија правила за односе локалне самоуправе са централним органима и иновирана је структура локалних органа. Поред непосредно биране одборничке скупштине, уведен је први пут непосредан избор градоначелника, односно председника општине, а поред та два органа предвиђени су општинско/градско веће и локална управа, као и локални заштитник грађана и још неки други факултативни органи. Србија и Црна Гора су 3. априла 2003. примљене у Савет Европе (СЕ), што је омогућило учешће представника локалне самоуправе у институцијама те организације. Септембра 2004. одржани су локални избори на којима су изабрани одборници локалних скупштина и председници општина односно градоначелници. Убрзо по спроведеним локалним изборима показало се да у функционисању локалних органа постоје озбиљни проблеми. У више од једне трећине општина и градова настала је политичка блокада у раду органа, због тога што су председници општина (градоначелници) припадали једним, а одборничка већина у скупштини другим политичким странкама. Идеја о непосредном избору председника општине (градоначелника) стога је напуштена већ 2006. То је учињено у новом Уставу Републике Србије (Устав).“ Bogoljub Milosavljević, „Reforma lokalne samouprave u Srbiji“, *Hrvatska komparativna javna uprava*, 3 (2012), 750-751.

51 Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2 (2006): 36.

52 Марко Станковић, *Локална самоуправа у Србији – Право локалне самоуправе* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2018), 188.

орган јединица локалне самоуправе. На основу Устава од 1990. године, Народна скупштина је била овлашћена да квалификованом већином смени непосредно изабраног председника Републике, уколико установи да је дошло до кршења Устава од стране шефа државе. Да ли ово право треба поверити локалној скупштини, ако иста дође до закључка да је непосредно изабрани градоначелник повредио статут јединице локалне самоуправе као њен највиши правни акт? Коначно, да ли би установљавањем таквог права у систему власти у локалној самоуправи, на хијерархијској лествици био задржан положај локалне скупштине као највишег органа власти? Одговор је одричан, јер долази до кршења супстанце скупштинског система, коме је инхерентно да скупштина бира и опозива егзекутиву. Поводом установљавања права локалне скупштине да непосредно изабраног градоначелника смени, ту би била у најави повреда начела народне суверености, с обзиром да би градоначелника, који је директно изабран, смењивала скупштина, која је такође непосредно изабрана и има исти демократски капацитет. Сматрамо да док постоји уставна одредба по којој је скупштина највиши представнички орган у локалној самоуправи, тешко је установити нормативну конструкцију снажног и директно изабраног градоначелника, без обзира на снажну аргументацију у прилог овом решењу. Законско установљавање непосредно изабраног градоначелника са становишта уставности и законитости је неодрживо, иако је доста јасно шта је уставотворац хтео када је регулисао да се избор извршних органа градова и града Београда нормира законом, а то је шири аутономија у уређењу те материје, него када су у питању општине.

7. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

На српском правном поднебљу локална самоуправа имала је положај обичајног права да би, коначно, дошла до конституционализованог статуса. Особине положаја локалне самоуправе у Србији су право на самоорганизовање и, истовремено, коришћење изворних надлежности. Локалну самоуправу у Србији карактерише близина власти грађанима и њихова могућност да непосредно одлучују о најважнијим питањима од локалног значаја. Колико-толико локална самоуправа у Србији, али и у многим другим државама, остала је извориште директне демократије. Међутим, јачањем савремене државе дошло је до нарушавања одређених институција унутар локалне самоуправе, па и самог непосредног одлучивања грађана. Наиме, то непосредно одлучивање своди се, уствари, на чин гласања периодично за локалне представничке органе, а у неким државама и инокосне егзекутивне органе. Ако нема изворних надлежности, нема ни локалне самоуправе, а ту се ради о пословима које је држава највишим општим правним актом доделила локалној самоуправи. Изворне надлежности које су локалној самоуправи у Србији додељене, она врши у складу са законом. И у томе се огледа делимично сужавање карактера оригинарности тих послова. Право на самоорганизовање је иницијално изворна надлежност локалне самоуправе, а такође се огледа у законском нормирању и ограничењу. Праву на самоорганизовање је тиме нарушена правна природа, јер се приближава пренетим, а удаљава од изворних надлежности. На основу Устава, скупштина општине је орган који је иницијално део права локалне самоуправе на самоорганизовање. Остали органи предмет су законског уређења. Поводом поделе на изворне и пренете послове у вези је и квалитет надзора који има централна власт. Уставни суд даје

коначну реч поводом уставности и законитости изворних послова. Без права на заштиту нема аутономног положаја локалне самоуправе. Иначе, заштита је усмерена, како на појединачне, тако и на опште правне акте којима се може нарушити право на локалну самоуправу. И у овом случају, заштита је поверена аполитичком органу – Уставном суду.

У раду смо тежиште разматрања усмерили на постављање питања који би тип изборног система био бољи за изборе у јединицама локалне самоуправе у Србији. И стручна, и лаичка јавност, заинтересована је за одређене типове изборних система, односно ту проблематику, због значајног утицаја коју одређени модел изборног система има на деловање партија и њихове шансе да освоје власт, односно да у њој делимично учествују или бар, да буду репрезентоване у представничким органима. Изборни системи се обликују због предности које оне могу дати партијском естаблишменту. Међутим, предност коју изборни систем даје једној партији или коалицији партија не мора, уједно, да буде и предност за друштво. Тако, изборни систем може довести до надпредстављености једне партије или коалиције, а умањења значаја других партијских структура. Тако се ствара погодно тле за неодговорну владавину, а у нашем случају трансформације локалне демократије у локалну аутократију. Неправичан изборни систем има негативне последице на друге елементе политичког система. Зато искрсавају питања који је изборни систем најбољи. И у овом раду је о томе прозборено. Тако се истиче: „Спор око изборног система је у суштини расправа о жељеној природи владе и принципима који подржавају `доброу` владу. На пример, да ли је представничка влада важнија од делотворне владе? Да ли је нагињање компромису и сагласности боље од давања предности уверењима и принципјелности? То су нормативна питања на која се не могу дати објективни одговори. Штавише, у светлу сложене улоге коју имају, избори могу бити оцењени према различитом распону критеријума, који су, неретко у међусобној супротности. Изборни системи стога завређују само ограничену подршку, која осликава предности над манама и њихових јаких страна у односу на друге системе.“⁵³

У Србији су деведесетих година XX века на локалним изборима примењивана два типа већинског изборног система. Њихова слаба страна огледа се у оцени функције представљања. У већој мери, а реч је о већинском једнокружном систему или мањој, али незанемарљивој мери, а реч је о двокружном већинском систему, примена ових изборних система занемарује жеље бирача, због чињенице да представљање странака, односно коалиција, није адекватна њиховој изборној јачини. То посебно долази до изражаја, када су у питању мање странке и коалиције. Тако, на пример, на општинским и градским изборима 2000. године, када је у примени био систем релативне већине у једном кругу („победник узима све“), коалиција – Демократска опозиција Србије је у неким општинама и градовима имала преко 90% одборничких места, иако то није одговарало проценту њене подршке у бирачком телу.⁵⁴ Дакле, већински једнокружни изборни систем итекако не одражава расподелу преференција гласача. У евентуалној промени изборног система у Србији у јединицама локалне самоуправе, ако би се увео двокружни већински систем, у таквом систему избори би успели само ако је на

⁵³ Endru Hejvud, *Politika* (Beograd: Clio, 2004), 440-441.

⁵⁴ Тако је, на пример, ДОС у Скупштини града Београда 2000. године, од 110 одборника добио 105 (95,45% мандата на освојених 52,78% популарних гласова), а СПС-ЈУЛ 4 мандата (3,64% на 29,10% гласова изашлих бирача). Подаци о броју одборника наведени према: Републички завод за информатику и статистику, Избори 2000. за одборнике скупштина општина и градова, за одборнике Скупштине града Београда и града Ниша, Београд, фебруар, 2001, стр.122.

њих изашло 50%+1 од укупног броја бирача. Уколико би се примењивао само овај изборни систем, многе локалне партије и покрети, али и мање странке које делују на националном нивоу, а немају коалициони капацитет ни за први, ни за други изборни круг, остале би без одборничких места. То имплицира ситуацију да њихови бирачи нису представљени, а из угла локалне демократије то је изузетно неправедно. Ипак, већински двокружни систем могао би да створи јачу конекцију између бирача и одборника или би, бар тако требало да буде. То је и разлика овог система од пропорционално, где су у првом плану више лидери странака и коалиција, него кандидати за одборнике. Из тих разлога смо се у раду заложили за имплементацију једне варијанте мешовитог система и то тако што би део одборничких места био попуњен помоћу апсолутне већине у првом, односно релативне већине у другом кругу избора, а остала одборничка места би била попуњена са страначке листе. То значи да бирачи дају два гласа, један за кандидата у њиховој изборној јединици а други за одређену партију. Ипак, на постављено питање о томе да ли је овај систем идеално типски за изборе за јединице локалне самоуправе, не може се дати једнозначан и искључиво позитиван одговор. Предности увођења овог типа мешовитог изборног система, могла би се огледати у томе да његова хибридна природа ствара својеврсну равнотежу представљања изборних јединица и изборну правичност. У том мешовитом систему страначке листе би омогућиле да читава скупштина јединице локалне самоуправе буде сразмерно представљена. *De lege ferenda* овакав тип изборног система би омогућио бирачима да изаберу представнике своје изборне јединице из једне странке, а примера ради, да се за образовање општинског или градског већа да подршка некој другој партији.

Без обзира што се залажемо за увођење оваквог типа изборног система, не пренебрегавамо и његове мане. Наиме, с обзиром да у овом систему постоје изборне јединице у којима се бира један посланик, односно одборник, то има утицаја на високу пропорционалност. У оваквом моделу изборног система постоје две врсте представника. Једни су изабрани пропорционалним путем, а други већинским. Тиме се долази до питања ко од изабраних представника има већу одговорност према бирачима. Мишљења смо да је она већа код представника који би били изабрани већинским путем. Ипак, тако нешто зависи од саме личности и како се схвата одговорност. Могло би се десити да странке на партијској листи истакну оне кандидате за одборнике, који би по победи били на руководећим функцијама у градовима и општинама. Тиме не долази толико до умањења моћи партија, јер оне не одлучују само о томе ко има привилегије да се нађе на листи, а ко мора да се бори за наклоност бирача као појединачни кандидат. Наиме, одлука партија тиче се и места на листи. Без обзира на ове мане мешовитог изборног система, сматрамо да претежу његове позитивности. Ваља указати да је локална демократија у Србији удаљена од пожељног и истински демократског система. То је систем са доста дефеката, а овде су изложени неки предлози како да се ти дефекти исправе.

Поводом избора градоначелника и председника општина непосредним путем, то би решење било могуће тек променом Устава из 2006. године – дакле, променити норму по којој је скупштина јединица локалне самоуправе, највиши представнички орган, што значи уклањање локалног скупштинског система власти. Тада би се градоначелници и председници општина могли бирати директно већинским системом и то његовом варијантом – системом додатног гласа. Карактеристике овог система се могу свести на следеће – кандидат који победи, мора да освоји 50%+1 оних који су изашли на гласање; бројање гласова се врши према првом избору; уколико ниједан кандидат не освоји преко 50% гласова, последњи кандидат

испада, односно одстрањује се, а гласови тог кандидата се преливају или пребацују ономе који су били други или следећи избор бирачима, а таква операција се врши све док један од кандидата не освоји већину, што значи да сви кандидати опадају осим прва два. Предности оваквог могућег избора градоначелника је у томе што се овим типом већинског система мање распе (односно пропадне) гласова него у систему „први узима све“. Такође врлина овог модела већинског система је да на резултат не утичу договори између кандидата, као када је реч о двокружном већинском систему. Без обзира што победнички кандидат мога да обезбеди више од половине подршке бирачког тела, то не би искључило постојање општинског или градског већа које је једностраначки обојено или састављено од једне предизборне коалиције. Дакле не би се отворио проблем кохабитације.

Међутим, треба указати и на појединце мане овако непосредног избора градоначелника. У овом систему, који није много пропорционалнији од варијанте “први је победник” и даље је видљива предност великих странака, што ипак не значи да независни кандидати не би победили. Победе независних кандидата или кандидата мањих партија, могле би да отворе проблем кохабитације. Такав проблем је видљивији него код победе кандидата неке велике странке или коалиције.

О евентуалним променама изборног система на локалном нивоу у Србији, чиме смо се, превасходно, бавили у овом раду, не може се врши изоловано посматрање од потребе за новим институционалним дизајнима у целокупном политичком систему. Промена изборног система на локалном нивоу, могла би да доведе до прекомпозиције политичке сцене у локалним заједницама, а тиме да отвори питања и других реформских процеса у политици, па и промена изборног система на нивоу Републике.

РЕФЕРЕНЦЕ

1. Влатковић, М., Правна заштита локалне самоуправе, Магистарски рад, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2001.
2. Влатковић, М., Право локалне самоуправе, Бања Лука: Бесједа, BLC, 2008.
3. Вучетић, Д., Децентрализација у континенталним правним системима, Докторска дисертација, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2012.
4. Вучићевић, Д., Политичке последице мешовитих изборних система, Докторска дисертација, Београд: Факултет политичких наука Универзитета у Београду, 2017.
5. Golić, D., Šoltes, I., Karakteristike lokalne samouprave zemalja u tranziciji, Pravo - teorija i praksa, 5-6/2009.
6. Гузина, Р, Актуелност идеје Светозара Марковића о локалној самоуправи, Анали Правног факултета у Београду, 3-4/1968.
7. Димитријевић, П., Менаџмент јавне управе, (ауторизована скрипта), 2015.
8. Живковић, М., Симовић, Д., Уставно право, Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 2009.
9. Закон о локалним изборима, „Службени гласник РС“, бр. 14/2022.
10. Закон о локалној самоуправи, „Службени гласник РС“, бр. 49/99.

11. Закон о локалној самоуправи, “Сл. гласник РС”, бр. 129/2007, 83/2014 - др. закон, 101/2016 - др. закон, 47/2018 и 111/2021 - др. закон.
12. Закон о територијалној организацији, “Службени гласник РС”, бр. 47/91, 79/92, 82/92 - испр., 47/94 и 49/99 - др. закон.
13. Ivančević, G., Razvoj lokalne samouprave u Srbiji, Kultura polisa, 46/2021.
14. Kecman, M., Koncept finansiranja lokalne samouprave u Republici Srbiji, Industrija, 3/2010.
15. Костић, Л., Уставно право (Сабрана дела - први том), Београд: ЗИПС Српска радикална странка, 2000.
16. Лилић, С., Локална самоуправа и Закон о локалној самоуправи, Локална самоуправа – часопис за теорију и праксу локалне самоуправе, 6/2000.
17. Логарушић, Д., Уставно-правна заштита права на локалну самоуправу, Докторска дисертација, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2016.
18. Лукић, М., Улога буџета у финансирању локалне самоуправе, Војно дело, 2/2019.
19. Максимовић, Н., Административно-територијална организација и локална самоуправа у Видовданском уставу, Докторска дисертација, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2021.
20. Марковић, Г., Уставно право, Источно Ново Сарајево: ЈП “Завод за уџбенике и наставна средства”, А.Д., 2021.
21. Марковић, Р., Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/2006.
22. Марковић, Р., Уставно право – Приручник за полагање правосудног испита, Београд: ЈП „Службени гласник“, 2009.
23. Марковић, Р., Уставно право, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, 2014.
24. Martin, S., Local Government Improvement in England: Policies, Progress and Prospects, Commonwealth Journal of Local Governance, 8-9/2011.
25. Милков, Д., Управно право I - Уводна и организациона питања, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2016.
26. Milosavljević, B., Jačanje građanskog učešća na lokalnom nivou u Republici Srpskoj: analiza pravnog okvira sa preporukama, Bijeljina: Savez opština i gradova, 2010.
27. Milosavljević, B., Reforma lokalne samouprave u Srbiji, Hrvatska komparativna javna uprava, 3/2012.
28. Миловановић, Ј., Поједини разлози за увођење модела непосредно бираног градоначелника у граду Београду, Администрација и јавне политике, 3/2015.
29. Орловић, С., Уставно право, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2019.
30. Орловић, С., Уставно право, Нови Сад: Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 2018.
31. Орловић, С., Уставноправни положај локалне самоуправе у Србији, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2015.
32. Петров, В., Станковић, М., Уставно право, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

33. Podolnjak, R., Gardašević, Đ., Neposredno izabrani gradonačelnik i problem kohabitacije - Slučaj hrvatskog glavnog grada Zagreba, REVUS, 20/2013.
34. Републички завод за информатику и статистику, Избори 2000. за одборнике скупштина општина и градова, за одборнике Скупштине града Београда и града Ниша, Београд, фебруар, 2001.
35. Rešetar, V., Lokalni referendum kao institucionalni mehanizam participacije građana u Hrvatskoj, Hrvatska komparativna javna uprava, 2014.
36. Sheldrake, M., Karakteristike i tradicije lokalne uprave u Velikoj Britaniji, u: Damjanović, M. Uporedna iskustva lokalnih samouprava (str. 41-61), Beograd: Magna Agenda, 2002.
37. Stanković, M., Broj i veličina opština u Srbiji, Pravni život, 12/2013.
38. Станковић, М., Локална самоуправа у Србији – Право локалне самоуправе, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2018.
39. Fridrih, K., Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi, Podgorica: CID, 2005.
40. Hejvud, E., Politika, Beograd: Clio, 2004.

REFERENCE

1. Vlatković, M., Pravna zaštita lokalne samouprave, Magistarski rad, Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2001.
2. Vlatković, M., Pravo lokalne samouprave, Banja Luka: Besjeda, BLC, 2008.
3. Vučetić, D., Decentralizacija u kontinentalnim pravnim sistemima, Doktorska disertacija, Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2012.
4. Vučićević, D., Političke posledice mešovitih izbornih sistema, Doktorska disertacija, Beograd: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, 2017.
5. Golić, D., Šoltes, I., Karakteristike lokalne samouprave zemalja u tranziciji, Pravo - teorija i praksa, 5-6/2009.
6. Guzina, R., Aktuelnost ideje Svetozara Markovića o lokalnoj samoupravi, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 3-4/1968.
7. Dimitrijević, P., Menadžment javne uprave, (autorizovana skripta), 2015.
8. Živković, M., Simović, D., Ustavno pravo, Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 2009.
9. Zakon o lokalnim izborima, „Službeni glasnik RS“, br. 14/2022.
10. Zakon o lokalnoj samoupravi, „Službeni glasnik RS“, br. 49/99.
11. Zakon o lokalnoj samoupravi, „Sl. glasnik RS“, br. 129/2007, 83/2014 - dr. zakon, 101/2016 - dr. zakon, 47/2018 i 111/2021 - dr. zakon.
12. Zakon o teritorijalnoj organizaciji, „Službeni glasnik RS“, br. 47/91, 79/92, 82/92 - ispr., 47/94 i 49/99 - dr. zakon.
13. Ivančević, G., Razvoj lokalne samouprave u Srbiji, Kultura polisa, 46/2021.
14. Kecman, M., Koncept finansiranja lokalne samouprave u Republici Srbiji, Industrija, 3/2010.

15. Kostić, L., Ustavno pravo (Sabrana dela - prvi tom), Beograd: ZIPS Srpska radikalna stranka, 2000.
16. Lilić, S., Lokalna samouprava i Zakon o lokalnoj samoupravi, Lokalna samouprava – časopis za teoriju i praksu lokalne samouprave, 6/2000.
17. Logarušić, D., Ustavno-pravna zaštita prava na lokalnu samoupravu, Doktorska disertacija, Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2016.
18. Lukić, M., Uloga budžeta u finansiranju lokalne samouprave, Vojno delo, 2/2019.
19. Maksimović, N., Administrativno-teritorijalna organizacija i lokalna samouprava u Vidovdan-skom ustavu, Doktorska disertacija, Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2021.
20. Marković, G., Ustavno pravo, Istočno Novo Sarajevo: JP “Zavod za udžbenike i nastavna sred-stva”, A.D., 2021.
21. Marković, R., Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/2006.
22. Marković, R., Ustavno pravo – Priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Beograd: JP „Službeni glasnik“, 2009.
23. Marković, R., Ustavno pravo, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2014.
24. Martin, S., Local Government Improvement in England: Policies, Progress and Prospects, Commonwealth Journal of Local Governance, 8-9/2011.
25. Milkov, D., Upravno pravo I - Uvodna i organizaciona pitanja, Novi Sad: Pravni fakultet Uni-verziteta u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, 2016.
26. Milosavljević, B., Jačanje građanskog učešća na lokalnom nivou u Republici Srpskoj: analiza pravnog okvira sa preporukama, Bijeljina: Savez opština i gradova, 2010.
27. Milosavljević, B., Reforma lokalne samouprave u Srbiji, Hrvatska komparativna javna upra-va, 3/2012.
28. Milovanović, J., Pojedini razlozi za uvođenje modela neposredno biranog gradonačelnika u gradu Beogradu, Administracija i javne politike, 3/2015.
29. Orlović, S., Ustavno pravo, Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, 2019.
30. Orlović, S., Ustavno pravo, Novi Sad: Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, 2018.
31. Orlović, S., Ustavnopравни položaj lokalne samouprave u Srbiji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4/2015.
32. Petrov, V., Stanković, M., Ustavno pravo, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
33. Podolnjak, R., Gardašević, Đ., Neposredno izabrani gradonačelnik i problem kohabitacije - Slučaj hrvatskog glavnog grada Zagreba, REVUS, 20/2013.
34. Republički zavod za informatiku i statistiku, Izbori 2000. za odbornike skupština opština i gradova, za odbornike Skupštine grada Beograda i grada Niša, Beograd, februar, 2001.
35. Rešetar, V., Lokalni referendum kao institucionalni mehanizam participacije građana u Hr-vatskoj, Hrvatska komparativna javna uprava, 2014.
36. Sheldrake, M., Karakteristike i tradicije lokalne uprave u Velikoj Britaniji, u: Damjanović, M. Uporedna iskustva lokalnih samouprava (str. 41-61), Beograd: Magna Agenda, 2002.

37. Stanković, M., Broj i veličina opština u Srbiji, *Pravni život*, 12/2013.
38. Stanković, M., *Lokalna samouprava u Srbiji – Pravo lokalne samouprave*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2018.
39. Fridrih, K., *Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica: CID, 2005.
40. Hejvud, E., *Politika*, Beograd: Clio, 2004.

ON LOCAL SELF-GOVERNMENT IN SERBIA WITH REFERENCE TO THE LOCAL ELECTION SYSTEM

Milan Rapajić⁵⁵

Faculty of Law, University of Kragujevac

Dejan Logarusic⁵⁶

Faculty of Law for Economy and Justice of the University of Economics in Novi Sad

Summary: *The paper places special emphasis on the local electoral system. Before that, the authors look at the position and role of local self-government in Serbia, with initial considerations on the historical development of local self-government in the world. Local self-government is performed on a limited part of the state territory under the authority of the state government. What characterizes local self-government is that the residents of the local community decide for themselves on issues related to everyday life. The paper specifically analyzes the status of local self-government according to the 2006 Constitution. In this sense, the concept of local self-government, the way of decision-making, powers and protection of local self-government were pointed out.*

There is an open discussion about the features, advantages and disadvantages of the types of electoral systems. It is proposed to reform the type of electoral system in the local self-government of Serbia and introduce a type of mixed electoral system. The solution of the direct election of the mayor is pointed out, but with attention being drawn to the fact that the constitutional norm, according to which the assembly is the highest representative body, needs to be changed beforehand. While pointing out the advantages of the mixed electoral system in local self-government and the direct election of the mayor, it is noted that there are also certain disadvantages of these solutions. The reform interventions, which are related to the change of the electoral system in local self-government, would experience their full capacity, if the entire political system in Serbia is reformed, which is the author's concluding opinion.

Keywords: *local self-government, Republic of Serbia, electoral system, types of electoral systems, advantages and disadvantages, immediate election of the mayor.*

⁵⁵ Associate Professor, Doctor of Law, Faculty of Law, University of Kragujevac, mrpapajic@jura.kg.ac.rs; ORCID: 0000-0002-1268-6826.

⁵⁶ Associate Professor, Doctor of Law, Faculty of Business and Judiciary, University of Novi Sad, Academy of Economics, dejan.logarusic@pravni-fakultet.info ORCID: 0000-0001-9782-9277.

CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT OF DIRECT DEMOCRACY IN COMPARATIVE LEGAL SYSTEMS – CASES OF GERMANY AND UNITED STATES OF AMERICA

Mijodrag Radojević¹

Institute for Political Studies

Petar Matić²

Institute for Political Studies

Summary: *The current crisis of the legitimacy of representative democracy around the world has brought about a renewed momentum of direct democracy instruments. In many well-established democracies, the aim of these legal and political reforms is to restore the 'ownership' over decision-making processes to the citizens themselves, in order to stabilize the compromised legitimacy and restore trust in the political system. Case studies in focus of this paper are the United States of America and Federal Republic of Germany, as systems that do not implement direct democracy mechanisms at the national level of government, but have instead incorporated it in the legislation at level of federal units, regions and local self-government. While there are formal requirements at the national level in Germany, there are no such provisions in the US federal legislation. In practice, this generates a wide range of normative solutions which, in different contexts, produce different outcomes. This paper will outline direct democracy instruments that exist in the vertical organization of government within these large constitutional systems and explain the reasons for its integration in their legal frameworks. It will proceed to examine the consequences produced by the normative instruments in the respective institutional and social contexts. The authors are primarily guided by methods used in legal sciences, specifically in comparative law, in order to compare and contrast the mechanisms present within the US and Germany with solutions in other legal and political systems. At the same time, methods used in political sciences, in particular the institutional paradigm, have been used to identify specific patterns that various forms of direct democracy produce at the subnational levels of government.*

Key words: *direct democracy, representative democracy, referendum, people's initiative, constitution.*

¹ Research Fellow, Institute for Political Studies, email address: miodrag.radojevic@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1104-9219>

² Research Fellow, Institute for Political Studies, email address: pmatic75@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0205-9762>

1. DIRECT DEMOCRACY – THEORETICAL POSTULATES AND PRACTICAL ACHIEVEMENTS

In the practice of comparative law, numerous systems foster constitutional and legal rules related to the implementation of direct democracy. This leads to the implementation of various institutional solutions and arrangements. In this papers, direct democracy models present in the United States and Germany will be outlined. The principal rationale for the choice of these particular countries as the subject of analysis is reflected in the fact that these two legal and political systems are both similar and dissimilar when it comes to implementation of direct democracy models. Direct democracy instruments do not exist at the federal level, but are present at the level of federal units and other subnational levels of government. Even though there are relevant constitutional assumptions in Germany, they have not been used since World War II. In practice, this approach leads to the use of different solutions that produce different outcomes and the two countries can therefore also be regarded as prototype legal systems when it comes to the implementation of direct democracy instruments. On the other hand, United States and Germany, apart from Switzerland, are also viewed as countries in which use of direct democracy is the most widespread (Radojević, 2023a: 95)

The past three decades have witnessed a renewed interest in direct democracy. This development cannot be accounted for by some general formulation. In countries undergoing transition, direct democracy has been part of the movement for democratization and introduction of the rule of law, in response to their authoritarian past and tradition. In the legal systems of Western democracies, this trend was propelled by the crisis of legitimacy of representative institutions, in an attempt to bring citizens back to the center stage of political decision-making. The purpose of the institutionalization of direct democracy is to restore confidence in the representative system of democracy. Of course, the implementation of pure direct democracy in modern societies is unthinkable, as the sheer size of the present-day political communities would render it impossible to make political decision in an efficient manner. The early symptoms of this crisis of democracy were already observed in the 1960s, when Huntington, Watanuki and Crozier drafted a report for the Trilateral Commission entitled “The Crisis of Democracy” (Huntington, Watanuki, Crozier, 1975). Manifestations of such democratic systems decline can be found in the distancing of political elites from citizens, weakening of the middle classes and the transfer of competences from the local authorities to the supranational levels of decision-making (centralization). In that context, direct democracy is regarded as an attempt to address the difficulties in the functioning of democracy and to re-legitimize democratic state systems.

Some basic and minimalist theories of democracy define it as the rule of the people who participate in the exercise of public affairs either individually (through direct democracy) or through elected representatives. Direct democracy plays a crucial role because its instruments enable citizens, through their votes, to exert an influence on public policy decision-making, or decision-making on priorities in the use of public assets (Matić, 2015: 96). From a broader perspective, its proponents – representatives of the participatory school of democracy, believe that direct democracy is a process that can substitute the whole decision-making system.

Despite the growing frequency in the use of direct democracy concept, it is also possible to detect some critical views of these democratic forms. Criticisms typically target the cognitive capacities of those who make decisions (citizens), combined with a perception that direct democracy

compromises the principles of the representative system (Matić, Mirović Janković, 2017:27). This is also noted in the International Handbook of Direct Democracy, published by the International Institute for Democracy & Electoral Assistance. The Handbook refers to two opposite perspectives. According to the first one, direct democracy undermines the very foundations of political representation. On the other hand, proponents of direct democracy consider it necessary because it allows more citizens' involvement in political decision-making (Beramendi, *et. al.*, 2008: 1).

A look back in history shows that direct democracy was mainly used in smaller territorial communities. In Ancient Greece, it sometimes also assumed the forms of public deliberation. Some authors associate its emergence with the Phoenicians and the City of Byblos, arguing that these concepts were later transferred to Athens (Keane 2009: XI). After this ancient era and the development of the Greek "ideal", the forms of direct democracy became virtually extinct, only to re-appear with the French Revolution, assuming new plebiscite and populist forms (Talmon, 1952), but also contributing to the development of these institutions in Switzerland (Fossedal, 2002: 87). Later, during the 19th and 20th centuries, in a broader context of democratization and democratic socialization, local democracy was acknowledged as a concept that stimulates confidence-building in the legal and political system and reaffirms political support.

Indeed, local self-government is the fertile ground for the full promotion of direct participation of citizens in public affairs (Radojević, 2023b: 122). An idea that bypasses the system of political representation and serves as its remedy is inextricably linked to self-government and decentralized forms of governance (Novaković, Radojević, 2015: 74). The most commonly cited example of a legal and political system with a distinct direct democracy dimension is Switzerland, which has sustained different forms of direct democracy at all levels of government for several centuries. In practice, this means that citizens make decisions on various issues, both those initiated from the grass-roots i.e., by the citizens themselves, or from "top-down" when political institutions seek to consult citizens. This frequent use of direct democracy mechanisms has resulted in the inclusion in the Swiss legal and constitutional system of a number of provisions that are not necessarily typical for democratic constitutionalism (Linder, 2010: 93–98). This shift toward local democracy prompted an increased interest of the academic community in the research of local-level direct democracy (*see for example*: Schiller, 2011: 9).

In to-date research related to direct democracy, there are various typologies and definitions (Schiller, 2012: 33). In broad terms and in the large majority of cases, we can identify three forms: referendum, people's initiative and recall. Some scholars distinguish between the forms of direct democracy that put certain issues on the agenda (people's or citizens' initiative) and those that make citizens veto players in the legal and political sphere (referendum) (Frey, Schaltegger, 2020: 2). Others propose slightly broader typologies; for example, lawyer Ratko Marković and political scientist Milan Jovanović refer to initiative, referendum, popular veto and plebiscite (Marković, 2013: 211–218; Jovanović, 2011: 34). Constitutional law theorists tend to view these concepts in the context of democratic processes aimed at expression of a nation's sovereignty, and a corresponding definition is also included in constitutional texts (*see e.g.* the 2006 Constitution of Serbia, Article 2). Based on the comparative law practice, they also list other direct democracy institutions (e.g., right to petition, Vergotini, 2015: 397–401), and identify subtypes of certain types of direct democracy, especially referendum.

In this paper, we will be guided by legal and political science methodologies, as such dual approach allows to synthetically capture the legal assumptions for the implementation of direct

democracy instruments in Germany and the US and its consequences. The paper will also draw on the research of legal traditions and historical institutionalism in order to trace the trajectories in the development of direct democracy in these two large political systems. In the introductory part, theoretical method will be used to define the main and associated concepts that will be used in the paper itself.

2. GERMANY – AN EXAMPLE OF THE FURTHERANCE AND INSTITUTIONALIZATION OF DIRECT DEMOCRACY IN LATE 19TH AND EARLY 20TH CENTURY

This paper aims to explain the main features of direct democracy in Germany and the US. It should be noted that the development of its institutions in these countries has been influenced by various factors. Some forms of direct democracy existed in the German-speaking Swiss cantons in the 19th century. However, in Germany, due to political circumstances, the direct democracy tradition was not established at the time, but its development began with the adoption of the Weimar Constitution. Pursuing the overall concept of institutionalization of political rights and freedoms, this Constitution introduced a legal framework for direct democracy, granting citizens broad opportunities to decide on all important issues of public life by referendum and/or initiative, with the exception of issues pertaining to state finances, fees and taxes (Art. 73–76 of the Basic Law). Constitutional provisions required a double majority, a turnout threshold above 50% and over 50% of votes “for” or “against”.³ This complicated the practical implementation of direct democracy mechanisms. During the Weimar Republic, none of the referendums were successful due to high turnout thresholds. Opportunity for citizens to be direct legislators was short-lived and lasted until the National Socialist Party’s coming to power in 1933. During the era of the Third Reich, the Parliament was left without any meaningful influence on the political and legislative process. In order to consolidate Hitler’s regime and the authority of his self-rule, the citizens were granted the opportunity of decision-making by referendum, or plebiscite, which was regulated in more detail by the Law on Plebiscites adopted soon after Hitler’s coming to power. The role of the referendum was not an actual expression of popular will, but rather the endorsement of the “leader’s organic personality”. A total of three referendums (plebiscites) were held at the time, in which Hitler gained broadest mass support for the introduction of dictatorship. It was a materialization of Max Weber’s predictions and critiques, who pointed to the shortcomings of the “popular ballot” on the legislation and referendums, considering them to be tools of plebiscitary democracy in a mass state. According to him “the referendum does not know the compromise, upon which the majority of all laws is based in every mass state” (Weber, 2006: 342).

The experience of abuse of this form of direct democracy during the Third Reich did not have a direct impact on the attitude towards direct democracy in Germany after the Second World War. It was an unrelated event that contributed to that. The petition for a referendum “on German unity”, launched by the German Socialist Unity Party in May 1948, led to the “quarantine concept” of direct democracy at the federal level (Rohner, 2011: 5). Later attempts to establish the elements

3 There was a similar solution in the 1990 Constitution of the Republic of Serbia.

of direct democracy were equally unsuccessful at the federal level. In the Länder, however, the development of direct democracy institutions was different and abounded in various terms and procedures.

A significant impetus to the development of direct democracy in Germany was given by the left-wing student movement that began its activities in the 1960s. This movement, founded upon the critique of representative democracy, stood for the strengthening of citizens' participation in decision-making. At the same time, the idea of "consultative democracy" as a decision-making mechanism emerged in East Germany, with the aim of strengthening the legitimacy of the communist regime. The ideas of the Social Democrat and Chancellor Willy Brandt about greater democracy during the 1970s and 1980s bolstered the movement for institutional change and consolidation of direct democracy. Later on, the idea of embedding direct democracy in the Basic Law was taken up by the Green Party, which in 1992 proposed that referendum mechanisms and initiatives should be incorporated into Germany's highest legal act.

The normative framework governing the subject matter and procedures for the implementation of direct democracy mechanisms remains under the exclusive competence of the federal units. Following the adoption of the Basic Law in 1949, most federal units included the provisions on direct democracy mechanisms in their constitutions. These allowed the possibility of direct decision-making by citizens at the federal level by a norm stating that all power shall be vested in the people and shall be exercised "in elections, by referendum...". However, the forms of direct citizen participation in decision-making are not further elaborated anywhere in the Constitution, pointing to the legislator's inclination to keep federal-level decision-making strictly within political institutions. On the other hand, institutional varieties, funding criteria, number of signatures required for the launch of certain initiatives, lists of reference areas that fall within the scope of direct democracy, vary drastically from one federal unit to another. Up until the early 1990s, these mechanisms were implemented in practice only in Baden-Württemberg, as a federal unit that had the most extensive experience and tradition in the sphere of direct democracy. The evolution of the direct democracy mechanisms in this federal unit has been ongoing since mid-1950s.

On the eve of the fall of the Berlin Wall, democratization-driven constitutional amendments were made, opening a space for the formal incorporation of some forms of direct democracy in the constitutions of nearly all federal units in East Germany. One possible interpretation of the intent of constitution drafters in East Germany is an attempt at the "democratic socialization" of citizens through broad-based and widespread participatory formulas and direct democracy mechanisms. The process was genuinely "two-way" and did not run exclusively from West to East Germany, as evidenced by the fact that, after the constitutionalization of direct democracy in the then socialist (communist) part of Germany, there was also a wider implementation of direct democracy innovations in the West part (Schiller, 2011: 54–56). On this basis, it could be concluded that the process of democratic reforms was bilateral, as the normative regulation of direct democracy instruments in East Germany followed shortly after the reunification. Even public opinion surveys unambiguously showed that direct democracy institutions enjoyed greater popular support in East than in West Germany.

Although the instruments of direct democracy formally exist at the federal level, they have never been used since World War II, despite being consistently used at federal unit and local levels. On the other hand, not all Länder have organized direct democracy institutions. Thus, until 2007, referendums existed only in 10 counties. Their power at the local level is clearly evidenced by the

validity of decisions made in this way. The number of issues and opportunities for citizens to play not only advisory, but also a decision-making role, is a feature characteristic and specific for Germany as opposed to a number of other democratic regimes in Europe. Some 200 referendums are held in Germany each year, but their number varies among federal units. Thus, for example, in Bavaria, which is also the most economically developed federal unit in Germany, around 1,500 citizens' initiatives and 650 referendums have been launched since the introduction of the forms of direct democracy. If we look at the entire territory of Germany, the total number of people's initiatives at the local level between 1956 and 2022 amounted to 8,958, resulting in a total of 4,503 local referendums (https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2023/Berichte_Stellungnahmen/BBBericht_Summary_20230621_final_ENG.pdf).

Another instrument of direct democracy that exists at the federal unit level is the territorial referendum and is related to the change of boundaries. Namely, the Basic Law of the Federal Republic of Germany stipulates that any revision of the boundaries of federal units must be subject to a mandatory referendum.

Elements of local democracy and direct citizens' participation can be found in post-World War II local policies in Germany in the zones under American, French and also Soviet occupation. The most important direct democracy instruments featuring at the local level are local initiative and local referendum. In order to increase citizens' participation in local affairs, one of the basic goals of the reforms was to raise citizens' involvement in local affairs and to reduce the influence of local assemblies. A novelty in Germany's political system is also the concept of local referendum, as an opportunity for citizens to become directly involved in local decision-making. Until the 1990s, the local referendum was only used in the federal unit of Baden-Württemberg. Following this precedent, it was transferred to the other federal units and used to a greater or lesser extent. There are no universally applicable rules and principle for the launch of a referendum question - federal units handle that issue individually. Consequently, the number of signatures required in order to file a petition for the launch of a local referendum ranges widely between 3% and 20% of the voters registered in a municipality. If the referendum is launched by a local assembly, a simple majority of deputies is required in some federal units, while an absolute majority is required in others. There are also drastic variations in the turnout threshold required in order for a referendum to be successful, ranging between 10% and 30% of the registered voters. Municipal statutes define the issues that cannot be the subject of a referendum and they are mainly related to finance and budget, as well as the internal structure of local bodies and administration. In that context, the constitutional system in Germany does not include a fiscal referendum, which is present in a number of other political systems. Nevertheless, even in matters of local finance, citizens, through participatory budgeting, can participate in decision-making on the use of funds related to individual projects.

In some cases, albeit very few, some public deliberation elements are also present in the activities of the so-called "citizens' councils", which have an advisory role in the process of public policy formulation and implementation in Germany. By comparison, institutional assumptions for holding a local-level referendum are somewhat more rigorous than in the US and Switzerland (Wollmann 2003: 92).

3. USA – STRONG DIRECT DEMOCRACY AT THE SUBNATIONAL LEVEL

In the US legal and political system, similarly to Germany, the instruments of direct democracy do not exist at the federal level. Within the specific institutional setting, primarily characterized by strong presidentialism, US direct democracy models are among the most interesting in the world. This is due to the fact that the “Fathers of the Nation” and constitution makers were proponents of an exclusively representative model of democracy (Matsusaka, 2020: 100–101). Their critique of pure or direct democracy was based on the potential “tyranny of the majority”. The argument was that any form of numerical majority in decision-making can cause sharp polarization in society and threaten the rights of those who voted against certain decisions. However, that does not mean that direct democracy is not part of the American political culture. On the contrary, it has been present since the creation of the United States of America, in local communities and federal states.

Forms of direct and deliberative democracy can be traced back to town meetings held in the newly-established British colonies in the United States from the first decades of the 17th century onward. Traditional forms of town meetings, characteristic of the English parish system, have survived to the present day. However, the formally established direct democracy institutions emerged with the first civic initiatives conceived in the federal state of South Dakota around the end of the 19th century. Since then, citizens across the country launched about 2,000 initiatives. For example, by the end of 2023, citizens of the State of Oregon signed an initiative or voted in a referendum 446 times (https://ballotpedia.org/Initiative_states_compared_by_number_of_initiatives_on_their_ballot). Other federal states, such as Utah, Oregon, Montana and Oklahoma, gradually started to introduce referendums and popular initiative in their legislation. At the time of writing of this paper, referendum and popular initiative are present in 26 federal units, either individually or as both of these direct democracy instruments.

The US legal and political system includes a range of direct democracy instruments, or six basic forms of direct citizens’ participation in public affairs: constitutional referendum launched by the legislature to introduce amendments, constitutional referendum launched by a popular (citizens’) initiative, a veto (abrogatory) referendum, statutory referendum initiated by the legislature, statutory referendum initiated by popular (citizens’) initiative and the so-called statutory affirmation (in the State of Nevada only).⁴ Also, in some federal states where these forms do not exist statewide, there are local initiatives in the local self-government units.

The beginnings of an extensive use of direct democracy in the US can be traced back to the spreading of Progressivist ideas and movements in early 20th century, when trade unions and left-wing organizations played a pivotal role in the promotion of direct democracy. Some authors call it a “dramatic expansion”, while also admitting that is featured some populism (Matsusaka, 2020: 70). One of the intellectual leaders of the Progressive Movement was the later US President Woodrow Wilson. The main promoters of these ideas were socialists and trade unions. This secured them a key position in the Direct Legislation League, founded in Washington in 1907 (Lawrence, Donovan, Bowler 2009: 1029). During this Golden Age of Progressivism in the US, even some ideas about a gradual replacement of representative institutions with institutions of direct democracy appeared

⁴ https://ballotpedia.org/Forms_of_direct_democracy_in_the_American_states

(Pestrillo, Kempema 2014, <https://www.heritage.org/political-process/report/the-birth-direct-democracy-what-progressivism-did-the-states>). Thus, Allen Smith, a radical Progressive, argued that the “introduction of the institutions of direct democracy would mean a return to the original ideas of old town meetings in which local decisions are directly proposed or adopted.” (Qvordrup 2002: 45). The late 19th and 20th century saw a growth of urban communities, accompanied by industrialization and rapid economic growth. The strengthening of civil rights was accompanied by the expansion of opportunities for citizens to be legislators and to participate in constitutional changes. In fact, in times of turbulence, Great Depression and heavy corruption within the political structures in the US, direct democracy was one of the ways out of the crisis of political institutions. During the rise of the Progressive movement in the US, one of the proponents of direct democracy, Theodore Roosevelt, in his 1912 speech, emphasized the importance of availability of opportunities for citizens to participate in the decision-making process. He said that he believes that the referendum and initiative would not destroy the representative government, but should be used as a remedy in case it became unrepresentative (<https://ohiocapitaljournal.com/2023/03/31/teddy-roosevelts-speech-to-the-1912-ohio-constitutional-convention/>). In the vast majority of cases, it is better for legislative actions to be carried out by those delegated to perform the task; in other words, this should be the job of the chosen experts. But when people responsible for this job fail to fulfill it, then this right should be vested in the people.

More recently, forms of direct democracy have been dominantly used in the State of California. The largest number of popular initiatives is filed in this federal state. A milestone year for the widespread use of direct democracy was 1978. Citizens, dissatisfied with high tax rates filed an initiative for the limitation of property tax and the so-called “Proposition 13” had a massive response. It was adopted by majority nearing two-thirds and resulted in a reduction of property taxation by more than half (57%). This highly successful initiative was followed by a referendum with a turnout of 70% of registered voters and this case motivated a number of other similar efforts across the US (https://calbudgetcenter.org/app/uploads/2018/09/Issue-Brief_Proposition-13-Its-Impact-on-California-and-Implications_04.1997.pdf).

In many federal states, the number of referendums and people’s initiatives has multiplied since the 1970s. Researchers see the main reason for this trend in the actions of the political elite, especially in the post-Watergate period. The specific context in which direct democracy was renewed and reaffirmed was primarily reflected in the sentiments of dissatisfaction with the functioning of the representative system. These reforms were not aimed at the degradation and replacement of representative democracy with institutions of direct citizen decision-making, but rather at their supplementation in order to enhance transparency in its functioning. The emphasis was on the strengthening of the existing system and on making political decision-makers more accountable for the will of the majority of citizens.

Today, nearly half of the US federal states have defined requirements for initiatives in their legal system. They are dominant in the western federal units, particularly in California, Colorado, North Dakota and Oregon (IDEA, 200: 180; Haskell, 2001, 53–54). Only one federal state does not recognize the institution of the so-called constitutional referendum. In Delaware, citizens’ vote on constitutional amendments is not required (https://ballotpedia.org/Forms_of_direct_democracy_in_the_American_states). All other federal units regulate the use of the direct democracy concepts in line their respective legislations. A powerful tool that enables citizens to continuously monitor the legislature is the so-called statute affirmation, used only in the State of

Nevada. This institution enables citizens, by an initiative, to prevent the legislature from adopting constitutional amendments without consulting citizens through a referendum. (https://ballotpedia.org/Forms_of_direct_democracy_in_the_American_states).

Another instrument of direct democracy - the practice of recall of elected officials before the end of their term in office is fairly common in the US political system. As a means by which citizens can continuously control the work of elected official outside of the election process, it differs from the impeachment of the US President, since recall is exercised in a representative body and is preceded by an opinion of the Supreme Court. This political tool enables citizens to replace an elected official before the end of his/her term. The option of recall is incorporated in the constitutions of 40 federal states. The procedure of recall involves collecting 25% of the signatures of all registered voters, followed by elections for the office held by the official in the process of recall. Recall in the US political practice does not only mean that an official has committed some illegal act, but is also used when citizens consider him/her insufficiently competent and in cases of failure to perform the entrusted duties and tasks.

4. CONCLUSION: FROM WEAK TO STRONG PARTICIPATORY DEMOCRACY – GERMANY AND THE USA

Although instruments of direct democracy in the Federal Republic of Germany and in the US are not regulated and implemented at the federal level,⁵ they feature very prominently at the subnational levels of government. In this regard, these two legal and political systems represent highly successful examples of, notably, local direct democracy. These two systems are an example of reforms implemented in well-established democratic systems in order to encourage citizens' mobilization and return them to the center stage of political decision-making.

Given the fact that certain forms of direct democracy and public deliberation have traditionally existed in other countries as well (e.g. in Serbia), the question whether these institutions can be used more in these legal and political systems should be revisited. Serbia has known institutions such as "knežine", assemblies, councils and cooperatives, as distinct forms of direct and deliberative democracy (Matić 2011: 153; Matić 2012). When it comes to the classical institutions of direct democracy, the constitutional and legal bases generally exist, but they are still rarely used. Considering the low level of citizens' awareness of direct democracy as a remedy for political representation and a means to directly participate in public affairs, direct democracy practice is not developed. In the recent past, manifestations of these forms were primarily of the plebiscite nature. Based on experience in comparative law, it appears that citizens who participate

⁵ In the Federal Republic of Germany, referendum (Volksentscheid) is regulated by Art. 29 and 118 of the Basic Law, which stipulates that the passing of the federal law delimiting the territories of federal states, as well as other territorial parts (municipalities and regions) shall be decided by popular vote. However, voting takes place only in those counties whose territory is being decided. The German Constitution (Art. 29, para. 4) also regulates the people's initiative (Volksbegehren) for popular voting and passing of the federal law on territorial changes. In addition, the federal Law on Referendum, People's Initiative and Popular Vote was adopted in 1979. Although federal legislation regulates people's initiative and referendum, these direct democracy mechanisms cannot be used at the federal, but only at subnational level, or in parts of the territory of the federal state (counties, regions and municipalities).

in public affairs through direct democracy forms tend to express a far greater satisfaction with the functioning of the political system. Wider use of direct democracy could result in procedural utilitarianism and more trust in political elites and democratic regime on the whole.

By comparison to other legal systems, Germany and the US are examples of strong direct democracy at the subnational levels of government. In the US, these institutions gained importance at the beginning of the 20th century, while in Germany, they gradually developed after the dissolution of the Eastern Bloc and the country's reunification. The promotion of direct democracy is advocated even by extremely right-wing political options, such as the Alternative for Germany (AFD). Along with these tendencies, traditionally left-wing and centrist political parties have assumed a more conservative stance towards a wider use of these mechanisms (Weisskircher 2023: 143). In the US, direct democracy institutions boast a tradition longer than one century and have gradually increased in frequency. As a classic example of a neoliberal system with distinct social differences that also generate political inequalities, US legislators have aimed to re-legitimize direct democracy through the above-mentioned forms of citizen participation in public affairs

Unlike Switzerland, which, in a comparative law perspective, features the most developed forms of direct democracy and their most frequent use, Germany and the US offer more balanced models of representative and direct democracy. In the Swiss political system, which is an example of consociation, due to the requirements for a broadest consensus, there are often delays and glitches in decision-making, leading to political inefficiency in a time of turbulent and dynamic change.

The tech aspect of globalization and revolution in information technologies, which led to the compression of time and space, have equipped citizens with the necessary information to adequately respond to the challenges of participation in public affairs. However, these phenomena also opened up space for manipulations of the public opinion. In a number of instances, this led to decisions that were not in the interest of the political community. Technological progress strengthened the position of citizens through the use of e-petitions and e-initiatives. Furthermore, the dynamic of global changes also enhanced local identities and the sense of belonging to the local community. Conflicting processes of consolidation and fragmentation produced new phenomena and meanings in public discourse, such as 'glocalization' and fragmentation (Rosenau, 2003; Mirović, Matić 2014: 180). This in turn led to democratic innovations that found their fertile ground precisely in local communities.

These two great legal and political systems, which have had an isomorphic effect on the legal and political developments around the world, also have different trajectories when it comes to the genesis and evolution of direct democracy. Continuous democratic development in the US paved the way for the institutionalization of direct democracy in late 19th century, while in Germany, its full endorsement occurred at the end of 19th century. They have fostered these institutions at the subnational levels of government, which is a clear indicator that legislators in these two states are aware of the need for citizens to engage in public affairs.

LITERATURE

1. Beramendi, Virginia, et. al. 2008. Direct Democracy: International IDEA Handbook. Stockholm: IDEA.

2. Frey, Christian, Schaltegger, Christoph A. 2020. The initiative, referendum, and distribution of income: An empirical analysis of Swiss cantons. *European Journal of Political Economy*. Elsevier.
3. Fossedal, Gregory. 2002. Direct Democracy in Switzerland. New Brunswick – New Jersey: Rutgers.
4. Haskell, John. 2001. Direct democracy or representative government?: dispeling the populist myth. Boulder: Westview Press.
5. Huntington, Samuel, Watanuki, Joji, Crozier, Michel. 1975. Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commision. New York: New York University Press.
6. Keane, John. 2009. Life and Death of Democracy. New York: Simon & Schuster.
7. Lawrence, Eric D, Donovan, Todd, Bowler, Shaun. 2009. Adopting Direct Democracy: Test of Competing Explanations of Institutional Change. *American Politics Research*. 37 (6), Sage Publishing Ltd, 2009, стр. 1029.
8. Linder, Wolf. 2010. Swiss Democracy – possible Solutions to conflict in multikultural societies. New York: Palgrave Macmillan.
9. Matsusaka, John G. 2020. Let the People Rule – How Direct Democracy can meet the populist challenge, New Jersey: Princeton University Press.
10. Mirović, Aleksandra, Matić, Petar. 2014. Regional Separatisms and Independence Referendums in Europe. *Serbian Political Thought*. 10(2). Belgrade: Institute for Political Studies.
11. Pestrillo Ronald, Kempema, Taylor. 2014. The Birth of Direct Democracy: What Progressivism Did to the States. <https://www.heritage.org/political-process/report/the-birth-direct-democracy-what-progressivism-did-the-states>
12. Rohner, Andreas. 2011. Direct Democracy in the German Länder: History, Institutions, and (Mal)Functions, C2D Working Paper Series 38/2011, C2D – Centre for Research on Direct Democracy, https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/94811/1/C2D_WP38.pdf
13. Rosenau, James. 2003. Distant Proximities: Dynamics Beyond Globalization. Princeton: Princeton University Press.
14. Schiller, Theo. 2011. Local Direct Democracy in Europe – a comparative overview. In: Schiller, Theo (ed.). 2011. *Local Direct Democracy in Europe*. Wiesbaden: VS Verlag, Springer.
15. Schiller, Theo. 2011. Local direct democracy in Germany – varieties in a federal State. In: Schiller, Theo (ed.). 2011. *Local Direct Democracy in Europe*. Wiesbaden: VS Verlag, Springer.
16. Schiller, Theo. 2012. The Emergence of Direct Democracy - a Typological Approach, In: 2012. In, Marxer, Wilfried (ed.). *Direct Democracy and Minorities*. Wiesbaden: Springer VS.
17. Talmon, Jacob Leib. 1970. The Origins of Totalitarian Democracy. London: Secker & Warburg.
18. Vergotini, Đuzepe. 2015. Uporedno ustavno pravo. Beograd: Službeni glasnik.
19. Weisskircher, Manes. 2023. Direct Democracy and the Impact of the Alternative for Germany (AfD)? “Populist” Demand for Popular Sovereignty as Latent Political Conflict. In, Julia Rone, Nathalie Brack, Ramona Coman, Amandine Crespy (eds.). *Sovereignty in Conflict: Political, Constitutional and Economic Dilemmas in the EU*. Wiesbaden: Springer VS.
20. Wollmann, Hellmuth. 2003. German Local Government Under the Double Impact of Democratic and Administrative Reforms. Kersting, Norbert, Vetter, Angelika, (eds.) *Reforming Lo-*

- cal Government in Europe: Closing the Gap between Democracy and Efficiency*. Urban and Regional Research International..
21. Qvodrup, Mads. 2002. *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*. Manchester; Manchester University Press.
 22. Вебер, Макс. 2006. Политички списи: Београд: „Филип Вишњић“, Службени гласник. (Veber, Maks. 2006. *Politički spisi*: Beograd: „Filip Višnjić“, Službeni glasnik).
 23. Јовановић, Милан. 2011. Облици директне демократије – народна иницијатива и референдум. *Српска политичка мисао*. Београд: Институт за политичке студије. (Jovanović, Milan. 2011. *Oblici direktne demokratije – narodna inicijativa i referendum*. Srpska politička misao. Beograd: Institut za političke studije).
 24. Марковић, Ратко. 2013. Уставно право. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Marković, Ratko. 2013. *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu).
 25. Матић, Петар, Мировић Јанковић, Александра. 2017. Директна демократија и њене последице на систем политичког представљања. *Српска политичка мисао*. 4/2017, (58), Београд: Институт за политичке студије. (Matić, Petar, Mirović Janković, Aleksandra. 2017. *Direktna demokratija i njene posledice na sistem političkog predstavljanja*. Srpska politička misao. 4/2017, (58), Beograd: Institut za političke studije).
 26. Матић, Петар. 2015. Директна демократија и јавне политике. *Администрација и јавне политике*. 3/2015. Београд: Институт за политичке студије. (Matić, Petar. 2015. *Direktna demokratija i javne politike*. Administracija i javne politike. 3/2015. Beograd: Institut za političke studije).
 27. Матић, Петар. 2011. Генеа и развој локалне самоуправе у Србији. у Ђурић, Живојин, Јовановић, Милан (ур.). *Противречности политичког система*. Београд: Институт за политичке студије. (Matić, Petar. 2011. *Geneza i razvoj lokalne samouprave u Srbiji*. u Đurić, Živojin, Jovanović, Milan (ur.). *Protivrečnosti političkog sistema*. Beograd: Institut za političke studije).
 28. Матић, Петар. 2012. Редизајнирање локалне самоуправе – теоријски и упоредни оквир за модернизацију локалне самоуправе у Србији. Београд: Институт за политичке студије. (Matić, Petar. 2012. *Redizajniranje lokalne samouprave – teorijski i uporedni okvir za modernizaciju lokalne samouprave u Srbiji*. Beograd: Institut za političke studije).
 29. Новаковић, Александар, Радојевић, Мијодраг. 2015. Директна демократија у Србији – Основне смернице и методолошка разматрања пројекта истраживања: „Искуства и перспективе директне демократије у Србији. *Српска политичка мисао*. 1(47). Београд: Институт за политичке студије. (Novaković, Aleksandar, Radojević, Mijodrag. 2015. *Direktna demokratija u Srbiji – Osnovne smernice i metodološka razmatranja projekta istraživanja: „Iskustva i perspektive direktne demokratije u Srbiji*. Srpska politička misao. 1(47). Beograd: Institut za političke studije).
 30. Радојевић, Мијодраг. 2023а. О облицима непосредне демократије – између идеала, традиције и садашњости: у: Душко Челић, Страхиња Миљковић (ур.). *Право између идеала и стварности*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиште у Косовској Митровици, Институт за упоредно право. (Radojević, Mijodrag. 2023a. *O oblicima neposredne demokratije – između ideala, tradicije i sadašnjosti*: u: Duško

-
- Čelić, Strahinja Miljković (ur.). Pravo između ideala i stvarnosti, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedište u Kosovskoj Mitrovici, Institut za uporedno pravo).
31. Радојевић, Мијодраг. 2023б. Локална демократија и облици директног учешћа грађана у власти. *Српска политичка мисао*. 3/2023, (81). Београд: Институт за политичке студије. (Radojević, Mijodrag. 2023b. Lokalna demokratija i oblici direktnog učešća građana u vlasti. *Srpska politička misao*. 3/2023, (81). Beograd: Institut za političke studije).
 32. https://ballotpedia.org/Forms_of_direct_democracy_in_the_American_states
 33. https://ballotpedia.org/Initiative_states_compared_by_number_of_initiatives_on_their_ballot
 34. <https://www.nber.org/digest/apr05/lock-effect-californias-proposition-13>
 35. https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2023/Berichte_Stellungnahmen/BBBericht_Summary_20230621_final_ENG.pdf
 36. <https://ohiocapitaljournal.com/2023/03/31/teddy-roosevelts-speech-to-the-1912-ohio-constitutional-convention/>
 37. https://calbudgetcenter.org/app/uploads/2018/09/Issue-Brief_Proposition-13-Its-Impact-on-California-and-Implications_04.1997.pdf

ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА НЕПОСРЕДНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ У УПОРЕДНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА – С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НЕМАЧКУ И СЈЕДИЊЕНЕ АМЕРИЧКЕ ДРЖАВЕ

Мијодраг Радојевић⁶

Институт за политичке студије

Петар Матић⁷

Институт за политичке студије

Сажетак: Са кризом легитимитета представничке демократије широм света, инструменти директне демократије изнова добијају на пуном замаху. Циљ правних и политичких реформи у многим етаблираним демократијама усмерен је на враћање процеса одлучивања у руке самих грађана како би се оснажио пољуљани легитимитет и повратило поверење у политички систем. Аутори за студије случаја узимају САД и СР Немачку као системе који не примењују механизам директне демократије на националном власти, већ је он развијен у законодавству на нивоу федералних јединица, региона и јединица локалне самоуправе. У Немачкој постоји формални уставни основ директне демократије, а у САД он није уграђен у федерално законодавство. У пракси, широки дијапазон нормативних решења производи и разноврсне последице.

Аутори анализирају инструменте непосредне демократије у вертикалној организацији власти унутар ових великих уставних система, као и разлоге које су довели до њихове уградње у правни оквир. Затим, истражују последице примене нормативних инструмената у институционалном и друштвеном контексту. У истраживању, аутори користе методе правних наука, пре свега упоредног права, с циљем да упореде механизме директне демократије у САД и СР Немачке са решењима из других правних и политичких система. Политиколошки методи, а пре свега институционална парадигма, користе се зарад препознавања одређених образаца које форме непосредне демократије производе на различитим нивоима власти.

Кључне речи: директна демократија, представничка демократија, референдум, народна иницијатива, устав.

⁶ Научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, ORCID: 0000-0002-1104-9219

⁷ Научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, ORCID: 0000-0003-0205-9762, e-mail: pmatic75@gmail.com

IZMENE ZAKONA U VEZI SA IZBORNIM PROCESOM KAO POSLEDICA DIJALOGA IZMEĐU RELEVANTNIH POLITIČKIH AKTERA I ORGANIZACIJA CIVILNOG DRUŠTVA U PERIODU OD 2019. DO 2022. GODINE U REPUBLICI SRBIJI

Nikola Perišić¹

Institut za političke studije

Sažetak: Uoči redovnih parlamentarnih izbora 2020. godine u Republici Srbiji deo opozicionih političkih stranka i organizacija okupljenih u koaliciji „Savez za Srbiju“ najavio je bojkot izbornog procesa zbog nedovoljnih uslova koji omogućuju slobodne izbore. Kao posledica te najave pokrenut je niz pregovora na Fakultetu političkih nauka između predstavnika svih relevantnih političkih subjekata kako bi se unapredili izborni uslovi. Iako je do određenih izmena zakonskih procedura koje su u vezi sa izbornim procesom došlo, to nije bilo dovoljno da koalicija „Savez za Srbiju“ učestvuje na parlamentarnim izborima 2020. godine. Značajnijih izmena tokom tog procesa pregovora nije bilo, osim, spuštanja izbornog praga sa 5% na 3% iako to niko od političkih aktera nije predlagao tokom procesa pregovora. Do sličnih razgovora je došlo i tokom 2021. godine kada su se paralelno odvijala dva razgovora: jedan, u kojem su učestvovali evroparlamentarci, i, drugi, u okvirima Narodne skupštine Republike Srbije koje je moderirao Ilica Dačić kao tadašnji predsednik Narodne skupštine. Kao jedna od najznačajnijih posledica tih pregovora jeste formiranje Privremenog nadzornog tela za praćenje medija u toku izborne kampanje, ali bez jasnih ovlašćenja koje je taj organ imao. Tako da se ti razgovori mogu smatrati nešto uspešnijim, jer su doveli do učestvovanja u izbornom procesu 2022. godine svih relevantnih političkih aktera. Kakve proceduralne promene su izazvali svi ovi pregovori, a koji elementi bi mogli dodatno da se unaprede i kakva je uloga u čitavom tom procesu bila organizacija civilnog društva koje se bave izbornim uslovima u Srbiji, ispitaće se u ovom radu.

Ključne reči: izborni proces, međustranački dijalog, organizacije civilnog društva, izborni zakoni, izborni uslovi.

1. UVOD

Redovni izborni procesi nisu u potpunosti karakteristika višepartijskog političkog sistema u Srbiji. U periodu od 1990. do 2024. godine bilo je samo tri skupštinska saziva koja su funkcionisala u svom čitavom mandatu od četiri godine. Parlamentarni izbori 2020. godine bili su, tek, treći redovni izbori od obnove višestranačkog sistema 1990. godine. U drugoj polovini 2018. godine

¹ Naučni saradnik, Institut za političke studije, nikola.perisic@ips.ac.rs ORCID broj: 0000-0002-3642-0731

dolazi do fizičkog napada na Borka Stefanovića što dovodi do višemesečnih protesta koji su otpočeti pod nazivom *Stop krvavim košuljama* da bi kasnije bili organizovani pod nazivom *Jedan od pet miliona*. Opozicione političke grupacije koje su učestvovala u tim protestima, formalizuju svoje delovanje u okviru koalicije *Savez za Srbiju*. *Savez za Srbiju* činile su: *Narodna stranka*, *Demokratska stranka*, *Dveri*, *Zdrava Srbija*, *Pokret za preokret*, *Levica Srbije*, *Pokret slobodnih građana* (PSG), pokret sa Kosova i Metohije *Otađbina*, *Sindikat Sloga* i *Zajedno za Srbiju*.² U okviru *Saveza za Srbiju* formira se nestranačka eksperetska grupa koju su uglavnom činili univerzitetski profesori i javne ličnosti koja je za cilj imala formiranje zahteva koji bi trebalo da obezbede „slobodne i poštene izbore“. Ekspertske tim su činili: Čedomir Čupić, Snježana Milivojević, Dušan Vučićević, Jovanka Matić, Boban Stojanović, Zoran Gavrilović, Srđan Dragojević, Vukašin Obradović i drugi...³ Kao posledica rada ovog tima, a u dogovoru sa delom opozicionih lidera, predstavljen je Sporazum sa narodom koji je obuhvatio sedam tačaka i u kojem je precizirano da „ukoliko se ne stvori minimum uslova za slobodne i poštene izbore, na tim izborima se neće učestvovati“.⁴ Zbog toga, Fond za otvoreno društvo tokom jula 2019. godine započinje razgovore sa svim relevantnim političkim akterima na Fakultetu političkih nauka u Beogradu. Učestvovali su predstavnici različitih političkih subjekata, ali i organizacija civilnog društva kao što su CESID, CRTA, Transparentnost, Centar za praćenje izbora i izbornih procedura i drugi... Kasnije tokom 2019. godine održane su i tri runde razgovora u kojima je posredovao i Evropski parlament i njihov izaslanik i predsednik Spoljnopolitičkog odbora Evropskog parlamenta Dejvid Mekalister (David McAllister). Sami razgovori bi mogli da se označe kao neuspešni jer je koalicija *Savez za Srbiju* odlučila da ne učestvuje na izborima 2020. godine. Međutim, sam izborni proces koji je trebalo da se održi u martu 2020. godine, pomeren je za jun jer je početkom marta došlo do epidemije korona virusa i u Srbiji je bilo skoro dvomesečno vanredno stanje. Kada se ušlo u nove izborne tokove po okončanju vanrednog stanja neke grupacije koje su bile potpisnice Sporazuma sa narodom kao što su na primer *Pokret slobodnih građana* ili *Pokret 1 od 5 miliona*, odlučili su da učestvuju na junskim izborima 2020. godine. To je dovelo do okončanja funkcionisanja *Saveza za Srbiju*, a politički život Srbije odvelo u tenzičnu i polarizujuću situaciju što se najbolje ogleda u činjenici da su u periodu od 2020. do 2024. dva puta raspisivani vanredni parlamentarni izbori uoči kojih su se obavljali razgovori između različitih političkih i izbornih učesnika uz neretko prisustvo i međunarodnih predstavnika. Bez obzira što su svi akteri uzeli učešće u izbornim procesima 2022. i 2023. godine, na vanrednim izborima u Beogradu 2024. godine *Stranka slobode i pravde* (SSP), *Srbija centar* (SRCE) i *Zajedno* su se odlučile na bojkot što može imati dugotrajnu posledicu po funkcionisanje političkog života gde se dijalog između političkih neistomišljenika izmešta iz okvira institucija. To se može smatrati elementom koji ugrožava razvoj demokratskih kapaciteta jednog društva i države.

² <https://www.021.rs/story/Info/Srbija/196102/Zvanicno-formiran-Savez-za-Srbiju.html> Pristupljeno 4. avgusta 2024. godine

³ <https://www.ozonpress.net/drustvo/na-protestu-1-od-5-miliona-saopsten-strucni-tim-za-dijalog-sa-vlascu/> Pristupljeno 4. avgusta 2024. godine

⁴ <https://www.slobodnaevropa.org/a/29754704.html> Pristupljeno 4. avgusta 2024. godine

2. TEORIJSKI OKVIR

Redovni izborni procesi su jedan od stubova demokratije. Tačnije, bez izbornog procesa se ne može govoriti da se bilo koja vlast može uspostaviti na legalan i legitiman način.⁵ Međutim, nije dovoljno samo zaovoljiti taj aspekt, već je važno da ti izborni procesi budu „takmičarski“, odnosno da budu „slobodni i poštteni“. Pod „slobodnim i poštenim izborima“ podrazumeva se mogućnost da građani „glasaju bez straha da će vlast nad njima sprovoditi represiju“, kao i da će se svi glasovi podjednako vrednovati.⁶ Kao najvažniji aspekti koji moraju da budu ispunjeni smatra se postojanje medijske slobode i pluralizam, nezloupotrebljavanje javnih resursa u stranačke svrhe, kao i nepostojanje pritisaka na birače.⁷ Tako se omogućava da kandidati i drugi izborni učesnici vode „slobodnu kampanju“.⁸ To predstavlja najznačajnije indikatore za razvoj demokratskih kapaciteta unutar jednog društva, pogotovu za društva koja imaju komunističko i socijalističko nasleđe. Postojanje ravnopravnih izbornih uslova pogotovu je važno za države koje spadaju u „mlade demokratije“ kao što je slučaj sa Srbijom.⁹ Takve države imaju dodatni izazov da nastave sa demokratskom praksom jer se globalno zapaža razvoj krize demokratije.¹⁰ Uspostavljanje „slobodnih i poštenih izbora“ predstavlja jednu od najznačajnijih tačaka u procesu demokratske konsolidacije.¹¹ Sličnog stanovišta je i Morlin koji govori da je postojanje „slobodnih i poštenih izbora“ jedan od pragova kojim se neko društvo može označiti kao demokratsko.¹² Kada ne postoje minimalni uslovi za „slobodne i poštene izbore“ može se govoriti da se takav sistem naziva hibridni u kojem postoje određeni demokratski elementi, ali i autokratski.

Može se govoriti i o širem skupu elemenata koji treba da budu obuhvaćeni kako bi se izborni proces u potpunosti smatrao „slobodnim i poštenim“. Naime, pre samog izbornog procesa mora da bude omogućena sloboda kretanja, sloboda udruživanja, sloboda govora, sloboda okupljanja, odsustvo prepreka za učestvovanje na izborima i jednako i univerzalno pravo glasa.¹³ Uz to, potrebno je obezbediti i institucionalni okvir koji se zasniva na izbornim zakonima koji ne favorizuju niti jednog političkog aktera, da postoji „sređen“ birački spisak, uspostavljanje rada nepristrasne biračke komisije, regulisanje perioda kampanje, mogućnost da svi izborni učesnici pod istim uslovima predstave svoj program u medijima, kao i jednaka raspodela finansijskih sredstava izbornim akterima.¹⁴ Tokom izbornog dana potrebno je da bude obezbeđen pristup izbornim mestima od strane partija, domaćih i stranih posmatrača i medija, da se ne narušava tajnost glasanja, kao i da

5 Milan Jovanović, „Od zahteva za slobodne i poštene izbore do izborne reforme – dijalog vlasti i opozicije u Srbiji 2019. godine“, *Sociološki pregled*, 55 (2021). 268.

6 Robert Dahl, *On democracy* (Zagreb: Politička kultura, 2000). 99.

7 Nebojša Vladislavljević, *Izbori, demoracija i takmičarski autoritarizam u Srbiji (1990-2020)*, U: *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (Beograd: Institut za političke studije, 2020)

8 Larry Diamond, *The spirit of democracy: the struggle to build free societies throughout the world*. (New York: Times Books/Henry Holt and Co, 2008). 24.

9 Nebojša Vladislavljević, *Izbori, demoracija i takmičarski autoritarizam u Srbiji (1990-2020)*,

10 Steven Levitsky, & Lucan Way, „The New Competitive Authoritarianism“. *Journal of Democracy*, 31 (2020). 56.

11 Juan Linz, & Alfred Stepan, „Toward Consolidated Democracy“. *Journal of Democracy*, 7. (1996). 17.

12 Leonardo Morlino, „Are There Hybrid Regimes? Or are They Just an Optical Illusion?“. *European Political Science Review*, 1. (2009). 282.

13 Vladimir Goati, *Izbori u SRJ 1990-1998. Volja građana ili izborna manipulacija* (Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju, 2001). 18.

14 Isto, 19.

bude stvorena adekvatna i transparentna procedura brojanja glasova i raspodela manadata.¹⁵ Po završetku izbornog procesa neophodno je blagovremeno javnost obavestiti o konačnim rezultatima izbora, kao i koje žalbe su podnete i kakva je odluka u vezi s tim pitanjima.¹⁶ Na osnovu ovog niza pravila i postupaka koje je dao Goati, može se zaključiti da na „slobodne i fer“ izbore utiče niz zakonskih procedura i drugih institucionalnih rešenja koja se odnose na period od raspisivanja izbora do saopštavanja konačnih rezultata i raspodele mandata. Ono što se pokazalo kao sistemski problem u funkcionisanju demokratskog političkog sistema u Srbiji od obnove višepartizma su finansiranje izbornih kampanja, zloupotreba državnih resursa u stranačke svrhe i izveštavanje medija.¹⁷ Upravo pojedini elementi koji su predloženi su neretko bili tema dijaloga koji je u prethodnim godinama vođen između predstavnika vladajućih i opozicionih političkih stranaka, predstavnika organizacija civilnog društva i stručnog dela javnosti.

3. DIJALOG UOČI PARLAMENTARNIH IZBORA 2020. GODINE

Kao što je predloženo u prethodnom delu sa praksom razgovora između predstavnika vladajućih i opozicionih političkih stranaka, uz posredstvo i aktivno učešće organizacija civilnog društva započeto je uoči parlamentarnih izbora 2020. godine. Glavni razlog za to je bio najavljeni bojkot dela opozicionih stranaka okupljenih u *Savez za Srbiju*. To je bio prvi najavljen bojkot određenih političkih aktera još od 1997. godine. Nešto ranije, pre same najave bojkota, u okviru protesta *1 od 5 miliona* stručni tim je izašao sa šest tačaka koje su prerasle u zahteve dela opozicionih stranaka, a čiji je cilj da se unapredi izborni proces. Ti zahtevi su obuhvatali: kontrolu biračkog spiska, obuku članova izbornih organa, sprečavanje funkcionerske kampanje i pritiska na birače, zaštitu tajnosti glasanja, ali i medijski aspekt koji se odnosio na blagovremeno informisanje javnosti o stavovima opozicionih grupacija putem javnog servisa i drugih kanala koji imaju nacionalnu pokrivenost i redovnu prisutnost opozicionih predstavnika u informativnim emisijama, potpuno popunjavanje članova Saveta Regulatora elektronskih medija (REM).¹⁸ Upravo su to bili glavni zahtevi sa kojima su opozicioni akteri došli na razgovore koji su ubrzo pokrenuti na Fakultetu političkih nauka u Beogradu. U tom dijalogu su učestvovala i nevladine organizacije koje imaju višedecenijsko iskustvo u praćenju izbornih procesa u Srbiji.

Centar za slobodne izbore i demokratiju (CESID) je predložio niz mera koje se odnose na različite oblasti zaštite izbornog prava i obezbeđivanje demokratskog izbornog procesa. Najveći deo preporuka ukupno 10, posvećen je medijskoj regulativi tokom kampanje. Predloženo je da se formira Nadzorni odbor Narodne skupštine Republike Srbije koji bi ukupno imao 10 članova; pet izabranih na predlog poslaničkih grupa i pet na predlog Vlade Srbije.¹⁹ Uz to, predloženo

¹⁵ Isto, 19.

¹⁶ Isto, 19.

¹⁷ Dušan Vučićević, „Democratization through elections – electoral authoritarianism in Serbia.“ *Politička revija*, 26 (2010). 4.

¹⁸ Jovanović, „Od zahteva za slobodne i poštene izbore do izborne reforme – dijalog vlasti i opozicije u Srbiji 2019. godine“, 274.

¹⁹ Centar za slobodne izbore i demokratiju (CESID), *Dijalog o unapređenju izbornih uslova Pregled postignutog: rezultati, polovični rezultati i propuštene prilike* (Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju, 2020). 6.

je da Regulator elektornskih medija (REM) tokom kampanje izlazi sa rezultatima monitoringa kampanje, a ne samo sa finalnim izveštajem na kraju kampanje.²⁰ U okviru medijskih predloga treba izdvojiti i zamisao da se predizborna tišina smanji sa 48 sati na 24 i da kršenje predizborne tišine kontrolišu Republička izborna komisija (RIK), Regulator elektronskih medija (REM) i potencijalno novoustavljeno telo Skupštine Nadzorno telo za medije.²¹ Međutim, ostalo je nejasno zbog čega su iz CESID-a insistirali na ovoj odredbi kada u vremenu digitalnih i društvenih medija postojanje predizborne tišine gubi na značaju. U okviru oblasti izborne administracije predloženo je da se standardizuje rad biračkih odbora tako što bi jasno bila utvrđena merila na osnovu kojih bi se birali članovi biračkih odbora.²² Deo preporuka je posvećen i striktnijoj kontroli finansijskih sredstava koja se koriste u kampanji što je obuhvaćeno izmenama Zakona o finansiranju političkih aktivnosti, kao i da se javni funkcioneri tokom kampanje izjašnjavaju u kom svojstvu javno nastupaju.²³ Usvojen je Kodeks ponašanja državnih službenika i izmene Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije koji je institucionalizovao zabranu korišćenja javnih resursa kao što su prostorije, automobili, inventar, itd... i javnih skupova u promocije određene političke stranke, a u slučaju prekršaja ovih odredbi novčane kazne su povećane sa 50 000 dinara na 100 000.²⁴ Ponovljeno je da je posebno potrebno zaštititi tajnost glasanja kod građana i građanki koji su zaposleni u javnim organima, kao i da je potrebna dodatna revizija biračkog spiska.²⁵ Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost (CRTA) je dao slične preporuke uoči izbora 2020. godine i najviše su se fokusirali na medije i insistirali su na uvođenju redovnih izveštaja REM-a tokom kampanje, kao i da REM u roku od pet dana odlučuje o prigovorima koje dobija.²⁶ I CRTA je promovisala značaj sređivanja biračkog spiska, suzbijanja funkcionerske kampanje i profesionalizacije biračkih odbora.²⁷

Sam dijalog nije dao rezultate i deo učesnika sa opozicionog spektra političkog delovanja je napustio razgovore i proglasio bojkot izbora planiranih za mart 2020. godine. Ipak, došlo je do određenih izbornih reformi, čak se može smatrati da su izborne promene iz 2020. godine i najveće promene u izbornim pravilima od 2000. godine kada je uvedeno da je cela država jedna izborna jedinica. Na predlog vladajuće Srpske napredne stranke smanjen je izborni prag sa 5% na 3%.²⁸ Isto pravilo je uvedeno i za izbore na lokalnom nivou.²⁹ Takva odluka o smanjenju izbornog cenzusa, obrazložena je činjenicom da će se na taj način povećati reprezentativnost skupština na republičkom i lokalnom nivou.³⁰ Takođe, važna izborna promena se odnosi i na stranke koje imaju status nacionalnih manjina. Naime, uveden je koeficijent za sve političke subjekte koji imaju status nacionalnih manjina koje osvoje manje od 3% glasova, njihov izborni rezultat se množi sa

²⁰ Isto, 6.

²¹ Isto, 7.

²² Isto, 4.

²³ Isto, 5.

²⁴ Isto, 6.

²⁵ Isto, 9.

²⁶ Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost (CRTA), *CRTA preporuke za unapređenje izbornih uslova do 2020. godine* (Beograd: Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost, 2019). 11.

²⁷ Isto, 14-16.

²⁸ *Zakon o izboru narodnih poslanika* «Sl. glasnik RS», br. 14/2022. Član 128.

²⁹ *Zakon o lokalnim izborima* «Sl. glasnik RS», br. 14/2022 i 35/2024. Član 61.

³⁰ Milan Jovanović, i Nikola Perišić, „Posledice izmena zakonskog izbornog praga na predstavljenost stranaka nacionalnih manjina – lokalni izbori u Srbiji 2020. godine“. *Srpska politička misao*, 73 (2021). 86.

35%.³¹ To se smatra afirmativnom merom koja se neretko institucionalizuje u političkom životu sa željom da se određenim grupama olakša pristup organima javne vlasti jer su istorijski osetile štetu.³² Međutim, u ovom konkretnom slučaju dolazi do apsurdne situacije jer „nagrađuje“ lošiji izborni rezultat i primera radi izborni akter koji ima 2,99% glasova dobija veći broj mandata od političke opcije koja je osvojila 3,01% glasova. Tako da ostaje nejasno šta je zakonodavac želeo da postigne ovakvim zakonskim rešenjem. Treba naglasiti da niko od političkih aktera, uključujući i one sa statusom nacionalne manjine, nije tražio snižavanje izbornog praga, a sama promena je usvojena nekoliko meseci uoči parlamentarnih izbora što se može smatrati lošom praksom jer je nepisani standard da se u izornoj godini ne menjaju izborna pravila.³³ Uz to, deo akademske zajednice ocenio je da je ovakvom odlukom koja se odnosi na izborni učinak stranaka nacionalnih manjina povredio Ustav jer je narušena „jednakost i opštost izbornog prava“.³⁴

Još jedna promena u izbornim pravilima, o kojima nije bilo reči tokom međustranačkog dijaloga jeste uvođenje mogućnosti da se potpisi neophodni za učešće u izbornom procesu, overavaju i u opštinskoj, odnosno gradskoj upravi, uz dotadašnju odredbu da se overavaju kod javnih beležnika (notara).³⁵ Ta odluka je obrazložena činjenicom da je izborni proces 2020. godine sproveden tokom pandemije virusa korona i da politički učesnici nisu imali dovoljno vremena da obezbede neophodne javne beležnike koji bi validirali potpise koje su prikupili. Međutim, pojedini eksperti za izbore i političke partije ukazuju na mogućnost zloupotrebe ovakvog zakonskog rešenja, kao što je na primer *Pokret slobodnih građana* (PSG) imao preko pet hiljada prikupljenih potpisa 2020. godine na Novom Beogradu, a u drugim beogradskim opštinama i gradovima u Srbiji daleko manje (u proseku manje od hiljadu).³⁶ Pritom, nisu učestvovali na lokalnim izborima na Novom Beogradu. Iako je predstavljena kao privremeno zakonsko rešenje, ono je ostalo deo izbornog zakonodavstva i za naredne izborne procese, a zloupotreba tog zakonskog rešenja je nastavila da se ponavlja. Tačnije uoči parlamentarnih izbora 2022. godine, nelogičnosti prilikom prikupljanja potpisa, primećeno je kod tri liste: *Novi DSS*, *Suverinisti* i koalicija *SDS-Nova-1 od 5 miliona*.³⁷

Na osnovu predloga Centra za slobodne izbore i demokratiju (CESID) Regulator elektorskih medija (REM) počeo je da radi u punom sastavu i usvojen je Nacrt Plana praćenja programa pružalaca medijskih usluga tokom predizborne kampanje za republičke, pokrajinske i lokalne izbore što je podrazumevalo monitoring javnih medijskih servisa (kanala Radio-televizija Srbije i Radio-televizije Vojvodine), kao i komercijalnih kanala sa nacionalnom frekvencijom i periodični monitoring drugih kablovskih kanala.³⁸ Imajući u vidu činjenicu da su različiti činioци ukazivali na slične aspekte koje treba unaprediti u izbornom procesu, potrebno je bilo izmeniti

31 *Zakon o izboru narodnih poslanika* «Sl. glasnik RS», br. 14/2022. Član 140.

32 Vladimir Đurić, *Afirmativna akcija* (Beograd: Institut za uporedno pravo, 2007). 8.

33 Jovanović, „Od zahteva za slobodne i poštene izbore do izborne reforme – dijalog vlasti i opozicije u Srbiji 2019. godine“, 276.

34 Isto, 276.

35 *Zakon o izboru narodnih poslanika* «Sl. glasnik RS», br. 14/2022. Član 72.

36 <https://nova.rs/vesti/politika/stojanovic-kako-su-sns-i-sapic-overavali-potpise-za-druge/> Pristupljeno 16. avgusta 2024.

37 <https://demostat.rs/sr/vesti/ekskluziva/potpisi-za-izbore-kod-tri-liste-ima-nelogicnosti-i-sumnji-zloupotrebe/1441> Pristupljeno 16. avgusta 2024

38 Nikola Perišić, i Savo Simić, „Medijske javne politike nevladinih organizacija u poboljšanju kvaliteta izbornog procesa u Republici Srbiji od 2019. do 2023.“ U: *Analitički centri: Uloga u kreiranju javnih politika u Srbiji* (Beograd: Institut za političke studije, 2024). 108.

set različitih zakona koji uređuju izborni proces do čega nije došlo. Tako da je bilo jasno da će se novi dijalog otvoriti po završetku izbornog procesa 2020. godine i da će to usloviti nove vanredne parlamentarne izbore. Izborne reforme koje su sprovedene 2020. godine nisu bile plod dogovora između političkih elita i nisu zahvatile oblasti na koje su insistirali različiti akteri tokom sprovođenja procesa međustranačkog dijaloga tako da su to bili jasni elementi koji su doveli do otvaranja novog dijaloga u postizbornom periodu.

Zbog vanrednog stanja koje je uslovljeno pandemijom virusom korona u Srbiji je u martu 2020. proglašeno vanredno stanje iz tog razloga su parlamentarni izbori pomereni za drugu polovinu juna. Pojedini opozicioni akteri su promenili stav po pitanju bojkota i odlučili su da nastupe na izborima, ali bez značajnijeg uspeha jer su samo tri izborne liste prešle smanjeni izborni prag od 3%. To je dovelo do pregrupisanja na opozicionom spektru i kraj saradnje u okviru „Saveza za Srbiju“.³⁹

4. DIJALOG UOČI PARLAMENTARNIH IZBORA 2022. GODINE

Nedostatak legitimiteta skupštinskog saziva koji je izabran posle junskih izbora 2020. godine, uslovio je nove vanredne parlamentarne izbore 2022. godine koji su održani istovremeno sa redovnim predsedničkim izborima i izborima za glavni grad Srbije. Uz to, tokom 2021. godine u Srbiji je održan niz ekoloških protesta koji su nesumnjivo bili dodatni i značajni element da se raspišu vanredni parlamentarni izbori. Zbog toga se izalzak iz političke krize koja je bila uslovljena različitim događajima tražio kroz izbore. Mada pojedini stručnjaci smatraju da su vanredni parlamentarni izbori 2022. godine „jedni od najčudnijih izbornih procesa u istoriji višestranačkog života u Srbiji, posmatrajući u kontekstualnom smislu“ jer im je prethodio niz značajnih događaja na unutrašnjem i geopolitičkom planu.⁴⁰ Kako se ne bi ponovio scenario iz 2020. najavljeni su razgovori između predstavnika vladajućih i opozicionih političkih subjekata. Ovog puta su se pregovori odvijali institucionalno, uz posredstvo tadašnjeg predsednika Skupštine Ivice Dačića. Uloga civilnog sektora je bila smanjena. Pojedine građanske opozicione opcije tražile su uključivanje i evroparlamentaraca. Evropski parlament je za učešće u tom dijalogu delegirao Vladimira Bilčeka i Tanju Fajon.⁴¹ Međutim, to je izazvalo otpor kod opozicionih političkih aktera koje su pronacionalnog usmerenja što je uslovlilo dijalog na dva nivoa, sa i bez predstavnika Evropskog parlamenta. Razgovori koji su vođeni na nacionalnom nivou rezultirali su Sporazumom o poboljšanju izbornih uslova za sve aktere uoči vanrednih parlamentarnih izbora 2022. godine.⁴² Najkonkretnija promena koja je proizašla iz međusobnih razgovora političkih aktera jeste smanjenje broja potpisa za učešće stranaka nacionalnih manjina sa dotadašnjih deset hiljada potpisa na pet

³⁹ <https://www.danas.rs/vesti/politika/savez-za-srbiju-vise-ne-postoji/> Pristupljeno 7. avgusta 2024.

⁴⁰ Душан Спасојевић, „Чудно да чудније не може бити – контекст општих избора у Србији 2022. године“, *Српска политичка мисао, посебно издање*, 4 (2022). 16.

⁴¹ <https://www.blic.rs/vesti/politika/predlozite-platforme-i-predstavnike-dacic-pozvao-sve-stranke-na-ucesce-u-elvk2s9> Pristupljeno 7. avgusta 2024.

⁴² Perišić, Simić, „Medijske javne politike nevladinih organizacija u poboljšanju kvaliteta izbornog procesa u Republici Srbiji od 2019. do 2023.“ 111.

hiljada.⁴³ Odnosno na lokalnom nivou za političke subjekte koji imaju status nacionalnih manjina potrebno je dvostruko manje potpisa.⁴⁴ Predlog te mere proizašao je od Stranke pravde i pomirenja.

Još jedna značajna tema koja je bila česta u razgovorima različitih političkih aktera jeste birački spisak. Pokušano je da se 2021. godine formira nova Radna grupa Vlade od predstavnika različitih političkih stranaka i grupa, ali bezuspešno.⁴⁵ Promena koja je doneta po tom pitanju je da od 2022. godine je delimično otvaranje biračkog spiska koje je zasnovano na mogućnosti da se vidi spisak ličnih imena pojedinaca koji glasaju na određenom biračkom mestu.⁴⁶

U okviru izborne administracije je došlo do najvećih promena kada je u pitanju sprovođenje izbornog procesa. Uvedena je odredba po kojoj Republička izborna komisija (RIK) mora u roku od 48 sati da reaguje po prigovoru predstavnika proglašanih izbornih lista ili predstavnika posmatračke misije ukoliko smatraju da im nije dozvoljeno da imaju uvid u izborni materijal.⁴⁷ Istovremeno, utvrđeno je da članovi i zamenici članova u stalnom sastavu RIK-a se imenuju na predlog poslaničkih grupa srazmerno njihovoj veličini u Narodnoj skupštini, s tim da nijedna poslanička grupa ne može imati više od polovine od ukupnog broja članova RIK-a koji je ostao 16.⁴⁸ Moguće je i izjaviti žalbu na odluku o imenovanju članova i zamenike članova RIK-a i po njoj odlučuje Upravni sud.⁴⁹ Novina je da može da se podnese i zahtev za poništavanje glasova na biračkom mestu u roku od 72 sata od kada je zatvoreno biračko mesto, a na to ima pravo podnosilac izborne liste ili birač koji je upisan kao glasač na tom biračkom mestu.⁵⁰ Proširenje roka na 72 sata može se smatrati primerom dobre prakse i usklađenosti sa međunarodnim standardima i načelima Evropske unije jer se taj period smatra optimalnim za prikupljanje neophodnog dokaznog materijala koji će biti presudan za donošenje konačne odluke nadležnog organa.⁵¹ Kako bi se olakšalo podnošenje prijave, stvoreni su standardizovani obrasci koju mogu da se preuzmu na veb sajtu Republičke izborne komisije.⁵² Uvedeni su i novi organi za sprovođenje izbornog procesa, a to su lokalne izborne komisije koje su nadležne za opštinske i gradske izbore.⁵³ Zakon propisuje da lokalna izborna komisija ima stalne članove i njihove zamenike, a broj zavisi od broja upisanih birača u jedinici lokalne samouprave, a imenuju se na predlog odborničkih grupa srazmerno njihovoj zastupljenosti u lokalnoj skupštini.⁵⁴ Jedno od najznačajnijih ovlašćenja koje ima lokalna izborna komisija jeste da može da poništi izbore na određenom biračkom mestu po službenoj dužnosti.⁵⁵ Značajna izmena je uneta i oblast finansiranja političkih subjekata jer je izmenom zakonskog okvira određeno da

43 *Zakon o izboru narodnih poslanika* «Sl. glasnik RS», br. 14/2022. Član 139.

44 *Zakon o lokalnim izborima* «Sl. glasnik RS», br. 14/2022 i 35/2024. Član 77.

45 <https://pescanik.net/biracki-spisak-u-senci/> Pristupljeno 10. avgusta 2024.

46 Isto.

47 *Zakon o izboru narodnih poslanika* «Sl. glasnik RS», br. 14/2022. Član 49.

48 Isto, član 18.

49 Isto, član 18.

50 Isto, član 148.

51 Centar za slobodne izbore i demokratiju (CESID), *Šta nam donosi novi set izbornih zakona?* (Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju, 2022). 11.

52 Centar za slobodne izbore i demokratiju (CESID), *Šta nam donosi novi set izbornih zakona?* (Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju, 2022). 4.

53 Маја Настић, „Промена изборних правила – нова решења, корак напред?“, *Српска политичка мисао, посебно издање*, 4 (2022). 42.

54 *Zakon o izboru narodnih poslanika* «Sl. glasnik RS», br. 14/2022. Član 29.

55 Маја Настић, „Промена изборних правила – нова решења, корак напред?“, *Српска политичка мисао, посебно издање*, 4 (2022). 43.

30% od ukupnih sredstava koja su namenjena za političke aktere bude jednako raspodeljeno svim izbornim učesnicama, a ostalih 70% strankama koje pređu izborni prag.⁵⁶

Primetno je da je uoči vanrednih parlamentarnih izbora 2022. godine izmenjen veliki aspekt proceduralnih elemenata unutar zakonodavstva koji uređuje izborne procedure. To nesumnjivo ima značaj za unapređenje kvaliteta samog izbornog procesa za sve učesnike, ali ostaje utisak da se po pitanju najznačajnijih aspekata koji imaju uticaj na izborni ishod i na koje različiti subjekti decenijama unazad ukazuju, nisu dovoljnim obimom zahvaćeni promenama izbornih zakona. Centralna tema razgovora bio je položaj medija tokom kampanje. Kao plod međustranačkog dijaloga formirano je Privremeno nadzorno telo čiji je zadatak bio praćenje i monitoring medija tokom kampanje sa posebnim fokusom na izveštavanje javnih medijskih servisa Radio-televizije Srbije (RTS) i Radio-televizije Vojvodine (RTV).⁵⁷ Određeno je da Privremeni organ ima 12 članova od kojih šest predlaže Narodna skupština (dogovoreno je da samo opozicione poslaničke grupe predlože članove), a šest Savet Regulatora elektronskih medija (REM), a za predsednika je izabran Rade Veljanovski.⁵⁸ Pojedine organizacije civilnog društva kao što su CRTA i Transparentnost ukazivale su na nejasne ingrencije ovog novoformiranog organa, kao i da je njegovo delovanje protivzakonito jer je osnivač tela Vlada Republike Srbije na šta nema zakonsko pravo.⁵⁹ Svakako rad i funkcionisanje Privremenog nadzornog tela za praćenje medija je bilo otežano i to najbolje pokazuje činjenica da su po završetku izbornog procesa objavljena dva potpuno suprotna izveštaja.⁶⁰ Takođe, u oblasti položaja medija tokom izborne kampanje usvojen je Pravilnik o radu javnih medijskih servisa tokom izborne kampanje i Preporuke za rad privatnih i kablovskih medijskih emitera tokom izborne kampanje, kao i da su svi mediji u obavezi da objave svoje tarife za političko oglašavanje pre početka izborne kampanje.⁶¹ Regulator za elektronske medije (REM) je proširio broj televizijskih kanala koji ulaze u monitoring i tako je analizirano izveštavanje kablovskih televizija Insajder, N1, Nova S i Al-Džazira Balkan.⁶²

Imajući u vidu da se niko od političkih aktera nije odlučio za bojkot izbornog procesa 2022. godine i da su svi izborni učesnici priznali rezultate ishoda izbora, može se govoriti o tome da je međustranački dijalog na različitim nivoima dao potrebne rezultate i napredak u izbornim uslovima. Prvi put od 2014. godine da niko od političkih učesnika nije pozvao ni na kakvu vrstu protesta neposredno pre ili posle sprovedenog izbornog procesa što dodatno ide u prilog činjenici da su razgovori koji su vođeni dali neophodni pomak u razvoju kulture dijaloga i načinu političke borbe. Ipak, sve to nije bilo dovoljno da Srbija uđe u redovne tokove izbornih održavanja. Tako su najavljeni novi izbori u Beogradu u narednih godinu i po dana posle sastanka Aleksandra Vučića i Dragana Đilasa. Međutim, razvoj društvenih događaja iz maja 2023. godine kada su se u Srbiji dogodila dva masovna ubistva u roku od 48 sati, doveli su do nezadovoljstva dela građana

56 <https://pescanik.net/nova-pravila-za-finansiranje-kampanje-i-njihove-posledice/> Pristupljeno 11. avgusta 2024.

57 Jelelna Vujanović, i Nikola Perišić, „Mediji bez adekvatnog nadzora: Uloga REM-a u monitoringu izbornih kampanja u Srbiji“. U: *Perspektive političkih nauka u savremenom društvu II* (Beograd: Institut za političke studije, 2024). 136.

58 <https://n1info.rs/vesti/nadzorno-telo-za-pracenje-medija-utvrdilo-metodologiju-rada/> Pristupljeno 7. avgusta 2024.

59 *Transparentnost Srbije, Komentar pojedinih delova međustranačkog sporazuma o izbornim uslovima*. Beograd: Transparentnost Srbija (2021). 1.

60 <https://www.rts.rs/lat/vesti/politika/4973740/izbori-izvestaj.html> Pristupljeno 8. avgusta 2024.

61 Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost (CRTA), *Međustranački dijalog pod pokroviteljstvom predsednika Narodne skupštine Analiza Sporazuma o unapređenju uslova za održavanje izbora* (Beograd: Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost, 2021). 3-5.

62 Vujanović, Perišić, „Mediji bez adekvatnog nadzora: Uloga REM-a u monitoringu izbornih kampanja u Srbiji“. 154.

koji su počeli sa protestima jednom nedeljno. Te proteste su određene opozicione političke opcije formalizovale u protest pod nazivom *Srbija protiv nasilja* i izašli sa konkretnim zahtevima koji su se u najvećoj meri odnosili na rad medija i Regulatora za elektronske medije. Čitava ta društvena kriza prekinuta je raspisivanjem vanrednih parlamentarnih izbora za decembar 2023. godine i uoči kojih nisu organizovani nikakvi razgovori između političkih predstavnika. Ipak, treba napomenuti da je pred izbore 2023. godine uvedena još jedna značajna izmena na kojoj su različiti akteri insistirali, a to je da je novim Zakonom o elektronskim medijima iz novembra 2023. produžen rok sa 10 na 30 dana pre izbornog dana da mediji ne mogu da izveštavaju o zvaničnim javnim skupovima na kojima se otvaraju infrastrukturni i drugi objekti, a u kojima učestvuju kandidati za odbornike, narodne poslanike ili predsednik države.⁶³ To, otvara mogućnost da pojedinci koji nisu na izbornim listama učestvuju u takvim aktivnostima. Čitava ta institucionalna kriza koja se u periodu od 2019. godine razvijala u Srbiji, a poslednjih godina se dodatno produbila, potrajala je sve dok nisu završeni novi izbori u Beogradu u junu 2024. godine koje su, takođe, pojedine političke stranke bojkotovale kao što su na primer *Stranka slobode i pravde* Dragana Đilasa, *SRCE* Zdravka Ponoša i *Zajedno* Nebojše Zelenovića.

5. ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Posmatranje demokratije kroz teoriju i praksu pokazalo je da je jedan od konstitutivnih elemenata za razvoj demokratskih kapaciteta postojanje „slobodnih i poštenih izbora“. Zbog toga je neophodno stalno unapređivati izborne uslove kako bi se nivo demokratskog minimuma održao ili poboljšao. Važan aspekt u tom procesu je uloga medija jer elektronski mediji „postaju ključna institucija efikasnog širenja politički relevantnih informacija među biračima“.⁶⁴ Zbog toga ne iznenađuje da je upravo način izveštavanja medija bio ključna tema oba međustranačka dijaloga uoči parlamentarnih izbora 2020. i 2022. godine. Primetno je poboljšanje rada medija tokom izborne kampanje, jer je Radio-televizija Srbije (RTS) u svoj redovan informativan program uvela debatne emisije o najvažnijim političkim i društvenim temama u kojima učestvuju predstavnici različitih političkih opcija, a takva vrsta programa se dodatno intenzivira tokom izborne kampanje gde su prisutne debatne emisije „Reč na reč“. Takođe, komercijani televizijski emiter Pink omogućio je svim izbornim učesnicima besplatno da se predstave u istom vremenskom intervalu pred parlamentarne izbore 2020. godine. Ipak, ostao je upitan rad Regulatora elektronskih medija (REM) koji neretko sporo sprovodi svoja ovlašćenja i svoj monitoring svodi na deskripcionu formu bez potpuno jasnih naznaka u kojim aspektima može da se unapredi rad medija u izbornim kampanjama. Istovremeno, neretko se čeka i nekoliko meseci da REM prikaže svoj monitoring medija tokom kampanje, a definitivno da bi mnogo efikasnije i transparentnije bilo da REM javnost izveštava na nedeljnom nivou o monitoringu tokom kampanje i to bi omogućilo da se rad medija dodatno koriguje i tokom samog perioda kampanje.

⁶³ *Zakon o elektronskim medijima* «Sl. glasnik RS» br. 92/2023, Član 62.

⁶⁴ Siniša Atlagić, „Značaj uloge medija u porastu uticaja imidža kandidata na izbornu odluku birača“. *CM Komunikacija i mediji*, 2 (2007). 112.

Druga tema koja je mnogima bila važna u procesu unapređivanja izborne kampanje jeste tzv. funkcionerska kampanja i korišćenje javnih resursa u političke svrhe. Funkcionerska kampanja predstavlja „sve aktivnosti jednog državnog organa na osnovu odluke ili saglasnosti funkcionera koji vodi taj državni organ, usmerene na postizanje boljeg položaja i boljih izbornih rezultata neke političke stranke.“⁶⁵ Uz to, funkcionerska kampanja predstavlja i besplatan vid medijske promocije političkih subjekata.⁶⁶ Tu oblast definiše Zakon o sprečavanju korupcije koji zabranjuje da bilo koji javni funkcioner zloupotrebljava javnu funkciju tako što bi koristio javne skupove i/ili druge nastupe i susrete za promociju političke stranke.⁶⁷ Međutim, u praksi je konstantna prisutnost postojanja funkcionerske kampanje u medijima tokom izborne kampanje što pokazuju monitorinzi relevantnih organizacija civilnih društva koje prate izborni proces.⁶⁸ Zbog toga i jeste 2021. godine dopunjen Zakon o sprečavanju korupcije koji u članu 50 objašnjava da je predsednik Republike u obavezi da „jasno i nedvosmisleno predoči javnosti i sagovornicima u kom svojstvu iznosi određeni stav.“⁶⁹ Jasna zakonska proširenja i ovlašćenja su dala pomak jer je Agencija za sprečavanje korupcije posle aprilskih izbora 2022. godine odlučivala o 16 prigovora koji su se odnosili na funkcionersku kampanju, svih 16 slučajeva postupaka bilo je protiv *Srpske napredne stranke*, dok se ne zna ko su podnosioci jer se poštuje načelo anonimnosti.⁷⁰ Od tih 16 slučajeva, Agencija za sprečavanje korupcije ustanovila je da je u sedam došlo do kršenja zakonskih odredbi.⁷¹ Takođe, u prethodnom delu spomenute su i izmene Zakona o elektronskim medijima gde je posebno obrađena i oblast funkcionerske kampanje.

Kao još jedan važan aspekt izbornog zakona na kojem se insistira jeste sređivanje biračkog spiska. OEBS je još 2012. godine preporučio Srbiji da napravi reviziju biračkog spiska, a izgledalo je da će se najozbiljniji korak u tom procesu napraviti tokom 2019. i 2020. godine kada je kao plod međustranačkog dijaloga stvorena Radna grupa Vlade za to pitanje koje su činili predstavnici različitih političkih partija, civilnog društva i akademskih institucija usvojila je metodologiju rada, ali je njihov rad prekinut kada je Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka od ličnosti izneo zabrinutost zbog informacija koje bi u javnom prostoru mogle da ugroze privatnost.⁷² Ova tema je dodatno potencirana od pojedinih opozicionih aktera posle decembarskih izbora 2023. godine. Zbog toga je Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu odlučilo da objavljuje tromesečni zbirni broj upisanih glasača po opštinama.⁷³

Utisak je da je tokom prethodnih godina unapređena ova tematika, ali je jasno da ima prostora za dodatni institucionalni razvoj koji bi proizašao iz sveobuhvatnog dijaloga sa različitim

⁶⁵ Agencija za borbu protiv korupcije, *Uporedna analiza funkcionerskih kampanja u pojedinim zemljama Zapadnog Balkana i Evropske unije* (Beograd: Agencija za borbu protiv korupcije, 2019). 3.

⁶⁶ Zoran Slavujević, *Pohodi na birače u ime države i naroda: Izborne kampanje u Srbiji od 1990. do 2016. godine* (Beograd: Univerzitet u Beogradu – Fakultet političkih nauka, 2017). 20.

⁶⁷ *Zakon o sprečavanju korupcije* «Sl. glasnik RS», br. 35/2019, 88/2019, 11/2021 - autentično tumačenje, 94/2021 i 14/2022, Član 50.

⁶⁸ <https://izbori.transparentnost.org.rs/monitoring-izbora-2022-ts-predstavila-prve-nalaze/> Pristupljeno 10. avgusta 2024.

⁶⁹ Деспот Ковачевић, „Функционерска кампања на изборима у Србији 2022. године“, *Српска политичка мисао, посебно издање*, 4 (2022). 262.

⁷⁰ Centar za slobodne izbore i demokratiju (CESID), *Aprilski izbori 2022: I šta ćemo sad?* (Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju, 2022). 45.

⁷¹ Isto, 45.

⁷² <https://pescanik.net/biracki-spisak-u-senci/> Pristupljeno 10. avgusta 2024.

⁷³ Isto

stranama. Opšti zaključak je da se u različitim reformama izbornih zakona može dodatno poboljšati izborni proces, stoga u narednom periodu treba očekivati određene promene u toj oblasti, s obzirom na to da je Srbija prevazišla određene vrste društvenih kriza koje su se javljale prethodnih godina i sad je moguće sve potrebne kapacitete posvetiti kvalitetu izbornog procesa kako bi se spremno dočekali redovni izborni tokovi 2027. i 2028. godine.

6. LITERATURA

1. Agencija za borbu protiv korupcije, *Uporedna analiza funkcionerskih kampanja u pojedinim zemljama Zapadnog Balkana i Evropske unije*. Beograd: Agencija za borbu protiv korupcije (2019).
2. Atlagić, Siniša, „Značaj uloge medija u porastu uticaja imidža kandidata na izbornu odluku birača“. *CM Komunikacija i mediji*, 2 (2007). 111–122.
3. Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost (CRTA). *CRTA preporuke za unapređenje izbornih uslova do 2020. godine*. Beograd: Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost. (2019).
4. Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost (CRTA). *Međustranački dijalog pod pokroviteljstvom predsednika Narodne skupštine Analiza Sporazuma o unapređenju uslova za održavanje izbora*. Beograd: Centar za istraživanje, transparentnost i odgovornost (2021).
5. Centar za slobodne izbore i demokratiju (CESID). *Dijalog o unapređenju izbornih uslova Pregled postignutog: rezultati, polovični rezultati i propuštene prilike*. Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju. (2020).
6. Centar za slobodne izbore i demokratiju (CESID), *Šta nam donosi novi set izbornih zakona?* Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju. (2022).
7. Centar za slobodne izbore i demokratiju (CESID), *Aprilski izbori 2022: I šta ćemo sad?*. Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju. (2022).
8. Dahl, Robert. *On democracy*. Zagreb: Politička kultura. (2000).
9. Diamond, Larry. *The spirit of democracy: the struggle to build free societies throughout the world*. New York : Times Books/Henry Holt and Co. (2008).
10. Đurić, Vladimir. *Afirmativna akcija*. Beograd: Institut za uporedno pravo (2007).
11. Goati, Vladimir. *Izbori u SRJ 1990-1998. Volja građana ili izborna manipulacija*. Beograd: Centar za slobodne izbore i demokratiju. (2001).
12. Levitsky, Steven, and Lucan Way, „The New Competitive Authoritarianism“. *Journal of Democracy*, 31 (2020). 51–65.
13. Linz, Juan, and Alfred Stepan, „Toward Consolidated Democracy“. *Journal of Democracy*, 7 (1996). 14–33.
14. Morlino, Leonardo. „Are There Hybrid Regimes? Or are They Just an Optical Illusion?“. *European Political Science Review*, 1 (2009). 273–296.

15. Slavujević, Zoran. *Pohodi na birače u ime države i naroda: Izborne kampanje u Srbiji od 1990. do 2016. godine*. Beograd: Univerzitet u Beogradu–Fakultet političkih nauka. (2017).
16. Transparentnost Srbije. *Komentar pojedinih delova međustranačkog sporazuma o izbornim uslovima*. Beograd: Transparentnost Srbija (2021).
17. Vladislavljević, Nebojša. Izbori, demoracija i takmičarski autoritarizam u Srbiji (1990-2020), U: *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (Beograd: Institut za političke studije, 2020). 1–24.
18. Vučićević, Dušan. „Democratization through elections – electoral authoritarianism in Serbia.“ *Politička revija*, 26 (2010). 1–28.
19. Zakon o elektronskim medijima “Sl. glasnik RS” br. 92/2023.
20. Zakon o izboru narodnih poslanika “Sl. glasnik RS”, br. 14/2022.
21. Zakon o lokalnim izborima “Sl. glasnik RS”, br. 14/2022 i 35/2024.
22. Zakon o sprečavanju korupcije “Sl. glasnik RS”, br. 35/2019, 88/2019, 11/2021 - autentično tumačenje, 94/2021 i 14/2022.
23. Vujanović, Jelena, i Nikola Perišić. „Mediji bez adekvatnog nadzora: Uloga REM-a u monitoringu izbornih kampanja u Srbiji“. U: *Perspektive političkih nauka u savremenom društvu II* (Beograd: Institut za političke studije, 2024). 141–161.
24. Jovanović, Milan, i Nikola Perišić. „Posledice izmena zakonskog izbornog praga na predstavljenost stranaka nacionalnih manjina – lokalni izbori u Srbiji 2020. godine“. *Srpska politička misao*, 73 (2021). 79–101.
25. Jovanović, Milan. „Od zahteva za slobodne i poštene izbore do izborne reforme – dijalog vlasti i opozicije u Srbiji 2019. godine“, *Sociološki pregled*, 55 (2021). 267–292.
26. Kovačević, Despot. „Funkcionerska kampanja na izborima u Srbiji 2022. godine“, *Srpska politička misao, posebno izdanje* (2022). 255–273.
27. Nastić, Maja. „Promena izbornih pravila – nova rešenja, korak napred?“, *Srpska politička misao, posebno izdanje*, 4 (2022). 36–56.
28. Perišić, Nikola, i Savo Simić. „Medijske javne politike nevladinih organizacija u poboljšanju kvaliteta izbornog procesa u Republici Srbiji od 2019. do 2023.“ U: *Analitički centri: Uloga u kreiranju javnih politika u Srbiji* (Beograd: Institut za političke studije, 2024). 102–124.
29. Spasojević, Dušan. „Čudno da čudnije ne može biti – kontekst opštih izbora u Srbiji 2022. godine“, *Srpska politička misao, posebno izdanje*, 4 (2022). 15–34.

7. LINKOVI

1. <https://www.021.rs/story/Info/Srbija/196102/Zvanicno-formiran-Savez-za-Srbiju.html>
2. <https://www.blic.rs/vesti/politika/predlozite-platforme-i-predstavnike-dacic-pozvao-sve-stranke-na-ucesce-u/elvk2s9>
3. <https://www.danas.rs/vesti/politika/savez-za-srbiju-vise-ne-postoji/>
4. <https://demostat.rs/sr/vesti/ekskluziva/potpisi-za-izbore-kod-tri-liste-ima-nelogicnosti-i-sumnji-zloupotrebe/1441>
5. <https://n1info.rs/vesti/nadzorno-telo-za-pracenje-medija-utvrdilo-metodologiju-rada/>
6. <https://nova.rs/vesti/politika/stojanovic-kako-su-sns-i-sapic-overavali-potpise-za-druge/>
7. <https://www.ozonpress.net/drustvo/na-protestu-1-od-5-miliona-saopsten-strucni-tim-za-dijalog-sa-vlascu/>
8. <https://pescanik.net/biracki-spisak-u-senci/>
9. <https://pescanik.net/nova-pravila-za-finansiranje-kampanje-i-njihove-posledice/>
10. <https://www.rts.rs/lat/vesti/politika/4973740/izbori-izvestaj.html>
11. <https://www.slobodnaevropa.org/a/29754704.html>
12. <https://izbori.transparentnost.org.rs/monitoring-izbora-2022-ts-predstavila-prve-nalaze/>

AMENDMENTS TO THE LAW REGARDING THE ELECTORAL PROCESS AS A RESULT OF DIALOGUE BETWEEN RELEVANT POLITICAL ACTORS AND CIVIL SOCIETY ORGANIZATION FROM 2019 TO 2022 IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Nikola Perišić⁷⁴

Institute for Political Studies

Summary: Ahead of the regular parliamentary elections in 2020 in the Republic of Serbia, a portion of the opposition political parties and organizations gathered in the coalition 'Alliance for Serbia' announced a boycott of the electoral process due to insufficient conditions for free elections. As a result of this announcement, a series of negotiations were initiated at the Faculty of Political Sciences between representatives of all relevant political entities to improve electoral conditions. Although some amendments to the legal procedures related to the electoral process were made, it was not enough for the 'Alliance for Serbia' coalition to participate in the 2020 parliamentary elections. There were no significant changes during this negotiation process, except for the reduction of the electoral threshold from 5% to 3%, although none of the political actors proposed this during the negotiations. Similar discussions took place in 2021, involving two parallel dialogues: one with Members of the European Parliament and another within the National Assembly of the Republic of Serbia, moderated by Ivica Dačić as the then-President of the National Assembly. One of the significant outcomes of these negotiations was the establishment of a Temporary Supervisory Body for Monitoring Media during the election campaign, although this body lacked clear authority. Therefore, these discussions can be considered somewhat more successful, as they led to the participation of all relevant political actors in the 2022 electoral process. This paper will examine what procedural changes were caused by these negotiations, which elements could be further improved, and the role of civil society organizations dealing with electoral conditions in Serbia in the entire process.

Key words: electoral process, interparty dialogue, civil society organizations, electoral laws, electoral conditions.

⁷⁴ Research Fellow, Institute for Political Studies nikola.perisic@ips.ac.rs ORCID broj: 0000-0002-3642-0731

АКТУЕЛНА СТАМБЕНА ПОЛИТИКА РЕПУБЛИКЕ АУСТРИЈЕ У СКЛОПУ ШИРИХ АНТИ-КРИЗНИХ МЕРА

Данило Брајовић¹

Универзитет у Бечу, Правни факултет, Институт за правну и уставну историју

Сажетак: Велики пораст инфлације и трошкова живота широм Европе, узрокован системском кризом на континенту, захтева од руководства европских држава увођење енергичних антикризних мера. Република Аустрија посебно је осетљива по питању пораста цена изнајмљивања стамбеног простора с обзиром на низак удео власника некретнина у популацији у односу на европски просек. Рад ће се бавити реакцијом власти, на савезном и републичком нивоу, на горуће питање доступности и приступачности стамбеног простора уз посебан фокус на велики пакет мера усвојен 2024. године.

Кључне речи: Аустрија, стамбени простор, цене изнајмљивања, станоградња, антикризне мере

1. УВОД

Савремене глобалне и регионалне прилике довеле су до појаве нових изазова на европском континенту. Период неповољних економских околности, узрокован мерама везаним за пандемију вируса ковид-19 и конфликтом у Украјини, изазвао је високе стопе инфлације и пораст трошкова живота. Ови фактори су ставили у фокус одређене системске рањивости Европске уније и појединих европских држава и мотивисали европске, националне и регионалне законодавце на интензивну антикризну делатност. Она је као резултат имала серију антикризних законских пакета, усмерених примарно на акутну помоћ угроженим групама али и на решавање већих, системских проблема.

У Републици Аустрији посебно осетљиво питање представља приступачност и доступност стамбеног простора. Као одговор на смањену доступност и значајан раст цена изнајмљивања, као и на пад активности грађевинског сектора привреде, савезни парламент је у априлу 2024. донео пакет мера под називом „Грађевински и стамбени пакет 2024 („Bau- und Wohnpaket 2024“). Анализа правних решења из овог пакета биће основни фокус овог рада.

¹ Универзитетски асистент (prae doc); Mag. iur. Универзитет у Бечу, Правни факултет, Институт за правну и уставну историју; +43 6502718360; danilo.brajovic@univie.ac.at

2. СТАТИСТИЧКИ ПРЕГЛЕД СТАМБЕНОГ ПИТАЊА У АУСТРИЈИ

Ради бољег разумевања теме потребно је разумети општи контекст стамбеног питања у Аустрији. Он се најбоље може сагледати на основу статистичких података Аустријског завода за статистику и Евростат-а који се баве тематиком удела власника стамбеног простора у укупној популацији, просечним стамбеним трошковима и другим релевантним факторима везаним за тржиште некретнина.

2.1. Правни основ коришћења стамбеног простора

Специфична осетљивост питања стамбеног простора у Аустрији може се објаснити структуром правних основа коришћења истог. Тако су по подацима за 2023. годину, узимајући у обзир европску² и националну³ статистику, корисници уједно и власници стамбеног простора у 54,3% односно 48,0% случајева. У 45,7% односно 42,9% случајева у питању је изнајмљивање простора, док се по националној статистици види и удео од 9,1%, који се односи на остале правне основе (бесплатно становање у туђој некретнини, службени станови итд.). Треба узети у обзир да се код дела популације за који се према статистици сматра да бесплатно станује у туђој некретнини у пракси ради о прикривеном изнајмљивању некретнине, мотивисаном избегавањем пореза или другим административним разлозима. Значај ових података постаје јасан при поређењу са просеком Европске уније. Тако је по подацима из 2022. године⁴ однос између власништва и изнајмљивања у ЕУ био 69,1% према 30,9% у корист власништва, скоро 15% више него у Аустрији.

Описано стање није равномерно регионално присутно те због федералног устројства аустријске државе различито погађа федералне јединице. Размере по федералним јединицама су (власништво/изнајмљивање/остало)⁵:

Бургенланд	69,2/21,0/9,8
Корушка	54,9/35,4/9,8
Доња Аустрија	62,7/28,0/9,3
Горња Аустрија	52,3/35,2/12,5
Салцбург	50,6/38,3/11,1
Штајерска	55,8/35,6/8,7
Тирол	53,7/33,5/12,9
Форарлберг	56,2/23,9/9,0
Беч	19,8/75,6/4,6

² Distribution of population by tenure status, type of household and income group - EU-SILC survey, последња измена 03. мај 2024, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ilc_lvho02__custom_11267008/default/table?lang=en

³ Anteil der Rechtsverhältnis nach Bundesland 2023 – in Prozent (Tabelle), последња измена 19. март 2024, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/wohnen/wohnsituation>

⁴ Share of people living in households owning or renting their home, 2022, приступљено 08. маја 2024, <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023>

⁵ *Ibid.* Fn3

Из приложеног се може закључити да федералне јединице у којима се налазе већи урбани центри (Беч, Грац, Салцбург...) имају веће проценте становништва који живе у изнајмљеним некретнинама, те стабилност цена и понуде у овом сектору представља прворазредно политичко питање. Ово је поготово изражено у Бечу, чија се цела федерална јединица састоји од високо урбанизованог главног града.

Мање урбанизоване федералне јединице, попут Бургенланда и Доње Аустрије, имају проценте власништва блиске европском просеку. У овим областима већу политичку тежину има питање градње и куповине стамбеног простора, укључујући ту питање стамбених кредита, пораста трошкова грађевинског материјала и административних такси везаних за катастарске услуге.

2.2. Цене издавања и куповине стамбеног простора

Пораст цена издавања и квадратног метра стамбеног простора још један је разлог незадовољства које је мотивисало доношење предметних мера. Тако су станарине од првог квартала 2022. године (почетак украјинске кризе) до последњег квартала 2023. године скочиле са 8.5 на 9.5 евра по квадратном метру⁶. Овај пораст од 11.76% у пракси је представљао додатни трошак од 800 евра годишње за просечно аустријско домаћинство⁷. С обзиром на то да су станарине у 2022. години заузимале 21% кућног буџета просечног домаћинства⁸, овај пораст није занемарљив.

Тренд цена некретнина најбоље се може проценити на основу индекса цена стамбеног простора (HPI), који се базира на подацима о куповини кућа и станова од стране физичких лица. Индекс је растао 11.4% у 2021. и 11.6% у 2022. години, док је у 2023. доживео корекцију од -2.6%⁹.

2.3. Број издатих грађевинских дозвола и завршених стамбених јединица

На основу горе изложених података дало би се закључити да су проблеми у аустријском стамбеном сектору акутни, и да ће природна адаптација система на нове околности довести до стабилизације. Подаци о броју издатих грађевинских дозвола и завршених стамбених јединица дају увид у квалитативни карактер проблема.

Од 2021. године број издатих грађевинских дозвола за стамбени простор налази се у сталном паду. Тако је 2021. године издато 78758 дозвола за стамбене јединице, 2022. године

⁶ Mieten und Betriebskosten für Hauptmietwohnungen in Euro pro Quartal (Tabelle), приступљено 22. маја 2024, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/wohnen/wohnenkosten>

⁷ Ibid. Fn6

⁸ Wohnkosten und Energiekosten von 2017 bis 2022 (Tabelle), приступљено 22. маја 2024, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/wohnen/wohnenkosten>

⁹ Veränderungsrate zum Vorjahr des HPI Gesamtindex – in Prozent (Grafik), приступљено 22. маја 2024, <https://www.statistik.at/statistiken/volkswirtschaft-und-oeffentliche-finanzen/preise-und-preisindizes/haeuserpreisindex-und-ooh-pi>

64194 дозволе а 2023. године само 46565 дозвола. Тиме пад само за последњу годину износи 27% укупног обима¹⁰. Број завршених стамбених јединица је у периоду 2021 – 2022. био у порасту (подаци за 2023. још увек нису доступни) и то са 73162 јединице у 2021. на 77346 јединица у 2022. години¹¹. Узимајући у обзир да просечно трајање градње стамбеног објекта у Аустрији износи 1.8 година за једносратни а 2.4 године за вишеспратни стамбени објекат¹² очекиван је пад броја завршених стамбених јединица у наредном периоду. Овакав тренд довешће до мање понуде на тржишту некретнина у околностима смањене куповне моћи становништва, као и пораста броја становника, што ће додатно погоршати проблеме у стамбеном сектору.

3. ПОЛИТИЧКИ КОНТЕКСТ

Састав политичког руководства једне државе неминовно утиче на методе којима се реагује на кризне ситуације. То је поготово тачно код коалиционих влада, у којима је релевантан и фактор политичког компромиса између актера у коалицији.

У моменту доношења предметних мера у Аустрији се на власти налази коалиција Аустријске народне партије (ÖVP) и Зелених Аустрије (Grüne) у којој ÖVP игра водећу улогу.

ÖVP је партија десног центра, традиционални поборник повећања удела власника некретнина у општој популацији и дерегулације бирократије, укључујући и катастарске процедуре.

Зелени Аустрије су партија еколошког усмерења. Примарни фокус партије су еколошка и идентитетска питања, док су економске теме, укључујући и тему стамбене и шире социјалне политике од секундарне важности.

Узимајући у обзир политичко усмерење партија већине долази се до закључка да су Зелени Аустрије били мање заинтересовани за садржину самог стамбеног пакета мера у насловном контексту већ су се фокусирали на условљавање приступа наменским средствима низом еколошких критеријума усмерених претежно на енергетску транзицију. Ови критеријуми биће обрађени заједно са самим мерама на које се односе.

Важно је напоменути и утицај опозиционих партија на садржину стамбеног пакета. Тренутно већину парламентарне опозиције у Аустрији чине Социјалистичка партија Аустрије (SPÖ) и Слободарска партија Аустрије (FPÖ). Из фокуса програма ових странака на социјалну политику може се закључити да гласачко тело обе ове партије долази претежно из мање имућних слојева становништва, највише погођених тренутном кризом. Како показују анкете јавног мњења везане за предстојеће изборе за Европски парламент¹³, незадовољство популације стањем у држави прелива се у политичку подршку опозиционим странкама, што

¹⁰ Baubewilligte Wohnungen, Jahre 2010 bis 2023, приступљено 22. маја 2024, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/wohnen/baubewilligungen>

¹¹ 2011 bis 2022 baufertiggestellte Wohnungen nach Gebäudeeigenschaften und Art der Bautätigkeit, приступљено 22. маја 2024, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/wohnen/baufertigstellungen>

¹² Baufertigstellungs- und Wohnungsabgangstatistik, Wohnungsbestandsfortschreibung, STATISTIK AUSTRIA, 2021, 8.

¹³ Die aktuellsten Umfragen zur Europawahl, приступљено 23. маја 2024, <https://apa.at/produkt/apa-wahlrend/>.

мотивише партије власти да антикризним мерама амортизују део незадовољства и тиме неутралишу аргументе опозиције.

4. СТАМБЕНИ ПАКЕТ 2024

Као реакцију на горе описану ситуацију у стамбеном сектору, аустријска савезна влада је припремила пакет мера који је прошао парламентарну процедуру почетком 2024. године. Мере из овог пакета су разноврсне и повезане су искључиво телеолошки. Следи преглед најважнијих мера:

4.1. Градња и санација

Језгро стамбеног пакета чини издвајање наменских средстава из савезног буџета за градњу и санацију стамбеног простора. Укупно је издвојена једна милијарда евра. Начин употребе ових средстава прописан је кроз измене закона о финансијском поравнању (*Finanzausgleichsgesetz 2024*¹⁴) донете 17. априла 2024. године (доњи дом 20. марта¹⁵, горњи дом 05. априла¹⁶). У питању је закон који регулише финансијске односе између савезне државе и федералних јединица. Овом изменом у постојећи закон додат је §29а чији ставови 1-5 и 11-12 регулишу предметну тематику. У складу са ставом 1, од издвојене милијарде евра, 780 милиона намењено је градњи стамбеног простора, док је 220 милиона намењено санацији станова за издавање у сврху смањења емисије гасова стаклене баште. Мерама санације подложне су вишеспратне зграде са изузетком линијских кућа. Средства за градњу биће распоређена на федералне јединице у складу са бројем становника, док ће средства за санацију бити додељена на основу табеле садржане у ставу 1. Средства су намењена за употребу у периоду 2024 – 2026. године и то 25% у 2024., 50% у 2025. и 25% у 2026. години. 50% средстава намењених за изградњу предвиђено је за станове за изнајмљивање док је осталих 50% намењено становима за изнајмљивање са опцијом откупа. У ставу 4 предвиђени су услови које новоизграђене зграде морају да испуне. Они обухватају ограничења на цене изнајмљивања и услове уговора као и антиспекулативне мере у складу са §§ 13 - 15а, 15h, 15g и 15i закона о друштвеном коришћењу станова (*Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*) за време трајања субвенције (минимално 25 година). Као додатан услов у складу са еколошком политиком владе, неопходно је да све зграде имају одређени капацитет уграђених соларних панела у сврху постизања релативне енергетске независности.

Мере као намеру имају повећање понуде на тржишту некретнина те последично смањење цена станова, како због веће понуде стамбеног простора, тако и због законских рестрикција на цене субвенционисаних некретнина и стамбених јединица.

¹⁴ https://ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2024_I_32/BGBLA_2024_I_32.html

¹⁵ Nationalrat gibt grünes Licht für Teile des Wohn- und Baupakets, приступљено 31. маја 2024, https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2024/pk0281

¹⁶ Robert Fucik, „Bundesrat billigt Gesetzesbeschlüsse“, *ÖJZ*, LX,7(2024),387.

4.2. Кредити

Истим законом, ставовима 6-12, превиђена је кредитна линија у износу од 500 милиона евра са фиксном каматном стопом од 1.5% намењена субвенционисаним стамбеним кредитима за изградњу и санацију, које ће федерални субјекти давати физичким лицима до своте од 200 хиљада евра по примаоцу (став 6), као и покривању разлике између каматних стопа на стамбене кредите комерцијалних банака до границе наведених 1.5% (став 9). Федералне јединице ће средства узимати од Савезне агенције за финансирање (Bundesfinanzierungsagentur) по тржишним условима на основу § 2 став 4 цифра 1 Закона о савезном финансирању (Bundesfinanzierungsgesetz) на максимални рок отплате од 30 година, док се разлика између тржишне и каматне стопе од 1.5% има сматрати савезном дотацијом. Кредити се могу давати у току 2024. и 2025. године док ће дотације остати на снази до 2028. године. Удео у укупним расположивим средствима за појединачне федералне јединице одређује се према броју становника за 2024. годину.

Ове мере имају намеру да ублаже ефекат растућих каматних стопа на стамбене кредите као и да мотивишу неодлучна физичка лица да се због орочења погодних услова на 2024. и 2025. годину одлуче за решавање стамбеног питања у краткорочној перспективи. Основна критика ових мера кредитне политике тиче се ограничења дотације до 2028. године. Овај период значајно је мањи од просечног трајања стамбеног кредита што ствара несигурност код потенцијалних корисника и чини опцију мање атрактивном.

4.3. Опорезивање празних објеката

Да би се постигла тржишна активација неискоришћеног стамбеног простора на начин прилагођен свакој федералној јединици, стамбени пакет садржи и могућност увођења такси за празне објекте и објекте на којима је пријављено секундарно пребивалиште. За увођење надлежности федералних јединица за ове намете било је неопходно променити члан 11 Савезног уставног закона (B-VG) који регулише поделу надлежности између савезне државе и федералних јединица тако да тематику „увођење намета у сврху избегавања некоришћења или недовољног коришћења стамбених објеката“ као надлежност врше федералне јединице. Ово је извршено изменама и допунама од 30. априла 2024. године, изгласаном уз подршку коалиционих партија и опозиционе Социјалистичке партије Аустрије. Такође је у §16 став 1 Закона о финансијском поравнању унесена цифра 4а, која ове намете одређује као искључиве приходе федералних јединица. Критике ове мере су бројне и односе се примарно на недовољно дефинисане појмове, поготово на појам некоришћења. Из уставних норми и закона није јасно где су границе овог појма, тако да се по ширим интерпретацијама као некоришћен може сматрати стамбени објекат превелике квадратуре за број пријављених станара или стан који се користи само одређен број месеци у години¹⁷. Решења ових питања биће препуштена законодавству федералних јединица и судској пракси. Иако је овај тип мере политички атрактиван, дејство такси на тржишну активацију неискоришћеног стамбеног

17 NEOS und FPÖ sehen Leerstandsabgabe als Art Vermögensteuer, приступљено 01. јуна 2024, https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2024/pk0337

простора и последично смањење цена зависи од бројности у пракси погођених некретнина. Аргумент против значајнијег будућег обухвата оваквих некретнина предложеним мерама јесте релативно једноставна могућност заобилажења употребом система пријаве боравка при којем би се нпр. чланови истог домаћинства регистровали на различитим заједничким накретнинама. Потпуни недостатак контроле исправности података о пријави боравка у Републици Аустрији чини овакве злоупотребе лако доступним и у пракси некажњивим.

4.4. Катастарске таксе

18. априла 2024. године измењен је закон о судским таксама (Gerichtsgebührengesetz¹⁸). Изменама су у закон додати §§ 25a–25c, који регулишу привремено ослобађање од катастарских такси у случају хитне стамбене потребе. Катастарске таксе за упис имаоца права својине/права градње на туђој земљи или упис хипотеке¹⁹, прописане у тарифној тачки 9 овог закона, не наплаћују се за некретнине чија вредност обрачунске основице не прелази 500 хиљада евра. За некретнине чија је вредност обрачунске основице између 500 хиљада и 2 милиона евра плаћају се таксе на део преко 500 хиљада евра. На некретнине чија је вредност основице преко 2 милиона евра нема ослобођења од катастарских такси. Услови²⁰ за ослобођење су: Да је у питању теретни уговор закључен после 31. марта 2024. године; Да стамбени објекат служи задовољењу хитне стамбене потребе подносиоца захтева; У случају хипотеке, да се задужење које је осигурано хипотеком користи најмање у размери од 90% за куповину/градњу/санацију предметног стамбеног објекта; да је захтев предат правовремено. Хитна стамбена потреба подносиоца доказује се пријавом пребивалишта на адреси стамбеног објекта за који се захтев подноси и одјавом са претходног пребивалишта. Захтев се може предати у периоду од 01. јула 2024. до 30. јуна 2026. године.

Орочења ове мере имају за циљ, слично као и у случају кредитних мера, мотивисање неодлучних физичких лица на решавање стамбеног питања у краткорочној перспективи. С обзиром на висину такси, ослобођење омогућава уштеде до 11.500 евра²¹.

4.5. Пореске олакшице

У склопу еколошког дела пакета уведена је серија пореских олакшица применљивих на градњу и санацију стамбених објеката а условљених испуњењем еколошких стандарда. Мере су уведене изменама Закона о порезу на доходак грађана (Einkommensteuergesetz²²) којима су додати: Цифра 2 у § 28 став 3 и цифре 450-452 у § 124b. Обухваћени су трошкови

¹⁸ https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2024_I_37/BGBLA_2024_I_37.html

¹⁹ За овде мање релевантан случај таксе за упис ранга хипотеке види: Daniel Richter, „Temporäre Gebührenbefreiung - Zeitpunkt der Antragstellung“, *immolex*, LXXX, 5(2024), 188.

²⁰ Christoph Kothbauer, „Wohn- und Baupaket“, *immolex*, LXVII, 4(2024), 156.

²¹ Volker Engelmann/Günther Fuchs, „Die neuen Grundbuchsgebührenbefreiungen bei Erwerb von Wohnraum“, *NZ* 2024/53, 4, 184.

²² https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2024_I_36/BGBLA_2024_I_36.html

настали после 31. децембра 2023. године (цифра 450). Ове измене закона садрже две основне пореске олакшице.

Прва олакшица (цифра 451) омогућава повећане износе амортизације код градње и санације стамбених објеката. Иако су трошкови градње већ од 2020. године могли бити амортизовани по привилегованим стопама²³, новим пакетом мера предвиђено је проширење привилегије на трошкове санације (§ 28 став 3 цифра 2) уколико су исте извршене уз субвенције на основу закона о подршци околини (UFG). Такође је предвиђена могућност троструке амортизације у прве три године од изградње, тако да максимална амортизација износи 4.5% уместо 1.5% годишње. Услов за ову олакшицу је да објекат минимално испуњава критеријуме „бронзаног грађевинског стандарда“ на основу климатског каталога критеријума (klimaaktiv Kriterienkatalog) који издаје Министарство надлежно за заштиту животне средине²⁴.

Друга олакшица (цифра 452) носи назив „Еко-додатак“. Овим додатком покривени су трошкови за термоенергетске санације (енергетска ефикасност) и замену фосилних система за грејање еколошким алтернативама. Висина додатка износи 15% од трошкова санације. Олакшица се може искористити у 2024. и 2025. години у случају одбијања од прихода на основу изнајмљивања и може се одбити од основице како у години у којој су радови извршени тако и поделити на обе године. Код инвеститора се олакшица мора одбити у целини у години у којој су трошкови књижени²⁵.

Иако пореске мере дају одређене повластице предузећима и физичким лицима у станоградњи те на тај начин подстичу грађевински сектор привреде, примарни циљ ових мера је у томе да се еколошка градња и санација учине финансијски атрактивним.

4.6. Стамбени кишобран

Као акутну меру против избацивања из станова због неплаћених станарина као и против искључивања са мреже због неплаћених рачуна за енергију аустријска држава је већ 2022. године основала фонд под називом „стамбени кишобран“. Од те године спречено је више од 22 хиљаде евикција као и 58 хиљада искључења²⁶. Поред различитих типова саветовања и помоћи при планирању трошкова, пресељењу у јефтинију некретнину или промени енергетског дистрибутера, „стамбени кишобран“ преузима дуговања за станарине и/или трошкове енергије које корисник има у моменту обраћања институцији. Због успешности овог фонда у стамбеном пакету је предвиђено додатних 60 милиона евра за његов рад. То је учињено изменама Закона о поравнању трошкова живота и становања (Lebenshaltungs- und Wohnkosten-Ausgleichs-Gesetz²⁷) од 17. априла 2024. године.

²³ Karin Fuhrmann/Bernhard Winkelbauer, „Ertragsteuerliche Anreize des Konjunkturpakets „Wohnraum und Bauoffensive“, *immolex*, VXXIX,5(2024),186.

²⁴ Sabine Sadlo, „Wohn- und Baupaket inkl steuerlicher Anreize“, *ÖStZ*, CXI, 6(2024),143.

²⁵ Sadlo, „Wohn- und Baupaket inkl steuerlicher Anreize“ 143-144.

²⁶ Temporäre Streichung der Grundbucheintragungsgebühr, Aufstockung des Wohnschirms sowie des Reparaturbonus, приступљено 02. јуна 2024, https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2024/pk0281

²⁷ https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2024_I_35/BGBLA_2024_I_35.html

5. ЗАКЉУЧАК

„Стамбени пакет 2024“ обухвата широк спектар мера разнородних циљева које су тематски повезане. Неке од њих баве се акутним социјалним и политичким проблемима, док су друге усмерене на подршку грађевинском сектору привреде и суштинским променама у аустријском стамбеном сектору. Учешће Зелених Аустрије у састављању пакета јасно је видљиво из еколошког усмерења и условљавања присутног у већини мера. Пакет је значајан како због своје свеобухватности, која одаје утисак скупа пилот пројеката ради испитивања ефикасности појединачних мера, тако и због значајних финансијских средстава уложених у његову реализацију. Какви ће бити ефекти ових законских решења биће видљиво тек средњорочно, после истека сваке појединачне мере.

6. ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Christoph Kothbauer, „Wohn- und Baupaket“, *immolex*, LXVII,4(2024),156.

Daniel Richter, „Temporäre Gebührenbefreiung - Zeitpunkt der Antragstellung“, *immolex*, LXXX,5(2024),188.

Karin Fuhrmann/Bernhard Winkelbauer, „Ertragsteuerliche Anreize des Konjunkturpakets „Wohnraum und Bauoffensive“, *immolex*, LXXIX,5(2024),186.

Robert Fucik, „Bundesrat billigt Gesetzesbeschlüsse“, *ÖJZ*, LX,60,7(2024),387.

Sabine Sadlo, „Wohn- und Baupaket inkl steuerlicher Anreize“, *ÖStZ CXI*,6(2024),143.

Volker Engelmann/Günther Fuchs, „Die neuen Grundbuchsgebührenbefreiungen bei Erwerb von Wohnraum“, *NZ* 2024/53,4,184.

Аустријски завод за статистику (Austrijski zavod za statistiku).

Евростат (Eurostat).

Парламентарна кореспонденција Националног већа Аустрије (Parlamentarna korespodencija Nacionalnog veća Austrije).

Парламентарна кореспонденција Савезног већа Аустрије (Parlamentarna korespodencija Saveznog veća Austrije).

Правно-информациони систем кабинета савезног канцелара (ris bka) (Pravno-informacioni sistem kabineta saveznog kancelara (ris bka)).

Протоколи Националног већа Аустрије (Protokoli Nacionalnog veća Austrije).

Протоколи Савезног већа Аустрије (Protokoli Saveznog veća Austrije).

Current housing policy of the Republic of Austria as part of broader anti-crisis measures

Danilo Brajović²⁸

University of Vienna, Faculty of Law, Department of Legal and Constitutional History

Summary: *The substantial increase of inflation and cost of living all around Europe, caused by the systemic crisis on the continent, demands the introduction of energetic anti-crisis measures from European governments. The republic of Austria is especially vulnerable regarding the increase in the prices of rent of living space. This is the consequence of the low percentage of homeowners in the general population in comparison to the European average. The article will address the reaction of the Austrian government to the challenge pertaining to the lack of availability and affordability of living space, with a focus on measures adopted in 2023/4.*

Key words: *Austria, living space, rents, cost of living, anti-crisis measures.*

²⁸ University Assistant (prae doc); University of Vienna, Faculty of Law, Department of Legal and Constitutional History; +43 6502718360; danilo.brajovic@univie.ac.at

НОВИ УСТАВНИ ИНСТИТУТИ У ЕВРОПИ: ЗАПАЖАЊА О КОРИСНИМ И НЕПОВОЉНИМ АСПЕКТИМА ШИРЕЊА УСТАВНЕ МАТЕРИЈЕ

Владимир Микић¹

Институт за упоредно право

Сажетак: Проширивање садржине устава има своје позитивне и мање повољне учинке. Конституционализација тема које су раније биле уређиване на подуставном нивоу нарочито је узела маха на европском уставном подручју. Уставно нормирање све већег броја правних установа и друштвених појава коси се са достојанством устава, али истовремено има за последицу мању могућност произвољног регулисања бројних питања на подуставном нивоу.

Повољан аспект посматраног тренда састоји се у разграђивању уставних решења у делту појединачних оригиналних израза конституентне власти. Уочљива је све чешића конституционализација улоге независних регулаторних органа, али и постепено издизање на уставни ранг норми о заштити потрошача или проширења круга темељних права. С друге стране, приметно је непосредно преношење садржине међународних докумената из области људских права у уставе, уз пропратно штетно премештање тежишта уставног текста ка области људских права. Тематски садржај бројних устава превише је униформне природе за добар укус теорије која тврди да је устав израз суверености државе и субјеката који номинално располажу националним уставотворним капацитетом.

Експанзионизам уставног права јавља се као поједностављен одраз потреба које су препознате на неком другом месту и у туђим, сасвим особеним, политичким околностима и друштвеним приликама. У раду се указује на начине на које је могуће отклонити наведене недостатке, у сврху заштите достојанства устава и промовисања изражавања аутентичне уставотворне власти, на основу закључака до којих води анализа важећих устава европских држава.

Кључне речи: уставна материја; упоредно уставно право Европе; уставни институти

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Устави европских држава у све већој мери одликују се продирањем у широки распон питања која се њима уређују. Свакако, реч је о глобалној тенденцији, пошто се границе *materiae constitutionis* широм света растежу преко разумних обзира. Ипак, чини се да је

¹ Научни сарадник, Институт за упоредно право, Теразије 41, Београд, Република Србија, v.mikic@iup.rs, mikic.vlada@gmail.com, ORCID iD: 0009-0001-8706-4175.

нормативна грађа устава у Европи све шира и због темељног утицаја права Европске уније и права Савета Европе на садржину уставне материје. Уставноправно ирелевантни институти заузимају место потенцијално важнијим (новим) елементима уставне материје, оптерећујући уставни документ садржином чије место у неким случајевима није ни у законодавним оквирима регулисања друштвених односа. Овим се несумњиво дубље угрожава *достојанство устава* као једна од драгоцености вредности савременог упоредног уставног права.

Нарочито забрињавајући тренд у упоредном праву представља вишедеценијска пракса некритичког преузимања садржине устава других земаља. Уставописци радо „позајмљују“ решења формулисана за једно (али, неко *друго*) одређено друштво. Такав приступ најодговорнијем задатку академских и политичких субјеката у области формирања и стабилизовања уставног система ни на који начин не помаже стварању аутентичне, оригиналне и креативне грађе, чији би саставни делови могли да допринесу развоју упоредног уставног права.

Ипак, у једном броју уставних докумената јављају се нове категорије. То су институти чијим се присуством обogaћује мозаик раније установљених институција и појмова, али и људских права и основних слобода. То се односи, првенствено, на признавање права човека на воду, заштиту потрошача, забрану клонирања, увођење институције јавног бележничтва, али и организацију и рад независних регулаторних тела. Потенцијално, заштита основних личних и колективних права добиће заштиту у форми конституционализације и у областима у којима раније није био лако замислив њихов искорак из зоне стриктно законодавне материје. У исто време, новим продорима у поље уставности европских држава не би била повређена темељна правила очувања минимализма уставне садржине. На тај начин максима *de minimis non curat lex* не би била пресељена у историју уставне науке, односно правне науке у целини.

У првој целини рада анализирана је тенденција константног проширивања уставне материје у државама Европе. Други део посвећен је истраживању „преписивачке“ уставности – тренда у складу са којим један број уставописаца посеже за већ готовим решењима садржаним у неком уставу-узору, или више њих. Целини посвећеној закључним разматрањима претходи део у којем се излажу нове установе које добијају све више места у уставу, од нових органа са све важнијим управним функцијама до заштите потрошача.

2. ТРЕНД ПРОШИРИВАЊА УСТАВНЕ МАТЕРИЈЕ

Сведочимо експанзионизму уставне материје у европским државама. Бројне законске установе „преселиле“ су се у устав. Хипертрофирана, екстензивна садржина устава постала је стандард који прети да угрози његове особите и (вероватно) непромењиве карактеристике. Идеја о минимализму обима уставног документа далеко је од реализације, посебно због чињенице да је на снази тенденција ширења уставноправне заштите темељних људских права и основних слобода. У поље уставне материје задира све више грађе, нарочито у области процесног права, водећи континуираној компромитацији достојанства устава и контаминацији уставне материје, посебно уколико се уместо опредељења за редукционистички текстуални приступ уставописац опредељује за посезањем за неуверљивим и често преписаним реторичким „украсима“ уставног акта.

Према речима једног белгијског аутора, „трајни устав је по правилу сажет (*laconique*)“ и „тежи суштини (*va à l'essentiel*)“ „не губивши се у неважним детаљима“.² Устав, по исказу другог, *нашег*, аутора, свакако, „није „сваштара“ да се у њега смештају и норме које својом садржином и природом нису достојне највишег правног акта.“³ Устав „предњачи међу правним актима, поред осталог, и по политури својих одредаба“,⁴ подсећа нас велико име српске уставноправне науке.

Све опсежнији каталог људских права, као и инструмената и механизма за њихову заштиту, значајно оптерећује уставне текстове. Тако, „ако се модерност устава одређује према томе колико је богата листа гарантованих људских права, модерни устави не оскудевају у том погледу“, јер су „често оптерећени одредбама о људским правима, тако да су одредбе о систему власти донекле добиле другоразредни значај.“⁵ Уместо само руководних начела, у уставима су садржане читаве целине унутар којих су *ad verbum* преузета решења прописана релевантним међународним документима. Устав треба да „садржи дубоке и значајне тенденције једног друштва“ и његова материја мора да буде удаљена од „ефемерног и свакодног“,⁶ јер у њему „нема места за емоције или елоквентност“.⁷

На нази је „рококо“ правни метод: (и)релевантна питања обрађују се у уставима превише опсежно,⁸ па се у уставима често налази и *парауставна* материја. Примера има више него довољно. Устав Аустрије из 1920. године – који је поново у целости ступио на снагу 1945. године – нуди дефиницију „главног пребивалишта“ (*Hauptwohnsitz*): оно се заснива тамо где се лице настанило са намером да тамо успостави „средиште својих животних односа (*den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen*)“ (чл. 6 ст. 3). Устав свакако није место за дефинисање појма главног пребивалишта. Једна од најстаријих федерација на свету има уставни документ у којем је наведено да она, уз учешће њених федералних јединица (кантона), „утврђује начела примењива на приступ младих увежбавању музике и охрабривање музичких талената“ (чл. 67а ст. 3 Устава Швајцарске из 1999. године). Према одредби чл. 41 ст. 3 Устава Црне Горе из 2007. године, неповредивост дома јемчи се и захтевом да се претрес дома врши у присуству најмање два сведока. У складу са одредбом чл. 184 ст. 4 Устава Републике Србије из 2006. године,⁹ буџет Аутономне покрајине Војводина „износи најмање 7% у односу на буџет“ државе, при чему се три седмине буџета те јединице регионалне аутономије „користи за финансирање капиталних расхода“. Ово решење је апсолутни изузетак у односу на уобичајену уставну материју, у смислу да нема пандана у упоредном уставном праву. Логичка поставка да се суверено својство државе подразумева, па не постоји потреба да се оно изричито помиње у уставу,¹⁰ није спречила уставописце да управо тако поступе,

² Verdussen, 19.

³ Петров, 2022, 40.

⁴ Марковић, 2006, 44.

⁵ Петров, 2022, 29.

⁶ Verdussen, 12.

⁷ Marković, 2004. 2.

⁸ Friedman, 444.

⁹ Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/2006 и 115/2021.

¹⁰ Марковић, 159.

напомињући да је држава устава суверена.¹¹ Реч је о *савршено* непотребном додатку уставној грађи, јер таква одредба нема никаквих практичних правних ефеката.

3. „ПРЕПИСИВАЊЕ“ УСТАВА КАО ТЕНДЕНЦИЈА

Готово уједначена фразеологија јавља се у низу устава европских држава, на бројним местима. Постоји низ примера „преписивачке“ уставности. Поједини устави *сумњиво* личе на неке друге, историјско-хронолошки старије уставне документе других држава. Можда је ова делатност потекла из разлоза корисности (*utilis causa*) употребе метода брзе припреме усвајања уставног документа, али поступак сравњивања преписа са оригиналом свакако не доприноси аутентичном уставном развоју било које од европских држава. Тако, истоветна систематика и структура устава, распоред овлашћења и одговорности најзначајнијих институција, па и идентична терминологија, остављају утисак о постојању праксе постојања и коришћења „устава на послужавнику“, у смислу неформалне рецепције *туђих* устава.

Истоветност формулација у различитим (бројним) уставима европских држава постиже се и дословним преношењем одредаба основног континенталног документа у области заштите људских права – Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода Савета Европе из 1950. године (ЕКЉП). То је видљиво из одредаба посвећених забрани дискриминације, забрани мучења и новечног поступања, забрани ропства и слично. Уз то, према Уставу Босне и Херцеговине из 1995. године, ЕКЉП ужива непосредну примену у тој земљи (чл. II ст. 1), а изреком се помиње као извор уставног права још и у Уставу Албаније из 1998. године (чл. 17 ст. 3), Уставу Кипра из 1960. године (чл. 5), Уставом Сан Марина из 1974. године (чл. 1 ст. 3), те основним уставним документом Шведске (чл. 19 Поглавља 2 и чл. 6 Поглавља 10 Инструмента владавине из 1974. године).¹²

Налик томе, поједине државе примиле су на себе *уставну* обавезу поштовања права Европске уније. То је случај са: Уставом Италије из 1947. године (чл. 117 ст. 1), Уставом Мађарске из 2011. године (чл. „Е“ ст. 3), Уставом Малте из 1964. године (чл. 65 ст. 1), Уставом Хрватске из 1990. године (чл. 145. ст. 1 и ст. 4 и чл. 146 ст. 1-2), Уставом Пољске из 1997. године (чл. 91 ст. 3), Уставом Румуније из 1991. године (чл. 148 ст. 4) и Уставом Ирске из 1937. године, држави у којој комунитарно право има „правну снагу закона“ (*ó fheidhm dlí a bheith acu sa Stát; having the force of law in the State*) (чл. 29.4 ст. 6).

Интернационализација, или „европеизација“ уставног права, ствара простор за све већу могућност „пресликавања“, или униформизације одређених уставних решења. Ипак, као посебно проблематично решење јавља се појава непосредног *преписивања* решења садржаних у уставима других земаља. Реч је о својеврсној *компилаторској* уставности.

11 Чл. 1 *Устава Ирске* из 1937. године; чл. 2 *Устава Летоније* из 1992. године; чл. 4 ст. 1 *Устава Руске Федерације* из 1993. године; чл. 2 ст. 1 *Устава Украјине* из 1995. године. Сувереност државе је „ванвременска“ (*aegumati*) (чл. 1 ст. 2 *Устава Естоније* из 1992. године), па држава „има супрематију (*верховенство*) и пуну власт (*полнота власт*) над целином њене територије и примењује независну унутрашњу и спољну политику“ (чл. 1 ст. 2 *Устава Белорусије* из 1996. године).

12 *Инструмент владавине* један је од четири уставна документа Шведске, државе која нема устав кодификован у форми једног јединственог документа.

Уистину, у Европи постоји немали број уставописаца који су превише заузети неоригиналним послом као што је преписивање *туђих* уставних формулација.

Најупадљивија сличност на том плану постоји између Устава Румуније (оригинал) и Устава Молдавије из 1994. године (копија). Слично, мада мање упечатљиво, важи за Устав Републике Србије (копија) и Устав Словеније из 1991. године. Оригиналне документе, који су постали предмет преписивања, чине и: Устав Италије, који је у великој мери преписан од стране уставописаца из Малте и Хрватске, Устав Исланда из 1944. године (чија бројна решења су садржана у Уставу Данске из 1953. године), те Устав Белгије из 1831. године (новелиран новим уставним документом из 1994. године), чија је садржина пренета у Устав Луксембурга из 1868. године (који је, разумно, претрпео бројне измене) и Устав Монака из 1962. године. Најбољи пример на том плану представља Устав Руске Федерације из 1993. године, који је искоришћен као модел за конципирање бројних решења садржаних у уставима Азербејџана и Грузије из 1995. године и уставима Белорусије и Украјине из 1996. године.

Невероватна је сличност између уставних одредаба Италије¹³ и Малте¹⁴ посвећених праву на социјалну помоћ. Исто важи за субјективно право на одбрану у кривичнопроцесној материји у Уставу Словеније¹⁵ и Уставу Републике Србије.¹⁶ „Чување војне, службене или пословне тајне“ основ је за ограничење јавности у судском поступку према Уставу Хрватске (чл. 119 ст. 2), док је, по Уставу Црне Горе, за исту потребу искоришћена формулација „чувања војне, службене или пословне тајне“ (чл. 120 ст. 2). Слично томе, поређењем одредаба појединих источноевропских држава, а бивших совјетских република, са Уставом Руске Федерације могу се наћи бројне *забрињавајуће* сличности. Уз дужно уважавање чињенице да „писци устава никада уистину не почињу ни из чега (*from scratch*)“¹⁷ успостављањем и неговањем наведене праксе наноси се штета општој уставноправној култури у области европског упоредног права.

Тешко да постоји подударно мишљење различитих уставописаца о истим темама; пре је реч о пуком преписивању уставних одредаба и читавих целина уставних докумената. Својеврсна *плагијаторска* уставност ствара простор да уставни документи не испуњавају своју темељну функцију, а то је колико је год могуће аутентично регулисање живота политичке заједнице чији нормативни и друштвени живот имају да уреде. Компаративно цинично *апсорптивни* устави остављају утисак монотоније и никако не доприносе развоју упоредне уставности, у Европи и шире. Може се претпоставити да би снажење тенденције ширења уставне материје могло водити даљим „продорима“ компилаторске и плагијаторске уставности.

13 „Сваки грађанин неспособан за рад и без неопходних средстава за живот има право на одржавање и социјалну помоћ“ (чл. 38 ст. 1).

14 „Сваки грађанин који није способан за рад и нема неопходна средства за издржавање има право на одржавање и социјалну помоћ“ (чл. 17 ст. 1).

15 „Свако има право да о његовим правима и дужностима, као и о оптужбама против њега одлучује, без непотребног одлагања, независан, непристрасан и законом установљен суд“ (чл. 23 ст. 1).

16 „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, (...) јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, (...) као и о оптужбама против њега“ (чл. 32 ст. 1).

17 Gluck, 2019. 50.

4. ХОРИЗОНТ УСТАВНИХ ИНСТИТУТА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА

Проширивање уставне материје у европским државама представља опишљиву тенденцију. Свакако, постоји и позитивни аспект тог тренда, а то је смањивање ризика од произвољног регулisaња материје која утиче на свакодневни живот грађана и функционисање најважнијих политичких институција. Ипак, конституционализација све већег броја питања прети да „запрља“ простор омеђен традиционалним оквирима уставне материје.

Трезвен тематски уставни регистар треба да буде сведен на основна начела, утврђивање и опис функција најважнијих државних органа и *упућивање* на списак и садржину основних права и слобода зајемчених релевантним међународним актима. Уз то, препоручљиво је коришћење оригиналних, непренесених израза и формулација, како би сваки уставописац, у што је могуће већој мери, помогао обogaћењу европске, па и опште упоредне уставности.

Аутентичних доприноса европској уставности *ипак* има. Поједине теме које су у претходном периоду представљале законску материју уврштене су одскора у уставне документе. У ове области спадају: људско право на воду, забрана клонирања, заштита животиња, институција јавног бележништва, организација и рад независних регулаторних тела (уређивање медија, државна финансијска ревизија), те заштита потрошача. Ове теме постепено почињу да творе нову грађу уставне материје на сличан начин на који су то, након Другог светског рата, чинила људска права и основне слободе, или институције попут уставног суда или омбудсмана.

Амандманом из 2016. године у текст Устава Словеније уведено је јемство права „на пијаћу воду“ (*pravica do pitne vode*), које припада „свакоме“ (чл. 70а ст. 1 Устава). Уз то, „извори воде су јавно добро којима управља држава“ (ст. 2) и „служе првенствено трајној снабдевености становништва пијаћом водом и снабдевању привреде“ (ст. 3). Држава јемчи опскрбљеност популације пијаћом водом „преко самоуправних локалних заједница“, и то „непосредно и непрофитно“ (ст. 4). У овом је случају елоквентна и детаљима неоптерећена фразеологија срећно комбинована са пионирском увертиром у признавање сасвим новог темељног права појединца, гарантованог активностима одговорних јавних власти. У мору једва приметне уставне аутентичности, овај пример може да подстакне креативност код других (будућих) уставописаца.

Забрана клонирања људских бића сасвим је нови уставни институт. Јавне власти дужне су да српече злоупотребу манипулisaња људским генетским материјалом. Премда у овој области нема раскошних језичких решења, ради се о категорији која у све значајнијој мери запоседа простор уставних норми. Ова је материја обрађена *новијим* уставима на европском тлу, онима којима се уређује политички и институционални живот Швајцарске (1999), Србије (2006), Црне Горе (2007) и Мађарске (2011). Према Уставу Швајцарске, „сваки облик клонирања и свака интервенција у генетски материјал људских репродуктивних ћелија и ембриона су забрањени“ (чл. 119 ст. 2 т. „а“), док је Уставом Републике Србије, једноставним језиком речено, забрањено „клонирање људских бића“ (чл. 24 ст. 3; слична одредба садржана је у чл. 27 ст. 3 Устава Црне Горе). Према формулацији из Устава Мађарске (најмлађег устава на европском тлу), „забрањене су све праксе које имају за циљ еугенику, било какво коришћење људског тела или било којег његовог дела ради финансијске добити, као и људско клонирање“ (чл. III ст. 3).

Заштита животиња још једна је тема која заокупља све већу пажњу уставописаца у Европи. Обавеза је државе да гарантује „очување еколошке равнотеже и заштиту дивљих биљних и животињских врста утврђених законом“ (чл. 39 ст. IV Устава Азербејџана), а слична је одредба садржана у чл. 20а Устава Немачке. Држава усваја законе „о заштити животињског и биљног света и о очувању њиховог природног окружења у свој разноликости“, и „штити просторе којима прети истребљење“ (чл. 78 ст. 4 Устава Швајцарске), а „биљни и животињски свет“ уживају посебну државну заштиту (чл. 56 ст. 1 Устава Северне Македоније из 1991. године). Заштита животиња од мучења представља законску материју (чл. 72 ст. 4 Устава Словеније), а држава уређује „заштиту и поступање према животињама“, поштујући „неповредивост живих организама“ и безбедност животиња (чл. 80 ст. 1 и чл. 120 ст. 2 Устава Швајцарске).

У новије установе уставног права у Европи убраја се и јавно бележништво, уређено уставима Азербејџана, Грчке, Немачке, Словеније и Украјине. Према Уставу Грчке из 1975. године, јавни бележници (*οι υπάλληλοι των υποθηκοφυλακείων*) су „судски службеници (*δικαστικοί υπάλληλοι*)“, који су ускраћени за право да се кандидују за мандат члана националног парламента (чл. 94 ст. 4-5 и чл. 56 ст. 1). По Уставу Словеније, *notariat* је законом уређена јавна служба (чл. 137 ст. 2), а слично је прописано одредбом чл. 94 ст. 1 т. 5 Устава Азербејџана, те одредбом чл. 92 ст. 1 т. 14 Устава Украјине (реч је о установи која се изворно назива *notariat*) и одредбом чл. 138 Устава Немачке (*Notariat*).

Нову уставну материју представљају и независна регулаторна тела. Тако, уређивање рада медијских тела улази у обим интересовања доносилаца најсавременијих уставних решења у Европи. Ово је случај са: Радиодифузном влашћу за Малту (*Awtorità dwar ix-Xandir għal Malta; Broadcasting Authority for Malta*), Националним радиотелевизијским саветом (*Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης*) у Грчкој, Националним саветом за радио и телевизију (*Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji*) у Пољској, Врховним саветом за радио и телевизију (*Radio ve Televizyon Üst Kurulu*) у Турској и Националним саветом Украјине за питања телевизијског и радио емитовања (*Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення*).

Медијско регулаторно тело „штити слободу говора, право на информацију, као и јавни интерес у погледу радиофоније и телевизије“ (чл. 213 ст. 1 Устава Пољске) и надзире рад медија (чл. 15 ст. 2 Устава Грчке и чл. 133 ст. 2 Устава Турске). Овај орган „не може да буде под управом или контролом било којег лица или другог органа“ (чл. 118 ст. 8 Устава Малте), а његова независност зајемчена је и Уставом Грчке (чл. 15 ст. 2). Исто важи и за орган државне (независне) финансијске ревизије, само што су одредбе на овом плану нешто опсежније. Стога ће, из разлога поштовања пажње читалаца, овде бити изложене само најосновније поставке. Реч је о „независном“ телу,¹⁸ чији чланови имају исти степен независности и инкомпатибилитета као да су – ни мање ни више – судије.¹⁹

¹⁸ Чл. 97 ст. 2 Устава Грузије, чл. 132 Устава Естоније, чл. 83.4 ст. 1 Устава Јерменије из 1995. године, чл. 115 ст. 1 Устава Кипра, чл. 87 Устава Летоније, чл. 108 ст. 7 Устава Малте, чл. 140 ст. 4 Устава Румуније, чл. 60 ст. 1 Устава Словачке из 1992. године, чл. 150 ст. 3 Устава Словеније, чл. 96 ст. 1 Устава Србије, чл. 90 ст. 2 Устава Финске, чл. 54 ст. 1 Устава Хрватске, чл. 144 ст. 1 Устава Црне Горе и чл. 97 ст. 1 Устава Чешке из 1992. године.

¹⁹ Чл. 115 ст. 3 Устава Кипра; чл. 108 ст. 6 т. „а“ и ст. 9 т. „ц“ Устава Малте; чл. 114 ст. 2 Устава Немачке; чл. 140 ст. 4 Устава Румуније; чл. 136 ст. 3 Устава Шпаније из 1976. године.

У најновије уставне установе убрајају се *потрошачи*. Држава штити његова права²⁰ и интересе.²¹ Шпански уставописац прописао је да државну заштиту уживају „потрошачи и корисници (*los consumidores y usuarios*)“ (чл. 51 ст. 1 Устава из 1978. године), а, налик томе, по Уставу Андоре из 1993. године, „права потрошача и корисника (*els drets dels consumidors i dels usuaris*)“ јемче се законом и јавне власти их штите“ (чл. 35). Према одредби чл. 60 ст. 1 Устава Португала из 1976. године, „потрошачи имају право на квалитет (*direito à qualidade*) купљених добара и услуга, на образовање и обавештеност, на заштиту здравља, безбедности и њихових економских интереса, као и на надокнаду за претрпљену штету“. Очито је заштита потрошача једно од пионирских подручја уставне креативности у XXI веку, не без разлога.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Питање шта треба да садржи устав убраја се у она којима није примерен само један одговор. Свакако, устав треба да буде штедљиво писан и текстуално колико-толико рационалан документ. Разуме се, сабити уставну материју у сувишне тесне и уске „олуке“ није начин за исправно уређивање обима уставних одредаба. Истовремено, постоји потреба за остваривањем одговарајуће равнотеже између све видљивије потребе за уставним уређивањем широког опсега нормативне материје и, с друге стране, уважавањем концепта достојанства устава.

У уставима највећег броја европских држава постоји очигледна потреба за поједностављењем уставног текста, одликованим јасним и кратким изразима и формулацијама. Уношење веће мере уређености у уставе европских држава, у сагласју са начелом лакоће уставног казивања, био би показатељ промене у добром правцу. Уставописци би требало да снагом своје надарености представе потенцијал за привлачење талената, уместо да „саучествују“ у процесима који су модел за континуирано постављање непривлачних уставних „реплика“. Делује да је одлучност да се одреди и учврсти правац стицања угледа појединачних устава и његових потенцијално нових решења скупа и ретка „роба“.

Иако су присутна одређена изворна (аутентична) решења, ретка на плану упоредног устаног права, потребно је да мерила упоредне уставности буду „притегнута“, у смислу ограничавања процеса типизације садржине уставних докумената. Садржинска особеност устава, у смислу подручја односа који се уставом уређују, требало би (морала би) да буде очувана нарочитим напорима. Устав као систем хијерархијски *последњих* норми мора да у своје ткиво уклопи нове институте. Ипак, његови писци треба да воде рачуна о томе да навођење нових усанова, у мери у којој је то изводљиво, испуњава своју првобитну функцију – поједностављење комуникације између права и грађана који живе под условима постављеним тим правом.

²⁰ Чл. 90 ст. 1 Устава Републике Србије; чл. 70 ст. 1 Устава Црне Горе; чл. 97 ст. 1 Устава Швајцарске.

²¹ Чл. 31 ст. 1 и чл. 46 ст. 5 Устава Литваније; чл. 81 т. „и“ Устава Португала; чл. 172 Устава Турске; чл. 42 ст. 4 Устава Украјине.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Friedman, Lawrence M., A History of American Law, Second Edition, Simon & Schuster, New York, 1985.
- Gluck, Carol, Japan's Constitution Across Time and Space. *Columbia Journal of Asian Law* (2019, Vol. 33), pp. 41-63.
- Марковић, Ратко, 2006. Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. Анали Правног факултета у Београду, 2/LIV:5-46 (2006). (Marković, Ratko, 2006. Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/LIV:5-46 (2006).
- Марковић, Ратко, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, 2012. (Marković, Ratko, Ustavno pravo, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 2012).
- Marković, Ratko. 2004. *What Should Serbian Constitution Be Like*, Facta Universitatis, Series: Law and Politics Vol. 2, No 1, 2004: 1-6.
- Петров, Владан, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, 2022. (Petrov, Vladan, Ustavno pravo, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 2022).
- Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006 и 115/2021. (Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 98/2006 i 115/2021).
- Verdussen, Marc, *La Constitution belge: Lignes & entrelignes*, Le Cri édition, Bruxelles, 2004.

NEW CONSTITUTIONAL CATEGORIES IN EUROPE: SOME THOUGHTS ABOUT UTILE AND CERTAIN LESS DESIRABLE ASPECTS OF EXPANDING MATERIA CONSTITUTIONIS

Vladimir Mikić²²

Institute of Comparative Law

Summary: *Expanding the constitutional content has its positive and, also, less favorable effects. Making certain issues the matter of the constitutional regulation has for long been established as a tendency in the European comparative constitutional area. Constitutionalization of a rising number of categories and non-legal terms conflicts with the dignity of the constitution, having, at the same time, for consequence a more limited possibility of an arbitrary sub-constitutional regulation of various matters.*

A more favourable aspect of the noticed trend is contained in branching out into a delta of original expressions of competences of the constituent power. The constitutionalization of independent regulatory bodies is ever more visible, as is the gradual elevation of the consumers' protection or the widening of fundamental rights on the status of the constitutional content. On the other hand, a noticeable tendency of unadjusted transposition of international legal acts in the field of human rights in national constitutions, contributing to the transfer of constitutional emphasis towards the law of human rights. The content of numerous constitutions is too much of a unitary nature for the legitimate requests of theory which claims that constitution is the expression of sovereignty of every state, as well as of its subjects to whom the constitution-making capacity belongs.

The expansionism of the constitutional law appears as a simplified expression of the necessities recognized elsewhere, and forged through very particular political circumstances and social relations. The paper indicates the ways in which described deficiencies can be eliminated, for the purposes of protecting the dignity of constitution, and promoting the expression of an authentic constitution-making power, based on a conclusion constructed upon the analysis of constitutions of European countries.

Key words: *Constitutional content; Comparative constitutional law in Europe; Constitutional institutes*

²² Research Associate, Institute of Comparative Law, Terazije 41, Belgrade, Republic of Serbia, v.mikic@iup.rs, mikic.vlada@gmail.com, ORCID iD: 0009-0001-8706-4175.

СУВЕРЕНИТЕТ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА БОСНУ И ХЕРЦЕГОВИНУ

Ана Пећо¹

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

Стефан Иветић²

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

Сажетак: Суверенитет јесте једна од најсложенијих и према садржају најбогатијих теоријско-правних категорија. Термин има свој коријен у ријечи „*supremus, superanus*“, што значи врховни, највиши. Као правна категорија има два вида: квалитативни и квантитативни. Квалитативни подразумева слободу држава да на основу одредаба међународног права уређују своје односе са другим државама, путем међународних уговора, а квантитативни вид се састоји у праву државе да се заштити и брани, да буде суверена над својим природним богатствима, да самостално уређује своје законодавство, управу и судство.

Сврха овог истраживања јесте разјашњавање питања шта је то суверенитет, утврђивање облика суверенитета у Босни и Херцеговини и ко је у Босни и Херцеговини суверен.

За потребе овог рада коришћени су одабрани теоријски извори из области уставног права и међународног јавног права као и други документи, књиге и чланци.

Уговорно везивање држава је ствар њихове сопствене воље и интереса, одраз је равноправности, а не подређености некој вишој власти.

Суверенитет БиХ ће зависити од три битна аспекта: геополитичког, унутрашњег политичког и европског интеграцијског. Узети заједно ови аспекти ће у будућности доминантно одређивати садржај и снагу суверенитета БиХ.

Кључне ријечи: суверенитет, високи представник, Дејтонски мировни споразум.

1. УВОД

Питање суверенитета несумњиво представља једно од кључних питања уставног и међународног права, те међународних односа уопште. Суверенитет се, што нарочито долази до изражаја у савременим условима, (посебно у 21. вијеку) јавља као један од најзначајнијих фактора у одређивању међусобних односа држава у процесу њихове међусобне комуникације. Иначе, суверенитет је опште прихваћен као једно од основних обиљежја сваке државе

¹ Студент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, тел: 066150752, email: anapeco888@gmail.com.

² Студент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, тел: 063508636, email: iveticstefan2000@gmail.com

и основ за њихове међусобне односе. Под државом се, као организованим друштвом, подразумева заједница људи настањена на једној територији и организована сагласно једном правном поретку који има карактер оригинарности (суверености, суверене власти). Прва размишљања о појму суверенитета јављају се релативно рано, али је сам појам суверенитета од почетка био доста различито схватан у теорији. Настанком апсолутних монархија може се констатовати да су основи његовог обима и садржаја, у смислу савременог схватања уобличени, али у новије вријеме поготово посљедњих неколико деценија, долази до снажног раскорака између теоријских поставки и фактичког стања. Иако је од самог почетка било јасно да суверенитет није апсолутан, већ да он подлијеже одређеним ограничењима, чини се да су односи који су настали на свјетској политичкој сцени након пада социјалистичког режима утицали да се досадашњи ставови теоретичара готово никако не слажу са реалним стањем односа по питању суверенитета.³

Босна и Херцеговина (у даљем тексту: БиХ) је јединствен примјер, простором и временом уоквирен, на коме можемо емпиријски размотрити теоријски проблем односа фактичког и нормативног елемента правног поретка. Док нам ситуација са расподјелом надлежности између власти на нивоу БиХ и ентитета представља посебан изазов, што због правне природе Општег оквирног споразума за мир у БиХ (у даљем тексту: Дејтонски мировни споразум), тачније Устава БиХ, што због праксе која је на свеколике начине до данас одступила од изворног правног оквира. Када размотримо појединости конкретно у погледу државног уређења, БиХ се данас није примакла конкретном рјешењу које би могло задовољити интересе сва три конститутивна народа и истовремено обезбиједити њено функционисање⁴.

2. ПОЈАМ СУВЕРЕНИТЕТА

Поријекло термина суверенитет је од латинске ријечи „*supremus, superanus*“ што значи врховни, највиши.⁵ Субјект који је суверен има најјачу власт, самосталан је и независан. Остали су му потчињени и зависни. Тако се овај појам може везати за разне субјекте, органе и организације. Међутим, појам сувереност се највише везује за државу и њене органе, што представља државни суверенитет. Држава располаже најјачом влашћу у односу на све друге друштвене организације и заједнице. Оне су све потчињене држави која располаже монополом физичке принуде. Иако разни субјекти, друштвене организације, удружења и друге заједнице врше власт у држави, ипак је та власт слабија у односу на државну власт. Из тога и произлази да је држава суверена. Своја већ класична стајалишта о том појму, Жан Боден је изнио у свом дјелу „Шест књига о републици“ које је сажетак свега онога што је

3 Драгомир Јовичић, „Суверенитет као структурални елемент државе у 21. вијеку“, *Научни скуп са међународним учешћем Синергија* (Бања Лука: 2011): 193-194.

4 Матеј Савић, „Споразум о специјалним паралелним односима – Дејтонски темељ односа Републике Српске и Републике Србије“, *Република Србија и Република Српска – стари и нови политички изазови*, (Београд: 2014): 186–199.

5 Идеја суверености у уставноправно мисли, <https://hrcak.srce.hr/file/184419>, приступљено 30.04.2024.

Боден написао о држави. За њега је сувереност апсолутна и трајна власт неке републике коју Латини називају „*maiestatem*“, Италијани „*seignoria*“.⁶

На државу не може дејствовати принудом друга држава. Уколико дође до употребе принуде доводи се у питање сувереност државе на коју је принуда уперена. Међутим, иако је свака држава независна од других држава и организација споља, ипак, у данашњем друштву и односима држава, када влада велика комуникација између држава, економска и политичка повезаност, може доћи до утицаја између држава и чак до одређене зависности једне државе од друге или разних међународних организација. Ипак, и у таквим односима држава је слободна у одлучивању и опредељењу, те од ње зависи у којој мјери и на који начин ће бити у односима са другим државама. Односи између држава се одређују уговорима и другим актима које склапају саме државе; оне приступају одређеним међународним организацијама и то све показује сувереност државе, самосталност и независност државне власти у односу на друге субјекте ван ње. Што значи да као правна категорија сувереност има два вида: квалитативни и квантитативни. Први подразумева слободу држава да на основу одредаба међународног права уређују своје односе с другим државама (путем међународних уговора), а други се састоји у праву државе да се заштити и брани, да има врховну власт над својим природним богатствима, као и да самостално уређује своје унутрашње законодавство, управу и судство.⁷

3. ТЕОРИЈЕ О СУВЕРЕНИТЕТУ

Постоје различите теорије о томе ко је носилац суверенитета. Тако се као најстарија појавила теократска теорија која је дуго владала, све до буржоаских револуција и појаве грађанске државе. По том теократском учењу, суверен је бог и сва власт долази од њега. То учење најбоље илуструју ријечи Светог Павла: „Нема власти да није од бога, а власти што постоје од бога су установљене“.⁸ Такође постоје и средњовјековне теорије о суверенитету. Прво су се развили легисти, који сматрају да је само држава суверена, затим теократи који сматрају да власт долази непосредно од бога, гдје владара као свог изасланика поставља бог, а временом је то схоластичко (црквено) учење ублажено заслугом Томе Аквинског (канонисте) који је заступао савременије теолошко учење. По том учењу бог је и даље извор свега па и власти, она долази од њега али не и њени извршиоци. Они су земаљског поријекла, држава и њена власт су дјело људи и прије свега монарха као творца државе.

По теорији друштвеног уговора власт више није божанска него људска и њен основ је друштвени уговор којем су се људи у интересу свог опстанка одрекли својих права у корист друштвене заједнице. Овим уговором, удруживањем грађана се ствара једно заједничко политичко тијело које је суверено, а то је народ који има своју општу вољу и у друштву све има да буде по тој општој вољи. Нешто касније, буржоазија је напустила ову револуционарну

6 Душко Лозина, „Глобализација и суверенитет националне државе“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* (Сплит: 2006): 23.

7 Љиљана Мијовић, *Основе међународног јавног права I дио* (Бања Лука: Комесграфика, 2019), 64.

8 Рајко Кузмановић, *Уставно право* (Бања Лука: Арт Принт, 2008), 188.

доктрину и како каже проф. Јован Ђорђевић, сувереност предала нацији, која самостално треба да одлучује о својој судбини. Развила се и идеја о постојању националне сувереност и која обухвата представнички систем власти у коме се власт врши посредством представника које грађани бирају на слободним и непосредним изборима. Појавила се и теорија парламентарне суверености, гдје теоретичар Блекстон тврди да суверенитет припада парламенту, као законодавном органу. Народ има и ствара општу вољу која је суверена и не може се преносити на другог.

Поред свих ових теорија, појавила се и теорија о негирању суверености. Њен представник је француски теоретичар Леон Диги који сматра да умјесто државе, која није живо биће, психолошку вољу посједују службена лица. Службена лица посједују овлаштења на основу права, а не на основу супериорне воље, стога он сматра да се појам суверености као метафизички треба одбацити. Као представника ове теорије издвајамо и енглеског теоретичара Харолда Ласког који пориче сувереност државној власти истичући да он уноси конфузију и неправду.

Модерна друштва осуђена су да се ослањају искључиво на вољу народа. Универзално, слободно и једнако право гласа одраслих предодређује постојање грађанског суверенитета, ограничавајући, тако свемоћ власти. Воља народа је покретач државе, либералне демократије, онако како проистиче из једнаких и слободних права. На тај начин, тзв. демократски суверенитет, данас формира државну политику и дефинише карактер норми државно-правног поретка. Нећемо погријешити и ако, у овом случају, кажемо да је у питању извођење суверенитета од народа, тј. грађанства до власти, односно државних институција. Тако, апсорпција народне – демократске иницијативе у политичкој вољи (власти), кроз парламент даје за резултат ступање на снагу и важење општих правних норми, које бивају на законит начин инкорпорисане у позитивно право државе.⁹

4. ДРЖАВНИ СУВЕРЕНИТЕТ

Постоје три суштинска својства државне власти: независност, непрекидност и недјељивост. Независност значи да државна власт није потчињена, није подвлашћена никаквој вишој власти од ње. Та независност постоји како у унутрашњем тако и у спољашњем смислу. Независност значи оригиналност, тј. способност државе да одреди оквир своје надлежности и интервенције. Непрекидност значи да она стално траје, без обзира на то што се њени носиоци мијењају. Недјељивост значи да је то једна власт чак и када се врши посредством више органа, она је увијек једна само што се у оквиру ње могу разликовати поједине функције. Државна власт је највиша и обухвата три елемента: спољњи, унутрашњи и синтетички. Спољњи елемент значи да држава није дужна да се повинује заповијестима било које стране власти која се налази изван њене територије (сувереност као независност). Унутрашњи елемент обухвата супрематију државне власти у односу на све друге власти и институције на њеној територији. Она је суверена ако одлучује о условима и о начинима на којима функционишу

⁹ Вид. Матеј Савић, „Суверенитет држава између кризе међународног права и савремене политичке реалности“, *Политеиа* (Бања Лука: 2014): 69-96.

субјекти и организације на њеној територији. Уз то она мора бити у стању да на ефикасан начин санкционише повреде државног поретка (сувереност као супрематија). Синтетички елемент је логичка посљедица споја два претходна елемента, и означава то да државна власт може прописивати норме по свом нахођењу без икаквог спољашњег или унутрашњег ограничења.¹⁰ При одређивању конститутивних елемената државе општеприхваћено је становиште по коме су то: становништво, територија и суверена власт.

Односи држава испољавају се као скуп међусобних права и дужности, и то на тај начин да сваком праву једне државе одговарају обавезе друге или других држава и обрнуто. Тако Повеља Организације Уједињених нација дефинише да постоје следећа основна права држава: право на опстанак (самоодржање), право на независност (сувереност), право на једнакост, право на међународни саобраћај и право на поштовање (уважавање). Суверенитет је заједно са принципом једнакости најважнији дио међународно правног субјективитета државе.¹¹ Треба имати у виду да је чланство у међународним организацијама добровољно и да њихова надлежност зависи од сагласности и воље држава. Такође је за утврђивање надлежности нпр. Међународног суда правде потребна сагласност државе.¹²

Примјер формално суверене и независне државе под међународним уговором је БиХ. Дејтонским споразумом закљученим 1995. године, стекавши статус чланице Уједињених нација 1993. год., потпада под међународну управу, како у фактичком тако и у правном смислу: а) фактички вид контроле се огледа у позицији мултинационалних војних снага за примјену споразума (ИФОР). Ове снаге су по дефиницији, мултинационалне војне снаге за примјену споразума, распоређене у БиХ, да би помогле да се обезбиједи поштовање овог споразума; ИФОР не само да је једина оружана сила која има потпуну и неометану слободу кретања, на копну, у ваздуху и на води кроз цијелу БиХ, него је и овлаштен да предузима потребна дејства, укључујући и употребу неопходне силе да би заштитио поштовање Споразума о војним аспектима мировног споразума, као и да би се сам заштитио; б) правни вид контроле, који се односи на састав Уставног суда БиХ о коме ће касније бити ријечи.¹³ Поред свега наведеног Дејтонским мировним споразумом предвиђено је и постојање високог представника. Тврдња о „претпостављеној суверености“ наше државе је потпуно прихватљива, јер се БиХ јавља као суверена држава, по обиму суверенитета изједначена са било којом другом државом, али само под условом да је садржином власти коју врше институције Босне и Херцеговине задовољан високи представник. У случају неслагања са ставовима институција БиХ (укључујући и њихово нечињење, недоношење одговарајућих аката), високи представник презума на себе вршење послова из домена суверене власти, те намеће своју вољу као вољу институција БиХ. Стога, БиХ у таквим ситуацијама, периодично губи своју сувереност, што нарушава непрекидност и недјељивост државне власти, па је неки аутори називају државом са ограниченим суверенитетом или непотпуном државом.¹⁴

¹⁰ Ратко Марковић, *Уставно право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2016), 154-156.

¹¹ Мијовић, *Међународно јавно право*, 61

¹² Витомир Поповић, Филип Турчиновић, *Међународно јавно право* (Бања Лука: Правни факултет у Бањој Луци, 2009), 208.

¹³ Миленко Крећа, *Међународно јавно право* (Београд: Правни факултет у Београду, 2007), 316.

¹⁴ Бранко Хаџи Стевић, *Питање суверености Босне и Херцеговине с обзиром на овлашћења високог представника, Годишњак Правног факултета* (2017): 113-116.

5. ДЕЈТОНСКИ МИРОВНИ СПОРАЗУМ СА АКЦЕНТОМ НА УСТАВ БИХ

Међународноправни субјективитет Босне и Херцеговине условљен је настанком и околностима које су довеле до конституисања њене државноправне структуре. Ратна збивања на простору бивше Југославије, поред незапамћених људских патњи, страдања, материјане штете, привредне и економске девастације, довела су и до настанка неких, до тада теоријски непознатих облика државног уређења. Након извршене сецесије појединих бивших федералних јединица СФРЈ, сукоб у БиХ, окончан је Дејтонским мировним споразумом (у даљем тексту: Споразум), новембра 1995. године. Једна од значајних карактеристика када је у питању конституисање субјективитета БиХ везана је за чињеницу да је и Устав БиХ дио међународног уговора (Анекс IV). Тим Споразумом који по својој правној природи представља, прије свега мировни уговор, конституисана је БиХ, сачињена од два ентитета- Републике Српске (у даљем тексту: РС) и Федерације БиХ. Овај Споразум потписан је првенствено ради прекида непријатељства, трајног успостављања мира и обнове девестираног подручја. Као потписнице појавиле су се БиХ, Република Хрватска и Савезна Република Југославија. РС, као један од ентитета, није третирао као уговону, него као страну у сукобу, те се као таква РС јавља као потписница оног дијела Дејтонског споразума којим се врши разграничење међу ентитетима и оних одредаба истог Споразума који се тичу обуставе непријатељства. Овакав третман РС у Споразуму био је условљен чињеницом да је БиХ од стране ОУН-а призната као самостална држава већ 6. априла 1992. године, те да је РС овлаштења на потписивање мировног споразума пренијела на делегацију Савезне Републике Југославије, споразумом од 29. августа 1995. године.¹⁵ Стога, можемо прихватити мишљење да је Споразум настао у вријеме највеће моћи САД из периода униполарног свијета, када су САД биле свјетски хегемон.¹⁶

Тадашњи амерички предсједник Бил Клинтон и америчка администрација настоје да завршетком рата у БиХ поентирају пред домаћом и свјетском јавношћу идући у сусрет америчким изборима 1996. године. У политичком смислу Република Српска је била делегитимисана као равноправан преговарач будући да је њено војно и политичко руководство већ било стављено под оптужницу Међународног кривичног суда за бившу Југославију (тзв. Хашког трибунала), те није могло учествовати у преговорима.¹⁷

У правном смислу, Споразум је производ америчких правника како по правној логици тако и према номотехничком приступу. То најбоље уочавамо на Анексу 4, који је заправо Устав БиХ и који са својих дванаест чланова подсјећа на Устав САД (који има свега седам чланова, истина и 27 амандмана). Овако сложен мировни споразум са 11 анекса није било једноставно креирати. Иако се идејним архитектом Споразума сматра Ричард Холбрук, постоје сазнања да је његов истински творац тадашњи амерички државни секретар Ворен Кристофер.¹⁸ Као обилежја новоуспостављеног политичког система истичемо: устав који није донесен од стране народа нити представничког тијела; специфичност извршне власти оличене у трочланом

¹⁵ Мијовић, *Међународно јавно право*, 98-99.

¹⁶ Србан Перишић, „Промене међународног поретка и Босна и Херцеговина – 25 година од Дејтонског споразума”, *Политеиа* (Бања Лука, 2020): 44.

¹⁷ Владо Симоновић, „Народ, партије и демократија у Босни и Херцеговини“, *Политеиа* (Бања Лука: 2019): 153.

¹⁸ Новости на српском, Годишњица Дејтонског споразума: Непоновљиви крај рата, <https://www.bbc.com/serbian/lat/balkan-46296019>, приступљено: 02.05.2024.

Предсједништву и Савјету министара као помоћном органу предсједништва; постојање засебне административно-територијалне цјелине Брчко дистрикта БиХ; постојање канцеларије ОХР-а; Уставни суд БиХ са присуством страних судија и специфичном апелационом надлежношћу; сложен изборни систем и др.¹⁹ Као главни извор проблема уставног система највећим дијелом јавља се Канцеларија високог представника за БиХ (ОХР) и Уставни суд БиХ. Ово сматрамо својеврсном аномалијом имајући у виду да уставни систем могу стварати и мијењати само демократски бирани законодавни органи. Тешко се изјаснити шта је већа повреда када закон наметне високи представник или када Уставни суд узме себи за право праксу стварања умјесто заштите и тумачења постојећих правних норми.

Најприје, идентификоваћемо факторе политичке и политичко-системске нефункционалности. Прво, у БиХ учавамо непостојање јединствене нације или неког облика националног идентитета. Наиме, народи у БиХ се не идентификују као Босанци и Херцеговци већ као Срби, Хрвати, Бошњаци и Остали. Па чак ни БиХ вербално најприврженији народ када је мијењао назив из Муслимана изабрао је Бошњаци, а не Босанци. Преостала два народа Срби и Хрвати идентификују се претежно са Србијом и Хрватском. Дакле, БиХ се понајприје налази у кризи националног идентитета. Наравно да постоје државе које својим називом не персонификују национални идентитет (нпр. Аустрија), а ради се углавном о једнонационалним државама. Другим ријечима ни један од конститутивних народа се не поистовјећује са овом државом. Друго, постоји вишедеценијско неповјерење између конститутивних народа у БиХ, нарочито проузроковано прошлим трагичним сукобом, што ову заједницу сврстава у ред постконфликтних и дубоко подијељених друштава.

Треће, слаба међурелигијска толеранција, злоупотреба религије те често нарушавање секуларних елемената значајан је фактор дестабилизације. Четврто, присутни су стални и истрајни утицаји спољнополитичких кретања источног, западног па и исламског блока. Пето, неискрене политике европских интеграција којима се намећу и често мијењају услови за чланство, гдје имамо наметање разних захтијева које ова држава не може испунити. Шесто, слаба развијеност привреде, низак бруто национални доходак, низак ниво запослености, економска зависност од задуживања пружају повољно тло за радикалне идеологије и стварају сваку могућу нестабилност. Седмо, неповјерење грађана у државу и њене институције, нарочито младих, у чему фигурира податак да доста младих у Босни и Херцеговини жели да је напусти. Осмо, високи представник својим противправним и политички детерминисаним одлукама нарушава БиХ.²⁰

Устав БиХ се састоји из два дијела: преамбуле и нормативног дијела који има дванаест чланова. Поред тога имамо и анексе, анекс I садржи додатне споразуме о људским правима који ће се примјењивати у БиХ, а анекс II, прелазне одредбе. Уставни суд БиХ је заузео став да преамбула²¹ Устава БиХ има исто правно дејство (и сангу) као нормативни дио устава. Нормативни дио Устава се састоји из следећих цјелина: 1) БиХ, 2) људска права и основне слободе, 3) надлежности и односи између институција БиХ и ентитета, 4) парламентарна

¹⁹ Невенко Врањеш, „Права конститутивних народа и ентитета у политичком систему Босне и Херцеговине“, *Безбедносни форум* (2022): 44–46.

²⁰ Невенко Врањеш, „Дејтонска и постдејтонска концепција политичког система БиХ“, *Право између ства-рања и тумачења* (Источно Сарајево: 2023): 302.

²¹ Маријана Пајванчић, *Уставно право* (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду), 41.

скупштина, 5) предсједништво, 6) Уставни суд, 7) Централна банка, 8) финансије, 9) опште одредбе, 10) амандмани, 11) прелазне одредбе, 12) ступање на снагу.²²

Функције и овлаштења ентитета утврђене су општом надлежношћу, те таквом расподелом надлежности, ентитети имају претежну власт, тј. имају све осим оног што је дато БиХ. Ентитети имају своју територију, становништво, организацију власти (уставотворну, законодавну, извршну), своје органе (парламент, владу, шефа државе, судове, уставни суд, полицију), државне симболе (заставу, грб и химну) и све оно што државу чини државом на унутрашњем плану.²³ Важно је рећи да ентитети имају могућност посредног учествовања у вођењу спољне политике и путем Предсједништва БиХ, које је надлежно за вођење спољне политике и које је обавезно да настоји, да се одлуке из те области доносе консензусом. У супротном, сваки члан, позивајући се на витални интерес ентитета, уз подршку надлежног представничког тијела ентитета, може спријечити да одлука ступи на снагу.²⁴

6. УТИЦАЈ ВИСОКОГ ПРЕДСТАВНИКА НА СУВЕРЕНИТЕТ БИХ

Институција високог представника успостављена је Анексом 10 (Споразум о цивилном спровођењу мировног рјешења) Дејтонског мировног споразума. Најважнија овлаштења у БиХ су: надзирање примјене Мировног споразума, одржавање блиских контаката са странама потписницама да би се унапријеђивало њихово пуно придржавање свих цивилних аспеката мировног рјешења, координација активности цивилних организација и агенција у БиХ, затим, његово присуство на састанцима донатора, посебно у вези са санацијом и реконструкцијом, периодично извјештавање УН-а, ЕУ, САД, Руске Федерације и других заинтересованих влада, страна и организација, у вези са задацима који су наведени у Споразуму, такође и обезбјеђивање пута и примање извјештаја од комесара међународних полицијских снага, установљених у Анексу II Мировног споразума. Такође, он може оснивати и друга цивилна тијела унутар и изван БиХ да би олакшао извршење свог мандата. Поред тога, има право да именује одређена лица ако то сматра потребним. Најважнија јесте одредба Анекса X, која говори о томе да је високи представник коначни ауторитет за тумачење овог споразума о цивилном спровођењу мировног рјешења.

Поред високог представника, установљен је и Савјет за спровођење мира, чијим декларацијама је дошло до проширивања његових овлаштења и надлежности (оно није предвиђено нити Анексом IV, нити Анексом X). Вијеће је конституисано у Лондону, 8. и 9. децембра 1995. године. Тада је одржана Мировна конференција, на којој је циљ био да се добије међународна подршка за спровођење Споразума. Савјет се састоји од 58 чланова, такође је успостављен и

²² Вид. *Устав Босне и Херцеговине*.

²³ Матеј Савић, Зоран Васиљевић, „Подјела надлежности у БиХ између слова и духа...“, *Право између стварања и тумачења* (Источно Сарајево: 2023): 231-233.

²⁴ Милан Пилиповић, *Устав Босне и Херцеговине – нормативно и стварно* (Бања Лука: Комесграфика, 2008), 30.

управни одбор²⁵ као извршни орган на чијем челу се налази високи представник ког именују министри иностраних послова у управном одбору на приједлог Европске уније, а мандат му потврђује Савјет безбједности УН. Најзначајније декларације које је Савјет донио су декларације из Бона 1997., и Мадрида 1998 год. У Бону је добио овлашћење да одлучује о времену, мјесту и да предједава састанцима заједничких институција, као и да доноси привремене мјере када стране нису у могућности да се договоре, и које остају важеће док Предсједништво или Савјет министара не усвоје одлуку у складу са Мировним споразумом.²⁶ У Мадридској декларацији се помиње то да је он главни координатор активности цивилних организација, као и да му се проширује обим консултативних и координаторних активности.

Он се претворио у институцију која учествује или се директно мијеша у вршење законодавне, извршне, судске па и уставотворне власти. Он је својим одлукама доносио уставне норме, мијењајући уставе ентитета, доносио нове или мијењао постојеће законе, директно утицао на извршну и судску власт мноштвом одлука о смјењивању функционера, носилаца јавне власти. Сви закони, које он донесе, садрже норму да се не могу мијењати све док у истом облику и у истом садржају не буду усвојени од домаћих власти. Дакле, Устав БиХ не познаје институцију високог представника, односно не предвиђа могућност да она на било који начин учествује у стварању правног поретка БиХ.²⁷

Нпр. одлука у предмету позната је и као „Одлука о конститутивности народа“. Нећемо погријешити и ако нагласимо да су сви проблеми тада и почели да се развијају. Наиме, одлука Уставног суда је имплементирана „доношењем“ Амандмана LXVI – XCII на Устав Републике Српске које је својом вољом наметнуо високи представник (тада Волфганг Петрич) у БиХ и то доносећи Одлуку о измјенама и допунама Устава Републике Српске. Он је то урадио противно одредбама садржаним у Анексу X Дејтонског мировног споразума и противно Закључцима који су усвојени на Коференцији у Бону 1997. године. Међутим, у самој одлуци високи представник се позива на члан V Анекса X Мировног споразума, одређујући (наводни) правни основ за доношење овакве одлуке. Наведеним амандманима успостављено је Вијеће народа РС. Дакле, формирана је потпуно нова институција која, прије тога није била дефинисана Уставом. Дефинисан је појам виталног националног интереса, а такође промијењена је и надлежност Народне скупштине РС и дефинисан положај Вијећа народа у државноправном поретку.

Једностраним волунтаризмом високог представника измијењено је уставно устројство у уставотворном и законодавном контексту и статус Републике Српске у БиХ. На основу овог амандмана Народна скупштина више не може самостално доносити измјене Устава, или пак нови Устав у цјелини, јер је предвиђено да Вијеће народа у уставотворном поступку има равноправан статус. Штетне последице оваких измјена могле су се видјети када су у Народној скупштини усвојени Амандмани CXXII–CL на Устав Републике Српске двотрећинском већином. Јасно је да се одлукама високих представника, које су донесене изван институција БиХ и органа ентитета, а супротно Уставом предвиђеним процедурама директно доводи у питање

²⁵ Његови чланови су Њемачка, Француска, Велика Британија, Италија, Јапан., Канада, Русија, САД, затим, Европска комисија, Предсједништво Европске уније, Организација исламске конференције коју представља Турска.

²⁶ Бонска овлашћења Високог представника, <https://mail.google.com/mail/u/0/?hl=hr#inbox/FMfcgzGxSRNbLHXQnsvhgPZtmtGPXzMW?projector=1&messagePartId=0.4>, приступљено: 05.05.2024.

²⁷ Миле Дмчић, Милан Пилиповић, *Уставно право* (Бања Лука: Правни факултет у Бања Луци, 2020), 193.

владавина права и угрожава правна сигурност. У континуитету се крше одредбе садржане у члану I/2 Устава БиХ којим је дефинисано да је: „Босна и Херцеговина демократска држава која функционише у складу са законом и на основу слободних и демократских избора“ од стране високих представника, који су узурпирали законодавну и уставотворну власт.²⁸

7. УСТАВНО СУДСТВО У БИХ

Основни задатак Уставног суда јесте да штити Устав БиХ. Уставни суд се састоји од девет чланова. Четири члана бира Представнички дом Федерације, два члана Народна скупштина РС. Три члана, која не могу бити држављани БиХ нити било које сусједне државе, бира предсједник Европског суда за људска права након консултација са Предсједништвом.²⁹ Високи представник за Босну и Херцеговину, дана 13.01.2002. године, донио је Закон о државној граничној служби Босне и Херцеговине. Једанаест чланова Представничког дома Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине покренуло је поступак пред Уставним судом Босне и Херцеговине за оцјену уставности овог закона. Подносиоци захтјева су истицали да високи представник нема овлашћење за доношење закона, односно наметања истог у случају да га не изгласа Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, јер за то нема овлашћења нити према Анексу X, нити према ставу XI/6 2 Бонске декларације. Међутим, приликом одлучивања Суд је заузео став да се овај закон високог представника не треба испитивати са формалноправног аспекта, односно да Суд није надлежан да оцјењује овлашћења високог представника, јер се ради о институцији међународног карактера.

С друге стране, Суд истовремено оцјењује да је институција високог представника супституирала домаће институције, тј. да је исти дјеловао као институција Босне и Херцеговине, да без обзира на природу овлашћења додијељених високом представнику Анексом X Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, чињеница да је Закон о државној граничној служби донио високи представник, а не Парламентарна скупштина, не мијења његов статус закона, ни у његовој форми, будући да је овај закон објављен као такав у Службеном гласнику БиХ 26. јануара 2000. године. Суд закључује да се тај закон мора сматрати законом Босне и Херцеговине и, као такав, може се испитивати са материјално-правног аспекта. Тако да Суд цијени њихову сагласност са Уставом, те је Закон о Државној граничној служби прогласио сагласним са Уставом Босне и Херцеговине. На тај начин, Уставни суд БиХ је омогућио и трасирао пут високом представнику да се наметне као највиши орган који има уставотворну и законодавну власт, што ће се касније показати у пракси.³⁰ Овакву одлуку Суд је донио већином гласова, при чему су судије из РС издвојиле своје мишљење, које је било у супротности са већинским мишљењем. Тако суткиња Снежана Савић у издвојеном мишљењу истиче да „овакво схватање суда није у складу са општим појмом закона, нити пак даје довољну аргументацију за одређивање карактера овог акта, па самим тим и његове

28 Савић, Васиљевић, „Подјела надлежности у БиХ између слова и духа...“, 236-237.

29 Миле Дмичић, *Уставно право* (Бања Лука: Правни факултет, 2011), 113.

30 Милан Пилиповић, „Контроверзе стварања права актима високог представника“, *Право између стварања и тумачења* (Источно Сарајево, 2023): 264-267.

установности. Дакле, садржински посматрано, са материјалног аспекта, ови акти јесу законски акти.“

Међутим, ако се суд не упушта у оцјену овлаштења за доношењем овог акта са образложењем „да то не треба чинити“, и истовремено прихвата испитивање материјалноправног аспекта овог акта, поставља се питање како се може оцијенити да је у конкретном случају ријеч о закону, који уобичајно подразумева оба аспекта. Оцјена која се заснива на имену акта и његовом објављивању у Службеном гласнику БиХ, свакако није довољна. Својство закона, као правног акта, са формалног аспекта, одређено је надлежношћу за његово доношење, поступком доношења и његовом материјализацијом, а не само посљедњим елементом, што у овом случају служи као основ за одлуку суда“.

8. ДА ЛИ ЈЕ БИХ НЕОПРОТЕКТОРАТ?

Устав БиХ, што је највећи куриозитет, није утврдио облик државног уређења и заправо би било логично да је одредбу да се држава састоји од два ентитета пратила и она да се ради о федералном, конфедералном или пак, неком трећем облику уређења.

У периоду грађанског рата, самопроглашена Република Босна и Херцеговина добила је међународно признање, постала је чланица Организације Уједињених нација, упркос томе што су и српски и хрватски народ у њој прогласили самосталност над територијама које су већински насељавали. Тако су у периоду оружаног сукоба на територији једне чланице, постојале заправо три државотворне заједнице – државе и једна формално међународно призната. То су биле Херцег-Босна, као заједница већински хрватског народа, РС, као заједница грађана са већинским српским народом и простор геополитичке Средње Босне који се рестриктивно идентификовао са међународно признатом Босном и Херцеговином, са већинским муслиманско-бошњачким становништвом, а који је истовремено представљао државотворни фактор у геополитичком смислу и негирао јединственост и међународноправни субјективитет Босне и Херцеговине на међународном плану³¹. Самим тим што постоји знатан број различитих становишта у погледу њеног одређења и што се не може представити једна интегрална и општеприхваћена дефиниција Босне и Херцеговине, можемо, с правом, тврдити да се ради о творевини своје врсте (*sui generis*).

Може се рећи да се Босна и Херцеговина налази на пола пута између међународно признате државе и неопротектората.³² Неопротекторати су савремени облици зависних правних лица сличних државама. Они представљају државне организме специјалног карактера који су се почели конституисати крајем XX вијека. То су међународно признате, али не потпуно конституисане, или пак деконституисане државе са државноправним субјективитетом у међународном праву, који може бити ограничен.

Неопротекторати су државе које не посједују конститутивне елементе државности, а имају међународни легитимитет, специфичан међународноправни субјективитет. Међутим,

31 Вид. Матеј Савић, „Међународноправни статус БиХ“, *Правни живот*, (2019): 303-320.

32 Овоме, шире в. Матеј Савић, „Босна и Херцеговина – „Држава или неопротекторат?“, *Дејтонски споразум, две деценије мира и поуке за свет* (Београд, 2016): 173-192.

суверенитет њихове власти је доведен у питање, јер је присутна институционализована зависност државних органа, у смислу подређености посебном вањском режиму или пак, конкретном облику власти спољног карактера. Босном и Херцеговином се још увијек баве друге државе.³³ БиХ, уз присуство високог представника, јесте зависно правно лице слично државама, она је заједница државотворних ентитета у покушају, јер је присуство међународне заједнице, свакако чини неопротекторатом. Она ће у овом статусу бити све док се не затвори канцеларија високог представника, односно Савјет за имплементацију мира и док органи Босне и Херцеговине, с друге стране, не преузму ефективне надлежности и одговорност за послове који су предвиђени Уставом.

9. ЗАКЉУЧАК

Суверенитет државе се манифестује у томе да држава на својој територији може вршити власт неограничено, да је та власт највиша, што не можемо рећи за БиХ. За Босну и Херцеговину можемо рећи да је *sui generis* држава. Њен Устав је саставни дио међународног мировног споразума. Присуство високог представника као и страних судија у Уставном суду БиХ потврђују тезу да је у питању држава „своје врсте“. Наравно, она је и чланица бројних међународних организација, али када говоримо о уговорном везивању оно је свакако ствар воље и интереса државе, тако да и ту постоје ограничења суверенитета, прије свега у виду поштовања одредби конвенција, али понављамо, то је ствар воље и интереса државе. Суверенитет БиХ ће зависити од три битна аспекта: геополитичког, унутрашњег политичког и европског интеграцијског. Узети заједно ови аспекти ће у будућности доминантно одређивати садржај и снагу суверенитета БиХ.

10. ЛИТЕРАТУРА (REFERENCERS)

1. Бранко Хаџи Стевић, Питање суверености Босне и Херцеговине с обзиром на овлашћења високог представника, *Годишњак Правног факултета*,
2. Владо Симовић, „Народ, партије и демократија у Босни и Херцеговини“, *Политеиа*,
3. Владан Михајловић, „Сувереност као реалност државе (власти) или њен истрисјки (и изгубљени мит)“, *Научни скуп са међународним учешћем Синергија*,
4. Драгомир Јовичић „Суверенитет као структурални елемент државе у 21. вијеку“ *Научни скуп са међународним учешћем Синергија*,
5. Душко Лозина, „ Глобализација и суверенитет националне државе“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*,
6. Матеј Савић, „ Босна и Херцеговина – Држава или неопротекторат?“ *Дејтонски споразум, двије деценије мира и поуке за свијет*,

³³ Матеј Савић, „ Бечка конвенција о дипломатским односима – темељ савременог међународног права представљања“, *Годишњак Правног факултета* (2016): 93–125.

7. Матеј Савић, „Бечка конвенција о дипломатским односима – темељ савременог међународног права представљања“, *Годишњак Правног факултета*.
 8. Матеј Савић, „Међународноправни статус БиХ“, *Правни живот*,
 9. Матеј Савић, Зоран Васиљевић, „Подјела надлежности у БиХ између слова и духа...“, *Право између стварања и тумачења*,
 10. Матеј Савић, „Споразум о специјалним паралелним односима – Дејтонски темељ односа Републике Српске и Републике Србије“, *Република Србија и Република Српска - стари и нови политички изазови*,
 11. Матеј Савић, „Суверенитет држава између кризе међународног права и савремене политичке реалности“, *Политеиа*,
 12. Милан Пилиповић, „Контроверзе стварања права актима високог представника.“, *Право између стварања и тумачења*.
 13. Невенко Врањеш, „Дејтонска и постдејтонска концепција политичког система БиХ“, *Право између стварања и тумачења*,
 14. Невенко Врањеш, „Права конститутивних народа и ентитета у политичком систему Босне и Херцеговине“, *Безбедносни форум*,
 15. Срђан Перишић, „Промене међународног поретка и Босна и Херцеговина – 25 година од Дејтонског споразума“, *Политеиа*.
 16. Витомир Поповић, Филип Турчиновић, *Међународно јавно право*,
 17. Љиљана Мијовић, *Основе међународног јавног права I дио*,
 18. Рајко Кузмановић, *Уставно право*,
 19. Ратко Марковић, *Уставно право*,
 21. Маријана Пајванчић, *Уставно право*
 21. Милан Пилиповић, *Устав Босне и Херцеговине – нормативно и стварно-*,
 22. Миле Дмчић, Милан Пилиповић, *Уставно право*,
 23. Миленко Крећа, *Међународно јавно право*,
 24. Бонска овлаштења Високог представника, <https://mail.google.com/mail/u/0/?hl=hr#inbox/FMfcgzGxSRNbLHXQnsvhgPZtmtGPXzMW?projector=1&messagePartId=0.4>.
 25. Идеја суверености у уставноправно мисли, <https://hrcak.srce.hr/file/184419>,
 26. Новости на српском, Годишњица Дејтонског споразума: Непоновљиви крај рата., <https://www.bbc.com/serbian/lat/balkan-46296019>,
-
1. Branko Hadži Stević, Pitanje suverenosti Bosne i Hercegovine s obzirom na ovlašćenja visokog predstavnika, *Godišnjak Pravnog fakulteta*,
 2. Vlado Simović, „Narod, partije i demokratija u Bosni i Hercegovini“, *Politeia*,
 3. Vladan Mihajlović, „Suverenost kao realnost države (vlasti) ili njen istrisjki (i izgubljeni mit)“, *Naučni skup sa međunarodnim učešćem Sinergija*,
 4. Dragomir Jovičić, „Suverenitet kao strukturalni element države u 21. vijeku“ *Naučni skup sa međunarodnim učešćem Sinergija*,
 5. Duško Lozina, „Globalizacija i suverenitet nacionalne države“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*,

6. Matej Savić, „Bosna i Hercegovina – Država ili neoprotektorat?“ Dejtonski sporazum, dvije decenije mira i pouke za svijet,
7. Matej Savić, „Bečka konvencija o diplomatskim odnosima – temelj savremenog međunarodnog prava predstavljanja“, Godišnjak Pravnog fakulteta.
8. Matej Savić, „Međunarodnopravni status BiH“, Pravni život,
9. Matej Savić, Zoran Vasiljević, „Podjela nadležnosti u BiH između slova i duha...“, Pravo između stvaranja i tumačenja,
10. Matej Savić, „Sporazum o specijalnim paralelnim odnosima – Dejtonski temelj odnosa Republike Srpske i Republike Srbije“, Republika Srbija i Republika Srpska - stari i novi politički izazovi,
11. Matej Savić, „Suverenitet država između krize međunarodnog prava i savremene političke realnosti“, Politeia,
12. Milan Pilipović, „Kontroverze stvaranja prava aktima visokog predstavnika.“, Pravo između stvaranja i tumačenja.
13. Nevenko Vranješ, „Dejtonska i postdejtonska koncepcija političkog sistema BiH“, Pravo između stvaranja i tumačenja,
14. Nevenko Vranješ, „Prava konstitutivnih naroda i entiteta u političkom sistemu Bosne i Hercegovine“, Bezbednosni forum,
15. Srđan Perišić, „Promene međunarodnog poretka i Bosna i Hercegovina – 25 godina od Dejtonskog sporazuma“, Politeia.
16. Vitomir Popović, Filip Turčinović, Međunarodno javno pravo,
17. Ljiljana Mijović, Osnove međunarodnog javnog prava I dio,
18. Rajko Kuzmanović, Ustavno pravo,
19. Ratko Marković, Ustavno pravo,
21. Marijana Pajvančić, Ustavno pravo
21. Milan Pilipović, Ustav Bosne i Hercegovine – normativno i stvarno-,
22. Mile Dmčić, Milan Pilipović, Ustavno pravo,
23. Milenko Kreća, Međunarodno javno pravo,
24. Bonselna ovlaštenja Visokog predstavnika, <https://mail.google.com/mail/u/0/?hl=hr#inbox/FMfcgzGxSRNbLHXQnsvhgPZtmtGPXzMW?projector=1&messagePartId=0.4>.
25. Ideja suverenosti u ustavnopravnoj misli, <https://hrcak.srce.hr/file/184419>,
26. Novosti na srpskom, Godišnjica Dejtonskog sporazuma: Neponovljivi kraj rata., [https:// www.bbc.com/serbian/lat/balkan-46296019](https://www.bbc.com/serbian/lat/balkan-46296019),

SOVEREIGNTY WITH A SPECIAL FOCUS ON BIH

Ana Pećo³⁴

Faculty of Law, University of Banja Luka

Stefan Ivetic³⁵

Faculty of Law, University of Banja Luka

Summary: *Sovereignty is one of the most complex and content-rich theoretical-legal categories. The term has its roots in the words “supremus, superanus,” meaning supreme, highest. As a legal category, it has two types: qualitative, implying the freedom of states to regulate their relations with other states based on international law through international agreements, and quantitative, consisting of the state’s right to protect and defend itself, be sovereign over its natural resources, and independently regulate its legislation, administration, and judiciary.*

The purpose of this research is to clarify what sovereignty is, determine the forms of sovereignty in Bosnia and Herzegovina, and identify who holds sovereignty in Bosnia and Herzegovina.

Selected theoretical sources from constitutional law and international public law, as well as other documents, books, and articles, were used for this study.

The binding agreements between states reflect their own will and interests, demonstrating equality rather than subordination to a higher authority.

The sovereignty of Bosnia and Herzegovina will depend on three essential aspects: geopolitical, internal political, and European integration. Together, these aspects will dominantly shape the content and strength of Bosnia and Herzegovina’s sovereignty.

Keywords: *sovereignty, high representative, Dayton peace agreement.*

³⁴ Student at Faculty of Law , University of Banja Luka, tel: 066150752 , email: anapeco888@gmail.com.

³⁵ Student at Faculty of Law , University of Banja Luka, tel: 063508636, email: iveticstefan2000@gmail.com

STVARANJE NOVOG ZAKONODAVSTVA O RADU PUTEM DIGITALNIH RADNIH PLATFORMI

Marinko Đ. Učur¹

Sveučilište u Rijeci

Sažetak: Procjenjuje se da u EU radi oko 29 milijuna osoba putem digitalnih radnih platformi. Taj broj brzo raste tako da se očekuje da će doseći 2025. godine preko 43 milijuna (što je povećanje oko 52%). Digitalna radna platforma radno angažira izvršitelja posla za klijenta i tako ih „spaja“ i organizira rad. Radi se o svim poslovima: taksi, dostave, usluge u kućanstvu, profesionalne usluge, mikro poslovi i drugima. Najveći broj osoba koje obavljaju navedene poslove „klasificirano“ je kao samozaposleno osoblje (oko 93%). Nužna je evidencija, uređivanje, jačanje pravne sigurnosti i odgovornosti subjekata u navedenim odnosima. U postupku je donošenje direktive Europskog parlamenta i Vijeća EU u poboljšanju radnih uvjeta u radu putem radnih platformi. U Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o radu u Republici Hrvatskoj („N.N.“ 151/22, 64/23) uređeni su specifični radni odnosi radnika koji rad obavljaju putem digitalnih radnih platformi, kao poslodavca (obvezni sadržaj ugovora o radu, zaštita sigurnosti i zdravlja radnika na radu, zaštita privatnosti, profesionalna komunikacija i druga prava i obveze). U ovome radu piše se o stvaranju novih propisa i uređivanja rada putem digitalnih radnih platformi.

Ključne riječi: digitalna radna platforma, radni status osoba, poslovi, ugovor o radu, novi propisi.

1. UVOD

Bitna oznaka rada radnika u radnom odnosu s digitalnom radnom platformom ili agregatom, kao poslodavcem je algoritamsko upravljanje, odnosno automatizirano upravljanje poslovnim procesima: ovaj oblik rada je specifičan (poseban, karakterističan) po: subjektima, organizaciji rada, uvjetima rada, što se posebno odnosi na sigurnost i zaštitu zdravlja, zaštita privatnosti, ne umanjujući druga prava, obveze i odgovornosti u radnom odnosu, kako su uređena heteronomnim i autonomnim propisima i ugovorom o radu.

Dio poslova „platformskog rada“ obavlja se u radnom odnosu, dio obavljaju samozaposlene osobe, drugi pružatelji usluga (primjerice studenti i đaci putem posebnih ugovora) i građani putem sklopljenih obvezno – pravnih poslova.

Na području i u državama članicama Europske unije (EU) započeo je proces stvaranja radnog zakonodavstva o reguliranju radnog statusa osoba koji rade na (i sa) digitalnim radnim

¹ Sveučilišni profesor i znanstveni savjetnik (u trajnom zvanju) Sveučilišta u Rijeci, e-mail: marinko.ucur051@gmail.com

platformama. U prosincu 2021. godine započela je „javna rasprava“ u okviru država članica EU o prijedlogu Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o poboljšanju radnih uvjeta u radu putem platformi. Prema sadržaju pojedinih odredbi u (prijedlogu) Direktive garantiraju se prava svakog radnika na radne uvjete kojima se čuvaju radnikovo zdravlje, sigurnost, dostojanstvo, štiti pravo na informiranje i savjetovanje u poduzeću, pravo na zaštitu osobnih podataka, razvijanje poduzetništva, samozapošljavanje i profesionalnu mobilnost.

Direktiva o poboljšanju radnih uvjeta u radu putem platformi, u postupku do sada, kako je propisano u primarnim vrelima prava EU, „čeka“ donošenje u Europskom parlamentu i Vijeću.

Na temelju toga Zakon o radu je utvrdio odnose u odredbama koje su na snazi od 1. siječnja 2024.²

2. PRAVNI OKVIR, PRAVNI TEMELJ I OSNOVNA ODREĐENJA

Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o poboljšanju radnih uvjeta u radu putem platformi (u nastavku: Direktiva o radu putem platformi ili Direktiva), ima temelj i okvir u brojnim primarnim i sekundarnim vrelima prava EU (*acquis communautaire*).³

Proveden je „Redovni zakonodavni postupak“ njenog donošenja (prijedlog Europske komisije, razmatranje na „nacionalnim parlamentima“ država – članica EU, mišljenje Europskog gospodarskoga i socijalnoga odbora i odbora regija).

Direktiva treba pomoći ostvarivanju ciljeva EU i poštivanju temeljnih prava i načela u poboljšanju radnih uvjeta u radu putem platformi, minimalnih standarda u pogledu radnih uvjeta i poduzetničkih prava „u cijeloj Uniji“.

„Ova bi se Direktiva trebala primjenjivati na sve digitalne radne platforme, bez obzira na njihovo mjesto poslovnog nastanka i neovisno o pravu koje se inače primjenjuje, pod uvjetom da se rad putem platformi organizira putem te digitalne radne platforme obavlja u Uniji. Na razini unije trebalo bi se uspostaviti ciljani skup obveznih pravila kako bi se osigurala minimalna prava u pogledu radnih uvjeta u radu putem platformi“.

Digitalna radna platforma je svaka fizička ili pravna osoba koja pruža komercijalnu uslugu barem djelomično, na daljinu putem elektroničkih sredstava (internetske stranice ili mobilne aplikacije) na zahtjev primatelja usluge. Rad obavlja pojedinac.

Digitalna radna platforma je poslodavac.

Radnik je fizička osoba koja radi putem platforme.

Poslodavac i radnik sklapaju ugovor o radu i zasnivanju radni odnos prema propisima države.

Ovom Direktivom želi se izjednačiti minimalni radni standardi u pogledu radnih uvjeta i radničkih prava radnika koji rade na digitalnoj platformi s drugim radnicima u cijeloj Uniji. „To posebno uključuje i ove direktive: Direktiva (EU) 2019/1152 Europskog parlamenta i Vijeća o

² Marinko Učur. *Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o poboljšanju radnih uvjeta u radu putem platformi*, „Radno pravo“ 6/2022, Zagreb, 2022.; *Zakon o radu* „Narodne novine“ 93/14 do 64/23.

³ Ugovor o funkcioniranju EU, dostupno na internetu; Prijedlog Direktiva o radu putem platformi 2021/0414 (GOD); Učur. *Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o poboljšanju radnih uvjeta u radu putem platformi*, „Radno pravo“ 6/2022.

transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u EU (SL.L. 186, 11.7.2019.); Direktiva 2003/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o određenim vidovima organizacije radnog vremena (SL.L. 299, 18.11.2007); Direktiva 2005/8/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje (SL. L. 337, 5.12.2008.).

Treba primijeniti i druga vrela sekundarnog prava o: sigurnosti i zdravlju na radu, o zaštiti žene radnice, trudne radnice, radnice koja je nedavno rodila, žena radnica koje doje; o ravnoteži između poslovnog i privatnog života; radu na određeno vrijeme, informiranju i obavještanju radnika i drugim pitanjima i odnosima.

Poslodavci imaju pravo na potrebnu fleksibilnost i prilagodbu gospodarskim promjenama. Radnici imaju pravo na primjerene radne uvjete i pristup socijalnoj zaštiti.

Digitalizacija mijenja svijet rada. Omogućuje „nastanak i rast digitalnih radnih platformi bez obzira da li se obavljaju isključivo na internetu...putem internetskih platformi...ili na hibridan način... kombinirano internetskog komunikacijskog procesa s naknadnom aktivnošću u fizičkom svijetu...“.

Izazovi su „posebno ozbiljni u gospodarstvu platformi“. Platforme upravljaju sustavom, putem svoje infrastrukture. Odluke donose automatizirani sustavi. Tim informacijama radnici nemaju pristup (ne mogu utjecati na odluke). Poseban problem u ostvarivanju i zaštiti prava radnika je „kada platforma djeluje u nekoliko država“, jer je teško uspostaviti evidenciju gdje se rad obavlja i tko taj rad obavlja, a upitna je zaštita posebno zaštićenih kategorija radnika (mladež, žene, boležljivi, stariji i drugi).

2.1. ERA DIGITALIZACIJE I „MODELI RADA“

U sadržaju ovog rada polazište je i određenje da radnik u radnom odnosu, bez obzira na njegove specifičnosti nije trošak, već vrijednost i treba ga „staviti“ u fokus, u centar radno pravnih i socijalno pravnih odnosa.

Javlja se i razvijaju nove organizacije rada, nova sredstva, nova tehnologija, pa i radnik mora biti tome „prilagođen“, ali u granicama minimalnih radnih (i socijalnih) prava, kao prirodnih prava (prava čovjeka, ljudskih prava). Poslovni procesi se automatiziraju (robotiziraju) a radnik poslove obavlja u sjedištu poslodavca, ali i na izdvojenim mjestima rada, pa i kod kuće radnika⁴. Bez obzira na mjesto rada poslodavac mora projektirati, organizirati i realizirati proces rada tako da bude siguran za rad i zaštitu zdravlja radnika na radu.

Zahtjevi su:

- smanjenje izloženosti opasnim radnim tvarima, procesima, radnom okolišu;
- jednostavnije osposobljavanje i edukacija;
- tehnički nadzor radnog okruženja;
- poboljšanje učinkovitosti i produktivnosti;
- fleksibilnost mjesta rada i radnog vremena;
- spriječiti nedostatak kadrova „kvalitetne radne snage“;
- smanjenje ili uklanjanje poslova koji se ponavljaju rutinski i sličnih poslova;
- dosljedno informiranje sudionika na radu;

⁴ Dušan Drljača, *Hibridni modeli rada u eri digitalizacije* (Atlantic grupa, 26.10.2023).

- uvođenje novih poslova, novih radnih mjesta;
- mogućnosti fleksibilnog radnog vremena;
- odgovoriti da li digitalno praćenje rada dokida privatnost;
- smanjenje stresa, bolesti prouzročene radom;
- preispitivanje standarda rada;
- nove vještine i znanja;
- sačuvati realizaciju „privatno – poslovno“;
- sačuvati „živi rad“.

2.1.1. Kako tehnologija može osnažiti sigurnost i zdravlja radnika

Za svaki postupak i mjeru sigurnosti i zaštitu zdravlja na radu nužna je komunikacija sa „zainteresiranim subjektima“ (unutarnja i vanjska komunikacija).

To važi i za rad putem digitalnih radnih platformi, a pogotovo u sustavu zaštite na radu. Potrebno je poštivati specifičnosti i primjenjivati posebne mjere i sredstva (kao i kod svakog rada na daljinu, rada kod kuće radnika, digitalne platforme za učenje) uz naglašeni zahtjev preventive (prema obvezno izgrađenoj procjeni rizika).

Polazište je u posebnostima poslova i zadataka koje radnik obavlja, u mjestu rada i radnom okolišu. Poslodavac mora biti identificiran; njegove obveze i obveze radnika, obveze ovlaštenika za zaštitu na radu (prema odredbama članka 24. Zakona o radu), sve u skladu s prirodom djelatnosti; uputama za rad na siguran način; evidenciju radnog vremena; niz aktivnosti s ciljem očuvanja i unaprjeđenja fizičkog i psihičkog zdravlja te poboljšanja ravnoteže između poslovnog i privatnog života radnika i drugo što je posebno ubrzao rad na digitalnim radnim platformama.

Uvođenje digitalne tehnologije povećava produktivnost ali zahtjeva siguran i zdrav rad u digitalno doba. Rizici se moraju prepoznati na vrijeme, identificirati i njima upravljati.

Radnici koji rade sa (u, na) digitalnim radnim platformama moraju se osposobljavati različitim vrstama edukacije (anketa, prikupljanje podataka, evidencije i sl.).⁵

Poslodavac – platforma odgovaran je za edukaciju /osposobljavanje radnika (osposobljavanje, učenje; a za strance učenje jezika, kulture naroda i društva, komunikacije, prve pomoći, u pravima i obvezama na radu (i u vezi s radom), upute za rad na siguran način i drugo).

Digitalna tehnologija pruža veće mogućnosti i za radnike i za poslodavce, ali predstavlja veće izazove i rizike u pogledu sigurnosti i zdravlja, „ulazi“ u sve više područja, oblasti, djelatnosti, što zahtjeva implementaciju inovativnog i produktivnog sustava zaštite na radu, prvenstveno prepoznavanjem i sprječavanjem rizika⁶.

Razne radne aktivnosti radnika koji rade sa digitalnim radnim platformama pokazuje da razina i težina radnih zadataka nisu sukladni vještinama i sposobnostima tih radnika. Zadaća je poslodavca digitalnih radnih platformi da identificiraju metode i rješenja kojima će se pospješiti

⁵ M. Petras Palačić i drugi, *Kako tehnologija može osnažiti sigurnost i zdravlje zaposlenika*, (Zagreb: Ericsson Nikola Tesla d.d., 26.10.2023).

⁶ Tea Friščić, *Edukacija i osposobljavanje iz područja zaštite na radu u digitalno doba* (Rimac Technology d.o.o. Sveta Nedjelja, 26.10.2023).

motiviranost i angažman radnika koji rade s digitalnim radnim platformama, kako bi posao obavili što profesionalnije.

Treba izučiti i postaviti organizaciju rada i omogućiti sigurno zapošljavanje i veću sigurnost i zaštitu zdravlja na radu, ali i ostvarivanju prava na radu i u vezi s radom. To su radna mjesta koja, u većem dijelu nemaju društvenu, organizacijsku i tehničku povezanost i ne djeluju međusobno, iako su od velikog utjecaja na radno pravni status osoba koje taj posao obavljaju.

Cilj je „povezati“ čovjeka – radnika s organizacijom, sa sredstvima rada, s okolinom i još važnije je veza „čovjek – čovjek“, radnik – radnik, informiranje i uključivanje u određeni radni (tehnološki i drugi) proces⁷.

Pored ostalog, kao i u drugim djelatnostima, treba „poboljšati ukupno radno iskustvo i mentalnu dobrobit radnika“, poboljšati aspekte rada (organizaciju i drugo). Cilj je: sigurnost radnika, kompetencije radnika, smanjenje monotonosti na poslu, radni ritam koji odgovara radniku, zadovoljstvo na radu, osposobljavanje, kulture rada, razvijanje ljudskih resursa, učenje i poboljšanje različitih vještina radnika, razvijanje zajedništva, sindikalno organiziranje, kolektivno pregovaranje, zadovoljstvo radnika s poslom, stvaranje sigurnih poslova i stalnost radnog odnosa u kome se ostvaruju utvrđena prava, obveze i odgovornost.

2.1.2. Klasifikacija radnika koji rade na platformama

Za utvrđivanje, ostvarivanje i zaštita prava na radu (i u vezi s radom) nužna je pravilna klasifikacija radnika koji rade na digitalnim radnim platformama.

Sada je kvalifikacija takva da se najveći broj osoba koje rade na digitalnim radnim platformama „tretira“ kao samozaposlene osobe. To su „slobodni radnici“, što ne odgovara njihovom stvarnom statusu. Oni su sami odgovorni za svoju sigurnost i zaštitu zdravlja jer se radno zaštitno i socijalno zakonodavstvo a i pravo zaštite na radu, prvenstveno odnosi na radnike u radnom odnosu. Te osobe nisu obuhvaćene mjerama prevencije u smislu propisa o zaštiti na radu, a isključeni su iz socijalnog dijaloga a time i sklapanju kolektivnih ugovora.

Uz to socijalno su izolirani, a poremećena im je ravnoteža između poslovnog i privatnog života.

Prihodi neophodni za njihov život i život onih koje uzdržavaju su nesigurni⁸.

Druga klasifikacija koju „preferira“ Direktiva je radnici u radnom odnosu.

3. PITANJA I ODNOSI KOJE UREĐUJE DIREKTIVA O RADU PUTEM PLATFORMI

Direktiva uređuje: predmet i područje primjene, definicije, radni status (ispravno utvrđivanje radnog statusa), svrhu Direktive (zaštite svih osoba koje rade putem platformi).

⁷ S. Štefok. *Rezultati projekta MindBot, Uprava za rad i zaštitu na radu* (Zagreb, 26.10.2023).

⁸ Na dan 31.03.20224. u Republici Hrvatskoj je bilo evidentirano 578 samozaposlenih osoba „na platformama“, Podaci sustava JEER, Ministarstvo rada...RH

Sadržaj odredbi Direktive određuje: poboljšanje radnih uvjeta svih osoba koje rade putem platformi, ispravno određenje njihovog radnog statusa, promicanje transparentnosti, pravednosti i odgovornosti u algoritamskom upravljanju u radu.

Ponavljamo, Direktiva je definirala pojmove: digitalne radne platforme, rad putem platformi, osoba koja radi putem platformi, radnik koji radi putem platformi i drugi.

U ovim odnosima, pored drugih, javljaju se ova tri subjekta: digitalna radna platforma – poslodavac, pojedinac – osoba koja radi putem platformi i primatelj usluga, bez obzira da li „postoji ugovorni odnos između te osobe koja radi putem platformi i primatelj usluga“.

Posebno pitanje u Direktivi i značaj jesu odredbe o radnom statusu i obveze države – članice da pravilno utvrdi radni status osobe koja radi putem platforme, da „utvrde radni status i osiguraju da te osobe uživaju pravo...koje se primjenjuje na radnike“.

Direktiva stvara „zakonsku pretpostavku“ da je osoba koja radi sa radnom platformom u radnom odnosu (s pravom na utvrđenu plaću (naknadu za rad), davanje i nadziranje rada, „odabir“ radnog vremena, „prihvatanja ili odbijanja poslova“, angažiranje proizvođača... i drugo. U tom smislu, nije isključeno niti negiranje pretpostavke o postojanju radnog odnosa. Teret osporavanja je na poslodavcu, koji je dužan „pružiti sve relevantne informacije kojima raspolaže“ u cilju pravilnog utvrđivanja statusa osobe koja rad obavlja putem digitalne radne platforme.

3.1. ALGORITAMSKO UPRAVLJANJE

Direktiva u „poglavlju III. Algoritamsko upravljanje“ (članak 6 – 10) uređuje: transparentnost upotrebe sustava automatiziranog praćenja i donošenja odluka, ljudsko praćenje automatiziranih sustava, ljudsko preispitivanje važnih odluka, obavješćivanje i savjetovanje, osobe koje rade putem platformi i koje nisu u radnom odnosu.

Poslodavac obavještava radnika o automatiziranom sustavu, o nadzoru rada i radnika i o odlukama koje utječu na uvjete rada radnika (poslovi i zadaci, zarada, sigurnost i zdravlje na radu, radno vrijeme, napredovanje, održavanje statusa i drugo.

Poslodavac daje radniku sažete, transparentne, razumljive informacije i u lako dostupnom obliku, a posebno zaštićuje osobne podatke o radnicima. Te informacije poslodavac daje i nacionalnim tijelima nadležnima za rad, na njihov zahtjev.

Poslodavac redovito prati i ocjenjuje učinak pojedinačnih odluka od strane ovlaštenih osoba koje imaju potrebnu stručnost, osposobljenost i ovlasti za obavljanje te funkcije.

Poslodavac je dužan dostaviti radniku odluku o ostvarivanju njegovog utvrđenog prava, omogućiti preispitivanje odluka, a provoditi „razrješenja“ u skladu s normama nacionalnog prava. Posebna obveza poslodavca odnosi se na savjetovanje i obavješćivanje radnika o „odlukama koje se na njih odnose“.

3.2. TRANSPARENTNOST RADA

U posebnim odredbama Direktivom se utvrđuje „prijava rada putem platformi“ i pristup relevantnim informacijama u radu putem platformi u cilju „transparentnih relevantnih podataka“. Poslodavac prijavljuje rad radnika nadležnim tijelima, koja imaju pravo pristupa relevantnim informacijama. To se čini periodično i na državnoj razini.

Posebno je utvrđeno pravo na pravnu zaštitu, komunikaciju među radnicima, pristup dokazima, zaštita od nepovoljnog postupanja ili „nepovoljnih posljedica“.

Zakoni države ne mogu „smanjivati“ standarde utvrđene Direktivom.

4. RAD I RADNI ODNOSI RADA DIGITALNIH RADNIH PLATFORMI UREĐEN JE ZAKONOM O RADU (U HRVATSKOJ)

Od 1. siječnja 2024. u Republici Hrvatskoj primjenjuju se odredbe Zakona o radu koje se odnose na obavljanje rada putem digitalnih radnih platformi. Sve više je poduzetničkih aktivnosti i osoba koje realiziraju tu djelatnost⁹.

Kako je već napisano „platformski rad“ je jedan od novih oblika rada „koji se razvio zahvaljujući digitalnoj tehnologiji, uz algoritamsko upravljanje poslovnim procesima“. U tim procesima razvijaju se trostrani odnosi između poslodavca – digitalne radne platforme, fizičke osobe – radnika koji taj rad obavlja za primatelja usluge (klijenta) i agregatora – tvrtka partner na tržištu, odnosno posrednikom u tom odnosu.

Sadržaj odredbi Zakona o radu, o navedenim pitanjima i odnosima, je:

- koji se rad obavlja korištenjem digitalnih radnih platformi (ugovor o radu, plaćeni rad (i po drugim osnovama), korištenje digitalne radne tehnologije i dr.);
- definiranje digitalne radne platforme i agregatora, kao poslodavca;
- radnik koji na temelju ugovora o radu obavlja poslove za poslodavca;
- ostale osobe koje temeljem drugog pravnog posla, a ne na temelju ugovora o radu obavljaju poslove osobno za digitalnu radnu platformu ili za agregatora;
- obveza ljudskog nadzora u automatiziranom sustavu upravljanja radi sigurnosti i zaštite zdravlja radnika te praćenju rada i odluka u tom sustavu¹⁰.

⁹ Marinko Učur. „Rad putem digitalnih radnih platformi u Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o radu“, *Informator broj 6776*, Zagreb (2023); *Zakon o radu* „N.N“ 93/14 do 64/23

¹⁰ B. Igazović. „Zakonsko uređenje rada digitalnih radnih platformi u Republici Hrvatskoj“, *Radno pravo*, br. 1/24, Rosip, Zagreb, 2024., 25 – 30.

4.1. Ugovor o radu

Preferirajući radno pravni status u odnosima obavljanja poslova putem digitalne radne platforme, Zakon o radu propisuje obvezan sadržaj pisanog ugovora o radu, precizirajući da pored podataka iz članka 15 (za svaki ugovor o radu) mora sadržavati i podatke koji označavaju (karakteriziraju) ovaj o radu putem digitalnih radnih platformi (dodjela poslova i uputa za rad, radno vrijeme i drugi uvjeti rada, oprema i sredstva za rad, informiranje, obučavanje, organiziranje, troškovi koji se priznaju radniku, obvezna osiguranja i drugo).

Posebno su propisane činjenice za pretpostavke postojanja radnog odnosa, rad putem digitalnih radnih platformi ovisno o opsegu ostvarenih primitaka, evidencija o radu i drugo.

4.2. Prava i obveza poslodavaca

Specifičnost ovoga oblika rada zaključuje se i iz odredbi Zakona o radu kojima se utvrđuju prava i obveza poslodavca, kao što su: uvođenje radnika u posao i obuka o specifičnosti radnih operacija, dostupnosti i transparentnost u radu, imenovanja ovlaštene osobe, profesionalna komunikacija među subjektima ovih odnosa, dostupnost podataka, omogućavanje nadzora, izrada procjene rizika, upoznavanje radnika sa propisanim pravima, obvezama i odgovornostima na radu, osposobljavanje i napredovanje i drugo.

Posebna obveza odnosi se na zaštitu privatnosti i obradu osobnih podataka radnika koji rade korištenjem digitalne radne platforme.

Obveze poslodavca naglašene su i u odredbama Zakona o radu koja se odnose na upravne mjere i novčane kazne, što zahtijeva nove napore, poslove i osposobljavanje nadležnih inspektora¹¹.

5. PODZAKONSKI (PROVEDBENI) PROPISI

5.1. Informacijski sustav jedinstvene elektroničke evidencije rada

Pozivom na nadležnost (ovlast) iz odredbi članka 14. Zakona o suzbijanju neprijavljenog rada („N.N.“ 151/252), Ministar rada, mirovinskog sustava, obitelji i socijalne politike donio je 4. siječnja 2024. Pravilnik o jedinstvenoj elektronskoj evidenciji „kojim se uređuje informacijski sustav jedinstvene elektroničke evidencije rada (dalje: sustav JEER), sadržaj, način unosa, razmjene i pohranjivanja podataka te ovlaštenja za pristup podacima u sustavu JEER“¹².

U sustavu JEER pohranjeni su podaci:

- samozaposlenih osoba koje rad obavljaju putem digitalnih radnih platformi;

¹¹ Zakon o radu „N.N.“ 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 i 64/23.

¹² Zakon o suzbijanju neprijavljenog rada „N.N.“ 151/22; Pravilnik o jedinstvenoj elektroničkoj evidenciji rada „N.N.“ 8/2024. od 19. siječnja 2024. stupio je na snagu „dan nakon objave“.

- radnici koji rad obavljaju putem digitalnih radnih platformi;
- ostale osobe koje rad obavljaju putem digitalnih radnih platformi.

U odredbama članka 2. stavak drugi Pravilnika, propisuje se primjena posebnih propisa „koje uređuju zaštitu osobnih podataka i propisi koji uređuju povjerljivost posebnih podataka“, a sve prilikom dostave, pregleda, obrade i pohrane podataka u sustavu JEER¹³.

Sustav jedinstvene elektroničke evidencije rada čini sadržaj tri dijela te cjeline (sustav JEER):

- 1) Registar digitalnih radnih platformi i agregatora,
- 2) Evidencije opsega rada putem digitalnih radnih platformi,
- 3) Aplikacije za pregled i obradu podataka¹⁴.

Sustav JEER je specifičan (poseban, propisan), jedan od registara, koji omogućava „razmjenu podataka putem integracijskih sustava“ sa tijelima „koja imaju javne ovlasti“. U njemu su podaci „zanimljivi“ (važni) i korisni i za; Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje (podaci o osiguranim i obveznicima uplate doprinosa za obvezno mirovinsko osiguranje, a „razmjena podataka“ osnov je za stjecanje i korištenje prava (propisanih socijalnih prestacija) u obveznom mirovinskom osiguranju); Ministarstvo unutarnjih poslova („razmjenjuju se podacima o državljanima trećih zemalja (odnosno osoba koje nemaju državljanstvo države članice Europskog gospodarskog područja ili Švicarske Konfederacije, a imaju državljanstvo treće zemlje ili su osobe bez državljanstva“), a mogu raditi u Republici Hrvatskoj“¹⁵, Ministarstvo financija i Porezna uprava i JEER „razmjenjuju podatke koji se odnose na drugi dohodak“.

Posebnom odrednom (članak 4. st. 5.) propisuje se: „Sustav JEER preuzima podatke iz temeljnog Registra za osobni identifikacijski broj fizičke i pravne osobe te obrtnog registra“.¹⁶

5.2. Registar, evidencija i aplikacija

„Registar digitalnih radnih platformi i agregatora provodi se sukladno posebnom propisu o evidenciji rada korištenjem digitalnih radnih platformi“ (članak 5 st. 1. Pravilnika).

Podaci za digitalnu radnu platformu i za agregatora u odgovarajućem Registru imaju „značajnu razinu sigurnosti“ a pregled upisa u Registru moguć je odnosnoj digitalnoj platformi i agregatoru. Podatke u Registar unosi se, odnosno njima se pristupa, „putem Nacionalnog identifikacijskog i autentifikacijskog sustava (NIAS) temeljem vjerodajnice...“¹⁷

„Agregator ima mogućnost pregleda upisa u Registru digitalnih radnih platformi i agregatore koji se odnose na tog agregatora (članak 5 st. 4. Pravilnika)“.

¹³ *Zakon o tajnosti podataka* „N.N.“ 79/07, 86/12; *Zakon o zaštiti tajnosti podataka* „N.N.“ 108/96, 79/07; *Uredbe o mjerama informacijske sigurnosti* „N.N.“ 46/08.

¹⁴ *Zakon o radu* „N.N.“ 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 članak 221a – 221p (posebna evidencija o radu korištenjem digitalnih radnih platformi – članak 221p.

¹⁵ *Zakon o strancima* „N.N.“ 133/20, 114/22, 151/22. *Zakon o državljanima država članica Europskog gospodarskog prostora i članovima njihovih obitelji* „N.N.“ 66/19, do 114/22.

¹⁶ *Zakon o osobnom identifikacijskom broju* „N.N.“ 60/08, 6/20, 44/21. *Zakon o obrtu* „N.N.“ 143/13, 127/19, 41/22.

¹⁷ *Zakon o pravu na pristup informacijama* „N.N.“ 25/13 do 69/22 *Zakon o informacijskoj sigurnosti* „N.N.“ 79/07 *Zakon o radu* – cit. članak 221j.

Postupkom „povezivanja integracijskog servisa digitalnih radnih platformi i integracijskog servisa JEER“, vrši se upis podataka („opsega rada putem digitalnih radnih platformi“) u propisanu evidenciju. U toj evidenciji „pohranjuju se podaci o radnicima, samozaposlenim osobama i ostalim osobama koje obavljaju rad putem digitalnih radnih platformi...“ (članak 6. Pravilnika).

To je u skladu s odredbama članka 221p Zakona o radu sve u cilju i „radi osiguranja transparentnosti rada digitalnih radnih platformi“. Prema stavku prvom navedenog članka Zakona o radu tu evidenciju „vodi i u elektroničkom obliku obrađuje Ministarstvo“ (nadležno za rad). Naglasiti je da evidencija sadrži i „podatke o pokazateljima opsega rada korištenjem digitalnih radnih platformi“. Te podatke o pokazateljima „opsega rada korištenjem digitalnih radnih platformi“ daju ti subjekti („osobni broj radnika i osoba koje rade... korištenjem digitalne radne platforme te broj i vrsta ugovornih odnosa na temelju kojih te osobe rade korištenjem platforme“ i to „u propisanom roku“¹⁸.

U odredbama članka 7. i 8. propisana je „aplikacija za pregled i obradu podataka“. U sustavu JEER pregled i obrada podataka „vrši se putem posebne aplikacije – rad korištenjem digitalne radne platforme“, kojoj se pristupa putem Nacionalnog identifikacijskog i autentifikacijskog sustava (NIAS) putem vjerodajnice koja ima najmanje visoku razinu sigurnosti“.

„Pristup Aplikaciji može biti potpun (obuhvaća pregled svih podataka koji se vode putem sustava JEER) i ograničen (pregled svih podataka koji se vode putem sustava JEER, osim osobnih podataka radnika ili drugih fizičkih osoba):“ Tehničke upute za pristup i korištenje informacijskog sustava JEER i poveznica za pristup sustavu JEER, objavit će se na internetskim stranicama Ministarstva nadležnog za rad (članak 9. Pravilnika).

6. ZAKLJUČAK

Zahvaljujući praksi stvara se novo radno zakonodavstvo o radu i radnim odnosima u radu s digitalnim radnim platformama. To čini EU posebnom Direktivom o poboljšavanju radnih uvjeta u radu putem platformi, a Republika Hrvatska Zakonom o radu i podzakonskim (provedbenim) propisima.

Novim propisima treba osigurati radno pravni status osoba koje rade sa digitalnim radnim platformama i da im se osiguraju radno pravni minimalni standardi na radu i u vezi s radom.

Rad putem digitalnih radnih platformi je novi oblik rada koji će se dalje razvijati. Treba ga uređivati, pratiti njegovo realiziranje i to nadzirati. Napredovat će digitalna tehnologija, elektronička sredstva i internetske stranice, mobilne aplikacije i slično. To treba da prati zakonodavstvo, a posebno o radnim uvjetima, sigurnosti i zaštiti zdravlja na radu.

Prava, obveze i odgovornosti poslodavca i radnika u radu s digitalnim radnim platformama su, u osnovi, po nazivu, kao i u drugim radnim odnosima, ali je njihov sadržaj poseban (specifičan, karakterističan) i tako ih treba uređivati, ostvarivati i zaštićivati.

Budućnost je zahtjevana: u novom socijalnom dijalogu, novim informacijama, obuci i osposobljavanju, u uvjetima rada (najširem smislu riječi). Sve je specifično: vrsta rada, organizacija rada,

¹⁸ „Oblik, sadržaj i način vođenja evidencije...te rok dostave podataka propisuje ministar pravilnikom“ – *Zakon o radu* – cit. članak 221. p. st. 8.; *Pravilnik o evidenciji rada korištenjem digitalnih platformi* „N.N.“ 150/23

način rada, odnosi među subjektima, prava, obveze i odgovornosti subjekata u tim odnosima koje treba uređivati, ostvarivati i nadzirati. Zahtjev je stalan.

LITERATURA

- 1) Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o poboljšanju radnih uvjeta u radu putem platformi (prijedlog EU 2021/0414 (COD))
- 2) Zakon o oradu „N.N.“ 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 i 64/23
- 3) Učur, Marinko, Direktiva EU o poboljšanju radnih uvjeta u radu putem platformi, radno pravo, 6/2023, RESIP, Zagreb, 2022
- 4) Dušan Drljača, *Hibridni modeli rada u eri digitalizacije*. Atlantic grupa, 26.10.2023.
- 5) S. Štefok. Rezultati projekta MindBot, Uprava za rad i zaštitu na radu. Zagreb, 26.10.2023.
- 6) M. Petras Palačić i drugi, Kako tehnologija može osnažiti sigurnost i zdravlje zaposlenika. Zagreb: Ericsson Nikola Tesla d.d., 26.10.2023.
- 7) Tea Friščić. Edukacija i osposobljavanje iz područja zaštite na radu u digitalno doba. Rimac Technology d.o.o. Sveta Nedjelja, 26.10.2023.
- 8) Marinko Učur. „Rad putem digitalnih radnih platformi u Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o radu“, Informator broj 6776, Zagreb (2023)
- 9) B. Igazović. „Zakonsko uređenje rada digitalnih radnih platformi u Republici Hrvatskoj“, *Radno pravo, br. 1/24*, Rosip, Zagreb, 2024.

CREATION OF NEW WORK LEGISLATION THROUGH DIGITAL WORK PLATFORMS

Marinko Učur¹⁹

University of Rijeka

Summary: *It is estimated that around 29 million people work through digital work platforms in the EU. This number is growing rapidly and is expected to reach over 43 million in 2025 (an increase of around 52%). The digital work platform engages the executor of the work for the client and thus “brings them together” and organizes the work. It is about all jobs: taxis, deliveries, household services, professional services, micro jobs and others. The largest number of persons who perform the mentioned tasks are “classified” as self-employed personnel (about 93%).*

It is necessary to record, edit, and strengthen the legal security and responsibility of the entities in the aforementioned relationships. The adoption of a directive of the European Parliament and the Council of the EU in improving working conditions in work through work platforms is in the process. In the Act on Amendments to the Labor Act in the Republic of Croatia (“N.N.” 151/22, 64/23) the specific labor relations of workers who work through digital work platforms, as an employer, are regulated (mandatory content of the employment contract, protection of the safety and health of workers at work, privacy protection, professional communication and other rights and obligations). This paper describes the creation of new regulations and the regulation of work through digital work platforms.

Keywords: *digital work platform, work status of persons, jobs, employment contract, new regulations*

¹⁹ University professor and scientific advisor (permanent position) of the University of Rijeka, e-mail: marinko.ucur051@gmail.com

PRAVO NA DIGITALNU NEDOSTUPNOST RADNIKA

Helga Špadina¹

Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

Marijana Ljubić²

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Sažetak: Digitalizacija rada je iznimno brzo i dalekosežno transformirala radnopravne odnose. U relativno kratkom vremenskom periodu postalo je moguće obavljati posao bilo kada i sa bilo kojeg mjesta. Korištenje napredne tehnologije omogućilo je poslodavcima da im radnici postanu dostupni izvan radnog vremena, tijekom odmora i vikenda. Provedena istraživanja su pokazala da su tijekom Covid-19 pandemije radnici u prosjeku radili 30% i dulje od svog radnog vremena što je ostavilo posljedice po zdravlje i dobrobit radnika. Rad od kuće poslužio je i kao opravdanje uvođenja digitalnih oblika nadzora radnika u obliku aplikacija koje poslodavcu signaliziraju svako razdoblje digitalne neaktivnosti radnika. Imajući u vidu sve značajnije ugrožavanje temeljnog radnog prava na ograničenje radnog vremena, Europski parlament je 2021. godine usvojio Rezoluciju sa preporukama Europskoj komisiji o pravu na isključenje radnika izvan radnog vremena. Istraživanje koje smo proveli fokusirano je na tri aspekta prava na digitalnu nedostupnost: prvi je radnopravni aspekt u kojem smo istražili europsku pravnu i sudsku regulativu vezanu za određivanje radnog vremena i predvidivost trajanja radnog vremena. U ovom dijelu postavljamo hipotetičko pitanje je li pravo na isključivanje i digitalnu nedostupnost pravo radnika ili dužnost poslodavca. Drugi aspekt istraživanja je normativni okvir nacionalnih odredbi o zaštiti na radu u kojem postavljamo hipotetičko pitanje ugrožava li neograničena dostupnost zdravlje i sigurnost radnika i je li digitalna nedostupnost preduvjet zdravog radnog okruženja. Treći aspekt istraživanja je vezan uz razmatranja radnopravne utemeljenosti digitalnih oblika nadzora radnika. Fokus ovog dijela je normativna osnova i opravdanost digitalnog praćenja radnika u kontekstu povećavanja dostupnosti i smanjivanje razdoblja zakonom o radu zajamčenih odmora.

Ključne riječi: digitalna nedostupnost, isključenje radnika, radno vrijeme, digitalizacija, zaštita na radu.

¹ Izvanredni profesor, email: hspadina@pravos.hr, ORCID number: 0000-0002-5826-176X

² Doktorandica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mostaru, email: marijanaljubici1@gmail.com

1. DIGITALIZACIJA RADA I DIGITALNA NEDOSTUPNOST

Digitalizacija rada je iznimno brzo i dalekosežno transformirala radnopravne odnose. U relativno kratkom vremenskom periodu postalo je moguće obavljati posao bilo kada i sa bilo kojeg mjesta. Svi akteri radnopravnih odnosa jednoglasni su da je digitalizacija i odgovarajuća upotreba digitalnih alata donijela brojne gospodarske i društvene koristi i prednosti za poslodavce i radnike, ali istovremeno se upozorava na brojne negativne odrednice pretjerane i nekontrolirane digitalne dostupnosti radnika. Korištenje napredne tehnologije omogućilo je poslodavcima da im radnici postanu dostupni izvan radnog vremena, tijekom odmora i vikenda. Provedena istraživanja su pokazala da su tijekom Covid-19 pandemije radnici u prosjeku radili 30% i dulje od svog radnog vremena što je ostavilo posljedice po zdravlje i dobrobit radnika. Kako se ograničili negativni aspekti digitalne dostupnosti radnika, bilo je nužno regulirati i novo pravo u svijetu radnopravnih odnosa – ‘pravo na isključenje’ – što je prema definiciji Eurofund-a pravo radnika isključiti svoje tehnološke uređaje nakon rada bez snošenja posljedica, te ne odgovaranje na e-maileve, telefonske pozive ili tekstualne poruke.³ Sličnu odrednicu „isključivanja” ima i nova Rezolucija Europskog Parlamenta o pravu na isključivanje prema kojoj to znači “nesudjelovanje u aktivnostima ili komunikaciji povezanim s poslom s pomoću digitalnih alata, izravno ili neizravno, izvan radnog vremena, uključujući sve alate za praćenje povezane s poslom, sustav mjerenja radnog vremena i procjena zdravstvenog stanja i sigurnosti koje provodi poslodavac.”⁴ Pravo na isključivanje prema shvaćanju Europskog Parlamenta je „pravo radnika da se suzdrže od poslovnih zadaća, aktivnosti i elektroničke komunikacije, kao što su telefonski pozivi, e-pošta i druge poruke, izvan radnog vremena, među ostalim, tijekom slobodnog vremena, službenih i godišnjih odmora, roditeljskog, očinskog i roditeljskog dopusta te drugih vrsta dopusta, bez ikakvih negativnih posljedica.”⁵

Digitalni rad od kuće također je potaknuo poslodavce da uvedu nove oblike nadzora radnika koji do sada nisu postojali, te je poslužio kao opravdanje uvođenja digitalnih oblika nadzora radnika u obliku aplikacija koje poslodavcu signaliziraju svako razdoblje digitalne neaktivnosti radnika.

2. PREDNOSTI DIGITALNOG RADA I DIGITALNE DOSTUPNOSTI

Povećana fleksibilnost u pogledu vremena i mjesta obavljanja posla

Digitalni rad može biti i rad na daljinu, u pravilu rad od kuće, što podrazumijeva povećanu fleksibilnost u pogledu radnog vremena i mjesta obavljanja rada. Zaposlenicima se omogućava obavljanje posla korištenjem digitalnih alata, kako u vlastitom domu, tako i sa različitih drugih mjesta po njihovom izboru (hoteli, privremeni smještaji, vanjski objekti i sl.), a moguće je obavljati poslove i izvan mjesta rada poslodavca u drugim gradovima i inozemstvu. Važno je unaprijed utvrditi dostupnosti radnika u vremenu koje je utvrđeno kao radno vrijeme, te načine komunikacije

³ Eurofound (2020c) Right to disconnect in the 27 EU Member States, Working Paper WPEF20019, Eurofound. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/telework-and-digital-based-mobile-work-flexible-working-in-the-digital>

⁴ Rezolucija Europskog parlamenta od 21. siječnja 2021. s preporukama Komisiji o pravu na isključivanje (2019/2181(INL)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_HR.html

⁵ *Ibid.*

između radnika, kao i osigurati sredstva komunikacije i dostupnost potrebnih komunikacijskih mreža. Na taj se način osigurava poslovna komunikacija u horizontalnim i vertikalnim hijerarhijskim strukturama - od rukovodećih, do kolega s kojima dijele radne zadaće ili koordiniraju obavljanje posla. Fleksibilnost se očituje i u fleksibilnom korištenju dnevne stanke koju radnici koji digitalno obavljaju posao na izdvojenim mjestu rada najčešće koriste sukladno svojim obiteljskim i privatnim obvezama ili u vrijeme koje im najviše odgovara obzirom na trenutno radno opterećenje i obveze izvršenja radnih obveza na vrijeme. Istraživanja su dokazala da je fleksibilnost u pogledu rada kod kuće, slobodnog vremena i promjena rasporeda rada ključna za dobrobit radnika jer smanjuje stres i poboljšava zadovoljstvo poslom.⁶

Povećana sloboda i autonomija

Obavljanje rada pomoću digitalnih alata izvan poslovnih prostora poslodavca omogućava radniku veću autonomiju i samostalnost u upravljanju radnim zadacima. Sloboda u samostalnom kreiranju rasporeda poslova unutar fleksibilnog radnog vremena podrazumijeva planiranje radnih zadataka i poslovnih prioriteta, utvrđivanje dinamike i rasporeda, ali ukoliko je potrebno, ovisno o promjenama okolnosti i potrebama pojedinog radnog zadatka, mijenjanje prethodno utvrđenog rasporeda rada.⁷ Navedene mogućnosti i samostalnost potiču radnikovu efikasnost, poduzetnost, originalnost i inovativnost. Važno je istaknuti da fleksibilnost u radu i planiranje koje je usmjereno na postizanje rezultata umjesto isključivog izvršavanja posla tijekom unaprijed dogovorene satnice posljedično dovodi do radnikovog profesionalnog razvoja i ostvarenja, kao i njegove veće odgovornosti i produktivnosti, a sve se to reflektira na poboljšanje poslovanja u cjelini. Povećana sloboda i autonomija su istovremeno i prednost i nedostatak jer primjerice Sud pravde EU (CJEU) nikada nije prevladao načelo prema kojem je sloboda radnika na odabir svog rasporeda i mjesta rada snažan pokazatelj samozapošljavanja⁸

Poboljšanje ravnoteže između poslovnog i privatnog života

Digitalni rad podrazumijeva veću samostalnost i fleksibilnost u određivanju mjesta i vremena obavljanja posla, i na taj način radnici mogu odabrati radno vrijeme koje najbolje odgovara njihovim privatnim obvezama, prioritetima i osobnom rasporedu.⁹ Poslodavac bi trebao voditi računa kod omogućavanja digitalnog rada da se utvrde prihvatljivi termini njegova obavljanja i dostupnosti radnika, kako za poslodavca tako i za radnika, kako bi se na najprihvatljiviji način

⁶ Cf. Ray, T.K.; Pana-Cryan, R. „Work Flexibility and Work-Related Well-Being. Int. J. Environ. Res“. *Public Health* 2021, 18, 3254. <https://doi.org/10.3390/ijerph18063254> De Valdenebro Campo A.M., Avolio B. and Idrovo Carlier S., „The relationship between telework, job performance, work-life balance and family supportive supervisor behaviours in the context of Covid-19“, *Global business review*, (2021) <https://doi.org/10.1177/09721509211049918>. Messenger J. (ed.) „Telework in the 21st century: an evolutionary perspective“, Edward Elgar. (2019)

⁷ Cf. Sewell G. and Taskin L. (2015) „Out of sight, out of mind in a new world of work? Autonomy, control, and spatiotemporal scaling in telework“, *Organization Studies*, 36 (11), 1507-1529. <https://doi.org/10.1177/0170840615593587>

⁸ C-256/01, Allonby; C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media; judgment of 22 April 2020, B v Yodel Delivery Network Ltd, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288. U Rainone, S., Digital and remote work: pushing EU labour law beyond, u *The future of remote work* (2023), Countouris, N., De Stefano, V. Piasna, A., Rainone S. (ed) ETU, https://www.etui.org/sites/default/files/2023-05/The%20future%20of%20remote%20work_2023.pdf

⁹ Cf. Felstead A. and Henseke G. (2017) Assessing the growth of remote working and its consequences for effort, well-being and work-life balance, *New Technology, Work and Employment*, 32 (3), 195-212. <https://doi.org/10.1111/ntwe.12097>

ostvarilo balansiranje i poboljšanje ravnoteže između poslovnog i privatnog života radnika.¹⁰ Prilikom digitalnog rada potrebno je voditi računa o radnom opterećenju, da ne bi došlo do prekomjerne digitalne uključenosti i produljenja radnog vremena.

Smanjenje troškova i ušteda vremena putovanja do posla

Fleksibilni rad (rad od kuće) dovodi do smanjenja troškova za poslodavce kroz primjerice nižu cijenu najma poslovnog prostora, troškove održavanja, režijske troškove i sl., smanjuje troškove povezane sa očuvanjem okoliša,¹¹ te smanjuju ili u potpunosti isključuju troškove putovanja radnika na posao. Ušteda vremena za putovanje na posao je značajna kada je razmatramo u kontekstu poboljšanja kvalitete života radnika i omogućavanja postizanja ravnoteže između privatnog i poslovnog života.¹²

Samostalna organizacija radnog vremena i radnih zadataka

Samostalnost u organizaciji radnog vremena kod digitalnog rada je jedna od najvećih prednosti takvog oblika rada nad klasičnim radom u prostoru poslodavca. Radnici koji su neovisni u organizaciji radnog vremena i utvrđivanju rasporeda obavljanja radnih zadataka su zadovoljniji i produktivniji. Važno je naglasiti da se još veća fleksibilnost i neovisnost postiže kada radnik može sam neovisno utvrditi svoj individualni raspored, odnosno birati u kojem razdoblju radnog dana će obavljati posao.¹³ Na taj način imaju mogućnost uskladiti svoje privatne potrebe i prioritete s obavljanjem zadata svoga radnog mjesta, ali i uskladiti izvršavanje poslova i redoslijeda njegova izvršavanja sa stvarnim potrebama pojedinog poslovnog zadatka kojega obavlja, neovisno od rasporeda radnog vremena kako ga uobičajeno prethodno utvrđuje poslodavac. Unutar fleksibilnog radnog vremena poslodavac može – ukoliko to dinamika rada omogućava – dozvoliti prilagodbu početka i završetka radnog dana. Provedba fleksibilnog rada zahtijeva prethodne jasne smjernice i utvrđena pravila, na način da se osigura poslovna komunikacija radnika koji koristi mogućnost takvog rada (osobito kod digitalnog rada i rada od kuće) i ostalih radnika. Primjerice, potrebno je

¹⁰ Cf. Direktiva (EU) 2019/1158 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi i o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 2010/18/EU. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1158> Arabadjieva K. (2022) Reshaping the work-life balance Directive with Covid-19 lessons in mind, Working Paper 2022.01, ETUI. <https://www.etui.org/publications/reshaping-work-lifebalance-directive-covid-19-lessons-mind>

¹¹ Cf. Eurofound (2022) Is telework really 'greener'? An overview and assessment of its climate impacts, WPEF 22031. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2022/therise-in-telework-impact-on-working-conditions-and-regulationsfwp-106999> Cerqueira E.V.C., Motte-Baumvol B., Chevallier L.B. and Bonin O. (2020) Does working from home reduce CO₂ emissions? An analysis of travel patterns as dictated by workplaces, Transportation Research Part D: Transport and Environment, 83, 102338. <https://doi.org/10.1016/j.trd.2020.102338> Beck M.J., Hensher D.A. and Wei E. (2020) Slowly coming out of COVID-19 restrictions in Australia: Implications for working from home and commuting trips by car and public transport, Journal of Transport Geography, 88, 102846. <https://doi.org/10.1016/j.jtrangeo.2020.102846> Lachapelle U., Tanguay G.A. and Neumark-Gaudet L. (2018) Telecommuting and sustainable travel: reduction of overall travel time, increases in non-motorised travel and congestion relief?, Urban Studies, 55 (10), 2226-2244. <https://doi.org/10.1177/0042098017708985> Carbon Trust (2021) Homeworking report: An assessment of the impact of teleworking on carbon savings and the longer-term effects on infrastructure services. <https://www.vodafone-institut.de/studies/homeworking-report/>

¹² ILO (2022) Working time and work-life balance around the world, ILO.

¹³ ILO (2020) A practical guide on teleworking during the Covid-19 pandemic and beyond, ILO.

¹³ Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenog 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena.

unaprijed utvrditi fleksibilne sate rade i temeljne sate rada tijekom kojih će svi radnici biti dostupni kako bi svi radnici mogli organizirati posao i znali u kojim radnim satima je određen radnik dostupan u okviru radnog vremena.

Veća produktivnost zbog manjeg umora i stresa

Digitalni rad znatno pridonosi većoj produktivnosti radnika smanjujući umor i stres. Razloga je više, u nastavku se navode najbitniji. Potpuno je isključeno putovanje na posao i s posla što smanjuje umor i štedi vrijeme za rad ili odmor. Mogućnost transformacije radnog okruženja u kojemu se obavlja posao, vezano za osiguranje optimalnih uvjeta, kao što su udobnost i na način da se osigura smanjenje umora i stresa prilikom obavljanja posla funkcionalnost (npr. bolja prilagodba temperature i osvjetljenja). Omogućavanjem korištenja fleksibilnog radnog vremena postiže se izbor najoptimalnijeg vremena za obavljanje poslova i omogućava bolje usklađivanje poslovnih i privatnih obveza, što smanjuje stres kod radnika i dovodi do poboljšanja kvalitete rada. U okviru fleksibilnog radnog vremena omogućeno je samostalno planiranje i upravljanje radnim zadaćama što doprinosi boljoj regulaciji radnog opterećenja i dinamike izvršavanja poslova, uz prilagodbu radne dinamike i vremena za dnevni odmor i stanku, što doprinosi smanjenju stresa kod radnika.

Veća razina zadovoljstva radnika svojim poslom i pospješena motivaciju za obavljanje posla

Prednosti koje su rezultat omogućavanja digitalnog rada dovode do povećanja razine zadovoljstva radnika svojim poslom. Prednosti implementacije digitalnog rada su: fleksibilnost radnog vremena i mjesta rada, povećanje slobode i autonomije organiziranja radnog vremena i radnih zadataka, poboljšana ravnoteža između poslovnog i privatnog života. Sve navedeno dovodi i do veće mogućnosti za profesionalni razvoj, bolju produktivnost i zadovoljstvo radnika svojim poslom i poticajno djeluje na motivaciju za obavljanje posla.

Smanjene stope izostanaka s posla

Sveukupne prednosti fleksibilnog rada dovode do niže stope izostajanja s posla. Radnici kojima je omogućena prilagodba mjesta i vremena obavljanja rada bolje upravljaju i kontroliraju poslovne i privatne obveze, što dovodi do povećanog zadovoljstva poslom i veće motivacije za rad. Radnici koji imaju mogućnost prilagodbe radnog vremena lakše mogu brinuti o privatnim obvezama (briga o djeci, starijim članovima obitelji, organizacija liječničkih pregleda i sl.), na način da ne moraju koristiti godišnji odmor ili slobodne dane. Bolja ravnoteža između privatnog i poslovnog života, s prilagodbom vremena izvršavanja radnih zadataka i slobodom utvrđivanja prioriteta i dinamike izvršavanja poslovnih zadataka, dovodi do smanjenja stresa i poboljšanja zdravlja radnika, a smanjenje izostanaka s posla dovodi do efikasnijeg upravljanja i korištenja ljudskih resursa poslodavca.

3. ŠTETNI UČINCI NEOGRANIČENE DIGITALNE DOSTUPNOSTI

Etički i pravni izazovi

Digitalni rad i neograničena digitalna dostupnost donose brojne etičke i pravne izazove. Etički je neprihvatljiva neprekidna dostupnost koja obuhvaća i razdoblja izvan radnog vremena i na taj način može dovesti do povrede privatnosti i prava na obiteljski život radnika. Osim što dovodi do iskorištavanja radne snage, slijedom poslovne komunikacije s radnikom van radnog vremena dolazi do praćenja i poremećaja slobodnog vremena i privatnog života. Ujedno se postavlja pitanje zaštite osobnih podataka radnika i njihovo korištenje, prikupljanje i obrada u skladu sa zakonom, ako su osobni podaci radnika dostupni izvan radnog vremena. Zahtjevi poslodavca za neograničenom dostupnošću negativno utječu na zdravlje zaposlenika i dovode do izgaranja i narušavanja kvalitete života. Nepostojanje jasne razlike između radnog i slobodnog vremena učestalo dovodi do nekontroliranog prekovremenog rada i iskorištavanja zaposlenika. Neograničena digitalna dostupnost često je rezultat netransparentnih uvjeta rada i nedefiniranih ugovora o radu kojima nije utvrđeno radno vrijeme (osobito u smislu digitalne dostupnosti i prava na isključenje izvan radnog vremena), što dovodi do pravne nesigurnosti radnika. Poslodavci su obvezni uspostaviti jasne politike i pravila digitalnog rada i pravila rada na daljinu usklađene sa zakonom i učiniti ih dostupnim svim radnicima. Digitalni rad mora biti pravno utemeljen i etički prihvatljiv, a kako bi ostao održiv neophodno je da pravila rada na daljinu održavaju ravnotežu poslovanja i prava radnika koja proizlaze iz radog odnosa (osobito pravo na odmori, dopuste, stanke i dr.).

Temeljna prava radnika

Povećana digitalizacija rada često dovodi do stalne povezanosti i stalne dostupnosti koje mogu imati štetan učinak na temeljna prava radnika i na pravedne radne uvjete, uključujući pravednu naknadu, ograničenje radnog vremena i ravnotežu između poslovnog i privatnog života, psihičko i fizičko zdravlje te na zdravlje i sigurnost na radu. Digitalizacija rada bi u svojoj osnovi trebala imati načela poštovanja temeljnih ljudskih prava i temeljnih radnih i socijalnih prava.¹⁴ Temeljna prava radnika su neophodna za osiguravanje sigurnosti radnog mjesta i dostojanstvenih uvjeta rada, te jednakih i pravednih uvjeta i poslovnih prilika za svakog radnika.¹⁵ Neograničena digitalna dostupnost može imati štetne učinke na temeljna prava radnika kao i rezultirati njihovim kršenjem, remećenjem i uskraćivanjem. Neprekidna digitalna dostupnost kroz dostupnost radnika izvan radnog vremena dovodi do kršenja temeljnih radnih prava među kojima su pravo na odmor (dnevni, tjedni) i stanku u tijeku radnog vremena; pravo na plaćeni prekovremeni rad; pravo na siguran rad i zaštitu na radu, te pravo na privatni život te zaštitu od diskriminacije.

Osim normativnog okvira, sudska praksa Suda Europske unije je odredila kriterije za određivanje radnog vremena, uključujući dežurstvo i pripravnost, važnosti vremena odmora, zahtjeva

¹⁴ Čl. 23. i 31. Povelje Europske unije o temeljnim pravima. Europski stup socijalnih prava, načela br. 5, 7, 8, 9 i 10, Revidirana Europska socijalna povelja Vijeća Europe od 3. svibnja 1996., članak 2. (pravo na pravične radne uvjete, uključujući razumno radno vrijeme i na odmor), članak 3. (o pravu na sigurne i zdrave radne uvjete), članak 6. (o pravu na kolektivno pregovaranje) i članak 27. (o zaštiti radnika s obiteljskim odgovornostima). Članak 24. Opće deklaracije o ljudskim pravima navodi se da svatko ima pravo na odmor i slobodno vrijeme, uključujući razumno ograničenje radnih sati i periodični plaćeni dopust.

¹⁵ Cf. ILO (2021) Working from home: From invisibility to decent work, ILO.

za mjerenje radnog vremena i kriterija za određivanje statusa radnika.¹⁶ Sud je također odredio da se pasivno dežurstvo radnika uz obvezu javljanja na pozive poslodavca u kratkom roku mora smatrati „radnim vremenom”,¹⁷ te postavio obvezu državama članicama da poslodavci uspostave sustav kojim se omogućuje mjerenje trajanja radnog vremena u danu.¹⁸

Intenziviranje rada

Intenziviranjem rada slijedom neograničene digitalne dostupnosti dolazi do štetnih učinaka na radnike. Prvenstveno se narušava zdravstveno stanje radnika radi stresa do kojeg dolazi radi nekontrolirane dostupnosti i izvršavanja radnih zadataka izvan radnog vremena (što može dovesti do brojnih zdravstvenih problema kao što su nedovoljna koncentracija, umor, bolova uzrokovanih stalnim korištenjem komunikacijskih uređaja i dugoročnim sjedalačkim načinom života). Ujedno, radi stresa i dugotrajne iscrpljenosti često dolazi do smanjenja produktivnosti i povećanih pogrešaka u radu. Kroz intenziviranje rada pokušava se poslati poruka radnicima da moraju biti stalno i neprekidno dostupni poslodavcu, te da se razlika između radnog vremena, kada radnik mora biti na raspolaganju poslodavcu, i neradnog vremena, kada radnik nije obavezan ostati na raspolaganju poslodavcu izbrisala, što nije u skladu sa međunarodnim radnopravnim standardima koji već desetljećima ograničavaju radno vrijeme i ističu da je neradno vrijeme ključno za oporavak radnika i njegovu radnu produktivnost. Isto tako, dežurstvo i pripravnost se uvijek smatraju radnim vremenom.

Pravedni radni uvjeti

Osiguranje transparentnih i predvidivih radnih uvjeta je jedan od temeljnih postulata radnog prava i kao takvo je međunarodno i regionalno uređeno brojnim pravnim instrumentima. Poštovanje radnog vremena i njegova predvidivost smatraju se presudnima za osiguravanje zdravlja i sigurnosti radnika. Ovdje ćemo istaknuti tri najvažnija pravna instrumenta koja uređuju pravedne radne uvjete, prvenstveno radno vrijeme - Konvenciju Međunarodne organizacije rada (MOR) br. 1 o radnom vremenu (industrija) iz 1919, Konvencija MOR-a br. 30 o radnom vremenu (trgovina i uredi), te Direktivu (EU) 2019/1152 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u Europskoj uniji. Direktiva u uvodnim napomenama naglašava da „svaki radnik ima pravo na radnici imaju pravo na pravedno i ravnopravno postupanje u pogledu radnih uvjeta, te radne uvjete kojima se čuvaju zdravlje, sigurnost i dostojanstvo, na ograničenje maksimalnog trajanja radnog vremena, na dnevni i tjedni odmor te na plaćeni godišnji odmor.”¹⁹ Direktiva uređuje obvezu poslodavca da radnicima pruže informacije o ključnim aspektima radnog odnosa, da utvrde tzv. referentna razdoblja rada tj. vremenska razdoblja tijekom određenih dana za vrijeme kojih se rad može obavljati na zahtjev poslodavca, kao i

16 Presude Suda od 5. listopada 2004., Pfeiffer i ostali, od C-397/01 do C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, točka 93; od 7. rujna 2006., Komisija protiv Ujedinjene Kraljevine, C-484/04, ECLI:EU:C:2006:526, točka 36.; od 17. studenoga 2016., Betriebsrat der Ruhrlandklinik, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, točka 27.; od 21. veljače 2018., Matzak, ECLI:EU:C:2018:82, C-518/15, točka 66.; i od 14. svibnja 2019., Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, točka 60.) Mišljenje Suda od 21. veljače 2018., ECLI:EU:C:2018:82, C-518/15, točka 66.

17 Presuda Suda Europske unije u predmetu C-518/15.

18 Presuda Suda Europske unije u predmetu C-55/18.

19 Direktiva (EU) 2019/1152 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u Europskoj uniji.

raspored rada kojim se utvrđuju sati i dani kada obavljanje posla počinje i završava.²⁰ Ove odredbe imaju posebno značenje u kontekstu prava na digitalno isključivanje i digitalnu nedostupnost radnika. Neograničenom digitalnom dostupnošću uveliko se mogu narušiti pravedni radni uvjeti, osobito u smislu omogućavanja jednakog radnog vremena svim radnicima u skladu s propisima, plaćenog prekovremenog rada, osiguranja ravnoteže između poslovnog i privatnog života i općenito osiguravanja jednakih prava za sve radnike.²¹

Produljenje radnog vremena

Istraživanje koje je proveo Eurofound neposredno nakon pandemije pokazalo je da je 27 % ispitanika koji su radili od kuće radilo u slobodno vrijeme kako bi uspjeli obaviti sav posao, te ukazuju na vjerojatnost da će osobe koje redovito rade od kuće raditi više od 48 sati tjedno, koji je i tjedna gornja granica, više nego dvostruko veća i da postoji rizik od odmora kraćeg od potrebnih 11 sati između radnih dana, kako je predviđeno pravom Unije, u usporedbi s osobama koje rade u prostorima svojeg poslodavca; ističe da gotovo 30 % takvih radnika na daljinu navodi da svaki dan ili nekoliko puta tjedno rade tijekom slobodnog vremena, u usporedbi s manje od 5 % radnika koji rade u uredima te da je vjerojatnije da će radnici na daljinu raditi na nepuno radno vrijeme.²² Takvo produljenje radnog vremena i neograničena digitalna dostupnost ima brojne negativne posljedice po psihofizičko zdravlje radnika. Osim toga, produljenje radnog vremena bez prethodne najave ili plana narušava se temeljno pravo radnika na privatnost i obiteljski život jer dolazi do narušavanja ravnoteže privatnog i poslovnog života, te na jednake i pravedne uvjete rada. Radnici su izloženi pojačanom stresu slijedom neprekidne dostupnosti (u privatno i poslovno vrijeme), što smanjuje koncentraciju za obavljanje poslovnih zadataka. Ranije spomenuta Direktiva o predvidivim radnim uvjetima uređuje da poslodavac mora radnika unaprijed obavijestiti o predvidivom obrascu rada kada je isti u potpunosti ili uglavnom predvidiv, mora ga obavijestiti i o trajanju standardnog radnog dana ili tjedna radnika te o uređenju u vezi s prekovremenim radom i naknadom za prekovremeni rad te, prema potrebi, uređenjem za promjenu smjene. Ukoliko je obrazac rada u potpunosti ili uglavnom nepredvidiv, poslodavac radnika mora obavijestiti o načelu da je raspored rada promjenjiv, broju zajamčenih plaćenih radnih sati i naknadi za rad obavljen povrh tih zajamčenih sati, te o referentnim satima i danima unutar kojih se od radnika može tražiti da radi i o minimalnom razdoblju nakon obavijesti na koji radnik ima pravo prije početka radnog zadatka i, prema potrebi, roku u kojem poslodavac može otkazati taj radni zadatak.²³ Sva ova pravila se analogno primjenjuju i na digitalni rad od kuće jer i u takvom radu potreba za angažmanom radnika izvan radnog vremena mora biti uglavnom predvidiva i korištena samo u iznimnim slučajevima. Stoga je pravo na isključivanje pravo koje će se koristiti samo u slučajevima redovnog obavljanja posla i ne bi bilo primjenjivo u izvanrednim okolnostima kada se od radnika traži da je na raspolaganju poslodavcu kao npr. kod dežurstva ili pripravnosti radnika.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Eurofound, 31. srpnja 2019. „Pravo na isključivanje”, Eurofound, „Pravo na isključivanje u 27 država članica EU-a”, izvješće sindikata UNI Global Union naslovljeno „The Right to Disconnect: Best Practices” (Pravo na isključivanje: najbolje prakse).

²³ *Ibid.*

Brisanje granica između poslovnog i privatnog života

Neograničena digitalna dostupnost dovodi do brisanja granica između poslovnog i privatnog života radnika što je upravo suprotno težnjama Europske Komisije koja već godinama pokušava formalizirati uspostavu ravnoteže između poslovnog i privatnog života radnika.²⁴ U uvjetima velike kompetitivnosti na tržištu rada i znatno ubrzanog radnog procesa, radni zadaci se digitalno dodjeljuju putem različitih digitalnih alata i platformi. Radnici mogu smatrati - i često smatraju - da ukoliko odmah odgovore na radni zadatak, dobro obavljaju svoj posao. U novonastalnim okolnostima, neprekidna digitalna dostupnost postaje poželjna kako bi se dokazala posvećenost poslu. Stoga radnici postaju stalno digitalno dostupni poslodavcima, obavljaju posao izvan radnog vremena i neograničeno žrtvuju svoje privatno vrijeme kako bi obavili što je moguće više posla u što je moguće kraćem vremenu. I čak i kada poslodavac nakon radnog vremena nema dodatnih zahtjeva i najčešće ne komunicira putem digitalnih alata s radnikom, radnik može neprekidno pratiti sve digitalne uređaje (kompjuter, telefon, tablete, itd.) u iščekivanju radnih zadataka i na taj način je na raspolaganju poslodavac kojem je digitalno dostupan. Na taj način radnik gotovo nikada nije u cijelosti isključen od poslovnih obveza i proživljava kontinuirani i neprekidni stres zbog mogućih radnih zadataka koji mu mogu biti digitalno upućeni.

Psihičko i fizičko zdravlje

Neograničena digitalna dostupnost ima značajne štetne utjecaje na psihičko i fizičko zdravlje radnika. Rezolucija o pravu na isključivanje navodi da radnici koji rade od kuće češće prijavljuju stres povezan s radom i pate od poremećaja spavanja, stresa i izloženosti svjetlu digitalnih zaslona te napominje da su drugi učinci na zdravlje radnika na daljinu i radnika koji su izrazito mobilni glavobolje, zamor očiju, umor, anksioznost i mišićno-koštani poremećaji, dok radni prostori uspostavljeni *ad hoc* u domu, kao i prijenosna računala i druga oprema ne ispunjavaju nužno ergonomske standarde.²⁵

Stalna digitalna dostupnost radnika, bez mogućnosti isključenja dovodi do pojačanog stresa, uzrokuje smanjenje koncentracije i dovodi do kognitivnog i emocionalnog preopterećenja i iscrpljenosti radi toga što nakon razdoblja obavljanja posla nije nastupio odmor i rasterećenje. Pretjerana izloženost radiofrekvencijskim zračenjima računala ili mobilnog uređaja izaziva karcinogene učinke. Radnici koji prakticiraju digitalni rad i rad od kuće velikim dijelom su izolirani od radnih kolega koji obavljaju poslove u poslovnim prostorima poslodavca, što proizvodi određene negativne učinke, kao što je isključenost iz radnog i poslovnog okruženja i nepostojanja osobne interakcije s ostalim kolegama. Stalna digitalna dostupnost uzrokuje i ovisnost o sredstvima rada (računalima, mobilnim uređajima). Stalna povezanost dovodi do narušavanja kako fizičkog zdravlja uzrokovanog nedovoljnim kretanjem ali tako i psihičkog zdravlja, pomanjkanjem sna, emocionalnog iscrpljivanja i tjeskobe, kao i sindroma izgaranja na poslu zbog nemogućnosti usklađivanja privatnog života i izvršavanja poslovnih obveza.

²⁴ Direktiva (EU) 2019/1158 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi i o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 2010/18/EU. Konvencija MOR-a br. 156 o radnicima s obiteljskim obvezama iz 1981. i popratna Preporuka br. 165.

²⁵ Rezolucija o pravu na isključivanje.

Zdravlje i sigurnost na radu

Poslodavci imaju zakonsku obvezu osigurati radnicima sigurno radno okruženje koje sprječava ozljede na radu i štiti radnika od bolesti vezanih za rad i profesionalnih bolesti.²⁶ Unatoč brojnim prednostima digitalnog rada, rad na daljinu (i rad od kuće) često ima negativne posljedice na zdravlje radnika, koji se manifestiraju slijedom nekontroliranog obavljanja posla izvan granica zakonom utvrđenog radnog vremena. Digitalna dostupnost radnika dovodi do situacije višesatne dostupnosti i dugog razdoblja rada upotrebom digitalnih tehnologija što neminovno negativno utječe na njegovo zdravstveno stanje. Radi toga dolazi do neprestanog naprezanja vida, dugog provođenja vremena za radnim stolom, te nepravilnog sjedenja i držanja tijela.²⁷ Poslodavac je obavezan izraditi procjenu opasnosti za sva radna mjesta s računalom, vodeći računa o mogućim opasnostima od narušavanja zdravlja radnika i provesti mjere za otklanjanje utvrđenih nedostataka. Postavlja se pitanje nedovoljne zakonske reguliranosti rada na siguran način kod rada na daljinu u slučajevima digitalne dostupnosti radnika izvan redovitog radnog vremena. Preduvjet sigurnosti rada je i pridržavanje svih sigurnosnih mjera utvrđenih zakonom i općim aktima poslodavca. Međutim, često je izvan kontrole poslodavca osiguranje svih potrebnih mjera u vezi sa zaštitom zdravlja i sigurnog rada u slučaju digitalnog rada, osobito kada se od radnika očekuje da su neograničeno digitalno dostupni i moraju obavljati poslove s bilo kojeg mjesta. Radnik u tom slučaju ne može planirati niti vrijeme niti mjesto na kojemu će morati obavljati svoj posao, a posebice ne može planirati svoj privatni život jer mora neprekidno pratiti digitalne uređaje i aplikacije za rad i biti stalno digitalno dostupan da bi izvršio radne zadatke.

Ravnopravnost muškaraca i žena

Tradicionalne rodne uloge u domu i obitelji neizbježno se reflektiraju i na odnose u svijetu radnopravnih odnosa, tako da je zaposlenim majkama s uzdržavanim članovima obitelji kojima je potrebna skrb teže odvojiti obiteljske od poslovnih obveza kada obavljaju digitalni posao u obiteljskom domu. Neograničena digitalna dostupnost radnika ima negativan utjecaj na ravnopravnost muškaraca i žena ne tržištu rada jer žene koje se skrbu za članove obitelji zbog potreba tih članova obitelji ili potreba vođenja kućanstva ne mogu biti jednako digitalno dostupne izvan radnog vremena koliko to mogu biti muškarci što ima izravne posljedice na njihovu poziciju u radnim odnosima u pogledu mogućnosti napredovanja, stručnog usavršavanja, službenih putovanja i svih ostalih aspekata radnih odnosa. Stoga je ograničavanje digitalne dostupnosti mjera koja neizravno utječe i na povećanje ravnopravnosti muškaraca i žena na tržištu rada.²⁸ Nerazmjeran učinak digitalne dostupnosti na žene koje najčešće obavljaju obiteljske obveze vezane uz pružanje

26 Direktiva Vijeća 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu. Direktiva Vijeća 91/383/EEZ od 25. lipnja 1991. o dopunama mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu radnika u radnom odnosu na određeno vrijeme ili privremenom radnom odnosu.

27 Eurofound (2020) Women and labour market equality: Has COVID-19 rolled back recent gains?, Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2806/302982>

28 Cf. Eurofound (2020) Women and labour market equality: Has COVID-19 rolled back recent gains?, Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2806/302982> European Commission (2021) Report on gender equality in the EU. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights_annual_report_ge_2021_en.pdf Eurofound and ILO (2017) Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union and International Labour Office. <https://doi.org/10.2806/372726>

skrbi i njege djeci, starijim, bolesnim i nemoćnim članovima obitelji se mora uzeti u obzir kada razmatramo pravo na isključivanje.²⁹

4. RADNOPRAVNI ASPEKTI PRAVA NA ISKLJUČIVANJE

Tko je dužan osigurati i provesti pravo na isključivanje i digitalnu nedostupnost radnika ?

Rezolucija o pravu na isključivanje je na samom početku uvodnih odredbi jasno odredila da je pravo na isključivanje i digitalnu nedostupnost radnika dužnost poslodavca.³⁰ Rezolucija je uređila da je „dužnost poslodavaca da poduzimaju potrebne mjere kako bi radnicima pružili mogućnosti za ostvarivanje prava na isključivanje na pošten, zakonit i transparentan način uz objektivan, pouzdan i pristupačan sustav mjerenja dnevnog radnog vremena svakog radnika, u skladu pravima radnika na privatnost i na zaštitu njihovih osobnih podataka.“ Države članice moraju osiguravati normativni okvir kojim će poslodavcima zabraniti diskriminaciju, nepovoljne postupanje, otpuštanje i druge nepovoljne mjere zbog toga što su radnici ostvarili ili pokušali ostvariti svoje pravo na isključivanje.

Rezolucija dalje uređuje da „poslodavci svakom radniku pisanim putem moraju pružiti dovoljno jasnih i odgovarajućih informacija o njegovu pravu na isključivanje, uključujući praktična rješenja za isključivanje digitalnih alata koji se koriste za potrebe rada, uključujući sve alate za praćenje povezane s poslom, sustav mjerenja radnog vremena i procjena zdravstvenog stanja i sigurnosti koje provodi poslodavac, uključujući procjene psihosocijalnih rizika, obzirom na pravo na isključivanje.“³¹

Rezolucija dalje ističe da poslodavci ne bi trebali zahtijevati da radnici budu izravno ili neizravno na raspolaganju ili dostupni izvan radnog vremena te da bi se suradnici trebali suzdržati od kontaktiranja svojih kolega za potrebe rada izvan dogovorenog radnog vremena³² ili bi trebali koristiti opciju zakazivanja naknadnog slanja službenih mailova unutar radnog vremena narednog radnog dana.³³

Ako razmatramo opravdanost odgovornosti poslodavca da osigura digitalnu isključenost radnika, onda nam se nameće teza da je i u ovom slučaju, ta odgovornost i dužnost neupitna, potpuno identično kao što se ne dovodi u pitanje odgovornost poslodavca da osigura sigurno i zdravo radno okruženje, zakonito radno vrijeme, zakonito korištenje dnevne stanke, tjednih odmora i godišnjih odmora i sva druga radna prava. Ukoliko bi odgovornost za isključivanje prebacili na radnike od kojih bi očekivali da se digitalno isključe nakon radnog vremena i ne odgovaraju na službene mailove, radnici bi bili dovedeni u situaciju u kojoj bi morali opravdavati svoje korištenje

²⁹ Rezolucija Europskog parlamenta od 21. siječnja 2021. s preporukama Komisiji o pravu na isključivanje (2019/2181(INL)).

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Archembault, K. Harnessing the Power of “Scheduled Send” in Email for Effective Time Management and Respecting Boundaries, <https://www.linkedin.com/pulse/harnessing-power-scheduled-send-email-effective-time-curt-archembault-zupxc>

slobodnog vremena i odmora, dokazivati vrijeme upućivanja radnih zadataka, kao i očekivane rokove. Ako bi radnici bili odgovorni za isključivanje, od radnika bi se očekivalo da ignoriraju radne zadatke svojih poslodavaca izvan radnog vremena, što je nerealno i nepošteno prema radnicima koji shvaćaju zakonitosti tržišta rada i da poslodavci cijene i promoviraju radnike koji su maksimalno dostupni i posevećeni svom poslu. Stoga se u ovom slučaju teret odgovornosti ispravno prebacio na poslodavce od kojih se očekuje da poštuju radno vrijeme i da ne uznemiravaju radnike poslovnim upitima nakon radnog vremena, vikendima i u tijeku godišnjeg odmora. U tom smislu, dobra je praksa zakazivanja naknadnog slanja elektroničkih poruka koja već u samom zaglavlju maila upozorava da se poruka šalje nakon radnog vremena, tijekom vikenda, neradnih dana ili u trenutku u kojem je radnik na godišnjem odmoru.³⁴ Takvu obvezu poštovanja slobodnog vremena bi trebalo postaviti ne samo poslodavcima, već i svim ostalim radnicima.

Ugrožava li neograničena dostupnost zdravlje i sigurnost radnika i je li digitalna nedostupnost preduvjet zdravog radnog okruženja ?

Obzirom na sve što je ranije navedeno u pogledu ugrožavanja zdravlja i dobrobiti radnika zbog neograničene digitalne dostupnosti, potpuno je jasno i nedvojbeno da pretjerana, a posebno neograničena digitalna dostupnost, ugrožavaju psihofizičko zdravlje i dobrobit radnika.

Postoji jedna pogrešna koncepcija u vezi digitalne dostupnosti radnika poslodavcu, a vezana je za lakoću pristupa i korištenja digitalnih tehnologija koja onda podrazumijeva da takva komunikacija ne predstavlja stres za radnika, što naravno nije utemeljeno. Naime, izvan radnog vremena radnik boravi ili u svom domu ili u nekom drugom prostoru prema svom izboru. Obzirom da mu je mobilni telefon ili laptop sa pristupom službenom mailu dostupan u takvom prostoru, poslodavci često pretpostavljaju da komunikacija s radnikom ne predstavlja stres i opterećenje za radnika jer je on „ionako u svom domu.“ Ova pretpostavka ne samo da nije točna, nego dovodi do još veće količine stresa nego li takva komunikacija uzrokuje na radnom mjestu jer je neočekivana i događa se u vrijeme predviđeno za odmor. Stoga sve češće imamo izgaranje na poslu radnika koji rade od kuće ali su kontinuirano i nenajavljeno izloženi stresu obavljanja posla tijekom čitavog dana, noći, vikenda i drugih razdoblja u kojima ne bi trebali raditi.

Drugi važan aspekt digitalne dostupnosti je činjenica da veliki broj poslodavaca i osigurava radnicima digitalne uređaje (laptopi, pametni telefoni, tableti i svi ostali uređaji koje danas koristimo kako bi obavljali posao na bilo kojoj lokaciji, osim radnog mjesta) kako bi im bili neograničeno dostupni i kako se radni proces ne bi prekidaо tijekom dnevnih, tjednih i godišnjih odmora. U ovom slučaju imamo gotovo prešutno shvaćanje radnika da je i svrha službenih uređaja digitalne tehnologije da ih se neprekidno pregledava i prati kako se radni proces poslodavca ne bi zaustavio u vrijeme kada se takav proces neminovno zaustavljao prije uvođenja digitalne tehnologije. Ova pretpostavka da je osiguranje službenih uređaja povezano sa neograničenom dostupnošću korisnika tih uređaja neizbježno dovodi do sindroma izgaranja na poslu, smanjenja radne učinkovitosti i konačno, do stresom uzorkovanih oboljenja zbog kojih radnici napuštaju takve poslove.

Treći važan aspekt koji moramo uzeti u obzir je činjenica da digitalna dostupnost radnika mora biti poistovjećena sa fizičkom dostupnošću radnika na radnom mjestu poslodavca. Jednako kao što od radnika koji radi na radnom mjestu ne bi bilo zakonski utemeljeno zahtijevati da je dostupan poslodavcu 20 sati dnevno, tijekom vikenda, praznika i odmora, ne postoji niti jedan

³⁴ Ibid.

razlog zbog kojeg bi situacija bila drugačija kada je u pitanju radnik koji svoj posao obavlja digitalno, radi na izdvojenom mjestu rada od kuće ili od radnika izvan radnog vremena. Poslodavcima mora biti jasno da je digitalna dostupnost u brojnim slučajevima čak i stresnija od fizičke dostupnosti jer kod fizičke prisutnosti na radnom mjestu radnik je psihički pripremljen za radne zadatke, skoncentriran na njih i spreman raditi svoj posao, dok sve to izostaje kod digitalne dostupnosti u slobodno vrijeme kada se radnik namjerava odmarati, rekreirati ili posvetiti svom društvenom životu i hobijima, a poslodavac to nenajavljeno prekida svojim radnim zadacima na koje radnik ne mora biti i često niti nije spreman. Ekstremni primjer zadiranja u privatnost radnika su iznenadni službeni video pozivi tijekom slobodnog vremena ili odmora na koje poslodavac očekuje da radnik odgovori bez obzira što radnik nije spreman na takav poziv.

Osim toga, digitalna komunikacija zahtjeva veći napor jer smo u virtualnoj komunikaciji lišeni temeljnih znakova neverbalne komunikacije iz kojih dolazimo do važnih zaključaka. Radnici koji su stalno digitalno dostupni kontinuirano, nenajavljeno i neplanirano izloženi su stresu posla koji im neprekidno stiže putem uređaja digitalne komunikacije. Sama činjenica da radnik ne može procijeniti dinamiku radnih zadataka i ne zna kada će mu stići sljedeći radni zadatak i putem kojeg digitalnog kanala (radni zadaci mogu biti upućeni putem maila, društvenih mreža kao što su Whatsapp, Viber, Telegram, itd., tekstualnim porukama, i brojnim drugim digitalnim kanalima komunikacije) navodi radnika da neprekidno monitorira sve digitalne uređaje i da u niti jednom trenutku dana nema zapravo dnevni odmor koji mu je nužno potreban kako bi mogao učinkovito obavljati svoj posao.

Svi gore navedeni razlozi su temelj zaključka da je ograničenje digitalne dostupnosti osnovni preduvjet zdravog radnog okruženja jer u suprotnom imamo radnike koji su preopterećeni i pod stresom čak i kada im poslodavcu ne upućuju radne zadatke, ali sama činjenica da bi to mogli napraviti u bilo kojem trenutku stvara izvor stresa i nelagode. Jednako kao što je Međunarodna organizacija rada u svojoj prvoj konvenciji uredila ograničenja radnog vremena kao polaznu osnovu svih ostalih radnih prava, tako je i u sadašnjem trenutku trebalo ograničiti dostupnost radnika putem normativnog uređenja predvidivosti radnog vremena, pravnog uređenja prekovremenog rada i sankcioniranja svake povrede prava na dnevni, tjedni i godišnji odmor koji su svi nužni preduvjeti bez kojih ne možemo adekvatno razvijati pravno uređenje digitalnog rada.

Normativna osnova i opravdanost tehničkog nadzora i digitalnog praćenja radnika u kontekstu povećavanja dostupnosti i smanjivanje razdoblja zakonom o radu zajamčenih odmora

S uvođenjem digitalne komunikacije i digitalnog rada, brojni poslodavci su uveli digitalne software i alate za praćenje aktivnosti radnika na računalnim sustavima, kao što su npr. razni programi koji označavaju različitim bojama fizičku blizinu radnika tipkovnici uređaja, označavaju da je radnik uključen u virtualni sastanak ili prate lokaciju digitalnih uređaja radnika kako bi osigurali da radnik svoj posao obavlja sa točno određenog mjesta ili unutar određene države. Praćenje digitalne aktivnosti može se primijeniti i na slobodno vrijeme, ukoliko radnik koristi službeni digitalni uređaj i u svoje slobodno vrijeme za privatne sadržaje, a takvi se uređaji primjerice monitoriraju kroz praćenje web stranica ili povremeno uključivanje web kamera. Algoritmičko praćenje digitalnog radnika i digitalni nadzor postaju realnost za sve veći broj radnika, čak i onih koji rade na

radnom mjestu poslodavca, pa je tako istraživanje provedeno u Španjolskoj i Njemačkoj otkrilo da je čak između 10-20% radnika bilo pod digitalnim nadzorom ili algoritmičkim upravljanjem.³⁵

Ukoliko radnik nije prethodno dao izričiti pristanak za digitalno praćenje njegova rada na službenom digitalnom uređaju, tehnički nadzor poslodavca može predstavljati narušavanje etičkih standarda privatnosti radnika. Istovremeno se kroz obavljanje posla može prekršiti i čl. 8. Europske konvencije o ljudskim prema kojem „svatko ima pravo na zaštitu svojih osobnih podataka“ kao i Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća kojom radnici moraju dobiti odgovarajuće informacije o opsegu i prirodi praćenja i nadzora te da poslodavci moraju obrazložiti mjere i smanjiti njihov učinak primjenom najmanje nametljivih metoda.

Odredbama hrvatskog Zakona o radu zaštićeno pravo radnika na privatnost, te se propisuje mogućnost prikupljanja, obrade, korištenja i dostavljanja osobnih podataka radnika trećim osobama isključivo kada je to propisuje zakon ili ako je potrebno sa svrhom ostvarivanja prava i obveza iz radnog odnosa. Stoga poslodavac može koristiti primjerice videonadzor isključivo kada je to nužno za zaštitu sigurnosti imovine i osoba, ali uz uvjet da radnici budu unaprijed informirani o korištenju videonadzora (osobito o razlozima nadzora, načinu provođenja i utvrđenim mjerama zaštite prikupljenih podataka). Zakon o radu (članak 29.) propisuje da se osobni podaci radnika mogu prikupljati, obrađivati, koristiti i dostavljati trećim osobama samo ako je određeno zakonom ili ako je potrebno radi ostvarivanja prava i obveza iz radnog odnosa ili u vezi s radnim odnosom. Zakon ujedno propisuje da u tom slučaju poslodavac mora unaprijed pravilnikom o radu odrediti koje će podatke u tu svrhu prikupljati, obrađivati, koristiti i dostavljati trećim osobama.

Hrvatskim Zakonom o zaštiti na radu poslodavci se obvezuju na jamčenje sigurnosti i zaštite zdravlja radnika, djelatnosti u vezi sa zaštitom i nadzorom na radu. Poslodavac je u obvezi pripremati i planirati radne potupke i tehnologije rada te pratiti rizične radne uvjete, i takva radna mjesta posebno naznačiti u procjeni rizika a kako bi se osigurala sigurnost i zaštita zdravlja izloženih radnika. U tu svrhu mogu, uz obvezu poštivanja privatnosti i dostojanstva radnika, primijeniti mjere nadzora nad korištenjem zaštitne opreme, provođenja sigurnosnih politika, osobito u rizičnim radnim okruženjima, sa svrhom zaštite od rizika na radu. Korištenje nadzornih uređaja u smislu sredstva zaštite na radu, moguće je radi kontrole ulazaka u radne prostore i smanjenja izloženosti riziku od provala, nasilja i krađa na radnom mjestu. Za slučaj da nadzorni uređaji neprestano prate kretanje radnika tijekom njegova rada, poslodavac je obavezan prethodno ishoditi suglasnost radničkog vijeća za korištenje nadzornog uređaja. U smislu neprekidnog praćenja nadzornim uređajem možemo podvesti i digitalno praćenje zaposlenika. Preduvjet za digitalno praćenje radnika (upotrebe računala, interneta i elektroničke pošte) je uvođenje praćenja koje je neophodno i opravdano legitimnim ciljem, koji se svakako mora staviti u odnos razmjernosti s kršenjem prava na privatnost zaposlenika i zaštitu njegovih osobnih podataka. Ujedno, poslodavac je prilikom zapošljavanja radnika u obvezi pisanim putem ga izvijestiti da će biti nadziran. Snimljene materijale je dužan čuvati i osigurati u skladu sa zakonom.

Uredba EU o zaštiti osobnih podataka (2016) utvrđuje da pravo na zaštitu osobnih podataka nije apsolutno pravo već ga se mora razmatrati u vezi s njegovom funkcijom u društvu i ujednačiti s drugim temeljnim pravima u skladu s načelom proporcionalnosti. Državama članicama

35 Fernández-Macías E., Brancati U., Wright S. and Pesole A. „The platformisation of work: Evidence from the JRC algorithmic management and platform work survey“, *Publications Office of the European Union*. (2023) <https://doi.org/10.2760/801282>

se omogućuje preciznije određivanje uvjeta pod kojima je obrada osobnih podataka zakonita. Zakon o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka (GDPR) usklađuje nacionalno zakonodavstvo s Općom uredbom u reguliranju obrade osobnih podataka te stoga i podataka prikupljenih praćenjem i digitalnim nadzorom na radu. Preduvjet za prikupljanje, obradu, korištenje i upravljanje osobnim podacima je legitiman interes poslodavca koji mora biti uravnotežen s pravima radnika. Neophodno je osigurati izričitu suglasnost radnika ako obrada podataka zahtijeva njegov pristanak. Poslodavac je obavezan radnika informirati koje će osobne podatke prikupljati, na koji će ih način koristiti, te radniku mora biti omogućeno pravo na pristup, ispravak, brisanje ili ograničenje obrade podataka koji se prikupljaju. Prikupljene podatke poslodavac je obavezan u skladu sa zakonom zaštititi od neovlaštenog pristupa, gubitka ili zlouporabe. Prije uvođenja nadzora poslodavac je obavezan konzultirati radničko vijeće, osobito ako su nadzorom obuhvaćeni svi radnici ili određene skupine radnika.

U kontekstu ranije navedenog, digitalno praćenje aktivnosti radnika ne smije dovesti do neograničenog povećavanja dostupnosti radnika i smanjivanja razdoblja zakonom o radu zajamčenih odmora. Digitalno praćenje radnika ne smije biti diskreciono pravo poslodavca koje nitko ne kontrolira jer može rezultirati grubim kršenjima prava na privatnost radnika i zloupotrebom prikupljenih podataka ukoliko ih poslodavac stavi na raspolaganje u komercijalne svrhe. Svaki oblik digitalnog nadzora radnika mora biti dobro pravno uređeno jer trenutna digitalna tehnologija nudi gotovo neograničene mogućnosti digitalnog nadzora koje na brojne načine mogu prekršiti temeljna prava radnika u skladu sa međunarodnim standardima zaštite temeljnih ljudskih prava, a potom i sa međunarodnim radnopravnim standardima.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U ovom radu smo iznijele svoja zapažanja i analize svih važnih aspekata povezanih sa digitalnom dostupnošću radnika, počevši od prednosti i nedostataka digitalnog rada, preko razmatranja toga čija je odgovornost i obveza ograničiti digitalnu dostupnost radnika, preko pitanja je li takvo ograničenje nužna pretpostavka zdravog radnog okruženja, do pitanja digitalnog praćenja radnika kao metode povećavanja digitalne dostupnosti radnika i smanjivanja zakonom zajamčenih razdoblja odmora, a sve u kontekstu nove Rezolucije Europskog parlamenta o pravu na isključivanje radnika. Jednako kao što je u počecima razvoja radnog prava bilo nužno ograničiti radno vrijeme radnika i osigurati im dnevni, tjedni i godišnji odmor, tako je u sadašnjem trenutku nužno ograničiti digitalnu dostupnost radnika na razumno radno vrijeme i na razdoblja kada je takva dostupnost opravdana zbog izvanrednih okolnosti do kojih u svakom poslu može doći.

Neograničena digitalna dostupnost ne smije postati standard digitalnog rada jer ona signalizira iste probleme kao i učestali prekovremeni rad - da poslodavac ne zapošljava dostatni broj radnika i da radni proces nije dobro organiziran ukoliko se od pojedinih radnika traži da rade više od ostalih radnika. Smanjivanje razdoblja odmora radnika je višestruko opasno jer dugoročno dovodi do smanjivanja radne učinkovitosti, sindroma izgaranja na poslu, uzrokuje druge zdravstvene tegobe, te dovodi do izostanaka s posla čime uzrokuje prekid radnog procesa i troškove poslodavcu zbog odsutnosti radnika iz zdravstvenih razloga.

Stoga je inicijativa Europskog parlamenta pokrenuta u pravom trenutku kada se rad znatno digitalizirao ali ga još uvijek možemo pravno urediti na način da zaštitimo temeljna prava radnika i ograničimo samovoljnu poslodavaca kojima je naravno u interesu da im radnici budu neograničeno digitalno dostupni i da ne prekidaju radne procese zbog odmora. Pravo na isključivanje je u svojoj biti pravo na odmor koje već imamo u svim nacionalnim radnopravnim zakonodavstvima, kao i u međunarodnom uređenju radnih prava. Isto tako, to je pravo na privatni život koji je zaštitila Europska konvencija o ljudskim pravima. Konačno, to je i pravo na transparentno i predvidivo radno vrijeme koje je zaštićeno Direktivom 2019/1152 Europskog parlamenta i Vijeća iz 2019. o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u Europskoj uniji.

LITERATURA

1. Arabadjieva K. (2022) Reshaping the work-life balance Directive with Covid-19 lessons in mind,
2. Working Paper 2022.01, ETUI. <https://www.etui.org/publications/reshaping-work-lifebalance-directive-covid-19-lessons-mind>
3. Archambault, K. Harnessing the Power of “Scheduled Send” in Email for Effective Time Management and Respecting Boundaries, <https://www.linkedin.com/pulse/harnessing-power-scheduled-send-email-effective-time-curt-archambault-zupxc>
4. Beck M.J., Hensher D.A. and Wei E. (2020) Slowly coming out of COVID-19 restrictions in Australia: Implications for working from home and commuting trips by car and public transport, *Journal of Transport Geography*, 88, 102846. <https://doi.org/10.1016/j.jtrangeo.2020.102846>
5. Carbon Trust (2021) Homeworking report: An assessment of the impact of teleworking on carbon savings and the longer-term effects on infrastructure services. <https://www.vodafone-institut.de/studies/homeworking-report/>
6. Cerqueira E.V.C., Motte-Baumvol B., Chevallier L.B. and Bonin O. (2020) Does working from home reduce CO₂ emissions? An analysis of travel patterns as dictated by workplaces, *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 83, 102338. <https://doi.org/10.1016/j.trd.2020.102338>
7. De Valdenebro Campo A.M., Avolio B. and Idrovo Carlier S. (2021) The relationship between telework, job performance, work-life balance and family supportive supervisor behaviours in the context of Covid-19, *Global business review*. <https://doi.org/10.1177/09721509211049918>.
8. Deklaracija MOR-a o budućnosti rada (2019)
9. Direktiva (EU) 2019/1152 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u Europskoj uniji (SL L 186, 11.7.2019)
10. Direktiva (EU) 2019/1158 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi i o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 2010/18/EU (SL L 188, 12.7.2019) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1158>
11. Direktiva 2008/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. studenoga 2008. o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje (SL L 327, 5.12.2008).

13. Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena (SL L 299, 18.11.2003).
14. Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama) (SL L 201, 31.7.2002).
15. Direktiva Vijeća 1999/70/EZ od 28. lipnja 1999. o Okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme koji su sklopili ETUC, UNICE i CEEP (SL L 175, 10.7.1999).
16. Direktiva Vijeća 97/81/EZ od 15. prosinca 1997. o Okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC (SL L 14, 20.1.1998).
17. Direktiva Vijeća 91/383/EEZ od 25. lipnja 1991. o dopunama mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu radnika u radnom odnosu na određeno vrijeme ili privremenom radnom odnosu (SL L 206, 29.7.1991).
18. Direktiva Vijeća 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu (SL L 183, 29.6.1989).
19. Eurofound (2020) Right to disconnect in the 27 EU Member States, Working Paper WPEF20019,
20. Eurofound. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/telework-and-ict-based-mobile-work-flexible-working-in-the-digit>
21. Eurofound (2020) Women and labour market equality: Has COVID-19 rolled back recent gains?, Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2806/302982>
22. Eurofound (2022), The rise in telework: Impact on working conditions and regulations, Publications Office of the European Union, Luxembourg
24. Eurofound, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/blog/covid-19-unleashed-the-potential-for-telework-how-are-workers-coping>
25. Eurofound and ILO (2017) Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union and International Labour Office. <https://doi.org/10.2806/372726>
26. European Commission (2021) Report on gender equality in the EU.
27. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/annual_report_ge_2021_en.pdf
28. Felstead A. and Henseke G. (2017) Assessing the growth of remote working and its consequences for effort, well-being and work-life balance, *New Technology, Work and Employment*, 32 (3), 195-212. <https://doi.org/10.1111/ntwe.12097>
29. Fernández-Macías E., Brancati U., Wright S. and Pesole A. (2023) The platformisation of work: Evidence from the JRC algorithmic management and platform work survey, Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2760/801282>
30. ILO (2022) Working time and work-life balance around the world, ILO.
31. ILO (2021) Working from home: From invisibility to decent work, ILO
32. ILO (2020) A practical guide on teleworking during the Covid-19 pandemic and beyond, ILO.
33. Konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR) br. 1 o radnom vremenu (industrija) iz 1919,
34. Konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR) br. 30 o radnom vremenu (trgovina i uredi),

35. Konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR) br. 156 o radnicima s obiteljskim obvezama iz 1981. i popratna Preporuka br. 165
36. Lachapelle U., Tanguay G.A. and Neumark-Gaudet L. (2018) Telecommuting and sustainable travel: reduction of overall travel time, increases in non-motorised travel and congestion relief?, *Urban Studies*, 55 (10), 2226-2244. <https://doi.org/10.1177/0042098017708985>
37. Messenger J. (ed.) (2019) *Telework in the 21st century: an evolutionary perspective*, Edward Elgar.
38. Mišljenje Suda od 21. veljače 2018., Matzak, ECLI:EU:C:2018:82, C-518/15
39. Preporuka Međunarodne organizacije rada (MOR) br. 163 o kolektivnom pregovaranju iz 1981,
40. Povelja Europske unije o temeljnim pravima
41. Okvirni sporazumi europskih socijalnih partnera o radu na daljinu (2002.) i digitalizaciji (2020.)
42. Opća deklaracije o ljudskim pravima
43. Odbor za zapošljavanje i socijalna pitanja (A9-0246/2020), PE 642.847, srpanj 2020.; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/642847/EPRS_BRI\(2020\)642847_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/642847/EPRS_BRI(2020)642847_EN.pdf)
44. Rainone, S., Digital and remote work: pushing EU labour law beyond, u *The future of remote work* (2023), Countouris, N., De Stefano, Piasna, A., Rainone S. (ed) ETU, https://www.etui.org/sites/default/files/2023-05/The%20future%20of%20remote%20work_2023.pdf
45. Ray, T.K.; Pana-Cryan, R. Work Flexibility and Work-Related Well-Being. *Int. J. Environ. Res. Public Health* 2021, 18, 3254. <https://doi.org/10.3390/ijerph18063254>
46. Revidirana Europska socijalna povelja Vijeća Europe od 3. svibnja 1996.
47. Rezolucija Europskog parlamenta od 21. siječnja 2021. s preporukama Komisiji o pravu na isključivanje (2019/2181(INL)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_HR.html
48. Rezolucije od 10. listopada 2019. o politici zapošljavanja i socijalnoj politici europodručja,
49. Služba Europskog parlamenta za istraživanja (EPRS) „Pravo na isključivanje”
50. Sewell G. and Taskin L. (2015) Out of sight, out of mind in a new world of work? Autonomy, control, and spatiotemporal scaling in telework, *Organization Studies*, 36 (11), 1507-1529. <https://doi.org/10.1177/0170840615593587>
51. UNI Global Union, *The Right to Disconnect: Best Practices*” (Pravo na isključivanje: najbolje prakse),
52. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (UFEU)
53. Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) (SL L 119, 4.5.2016).

Sudska praksa Suda Europske unije

54. Pfeiffer i ostali, od C-397/01 do C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 od 5. listopada 2004. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-397/01>
55. Komisija protiv Ujedinjene Kraljevine, C-484/04, ECLI:EU:C:2006:526 od 7. rujna 2006. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-484/04>
56. Betriebsrat der Ruhrlandklinik, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 od 17. studenoga 2016. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-216/15&language=HR>
57. Ville de Nivelles v Rudy Matzak, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82, presuda od 21. veljace 2018, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-518/15>
58. Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v Deutsche Bank SAE, C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, presuda od 14. svibnja 2019., <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-55/18>
59. C-256/01, Allonby; presuda od 13. siječnja 2004. godine <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-256/01>
60. C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media; presuda od 14. prosinca 2014, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160305&doclang=en>
61. B v Yodel Delivery Network Ltd, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288, presuda od 22. travnja 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CO0692>

THE RIGHT TO DIGITAL INACCESSIBILITY OF WORKERS

Helga Špadina¹

Faculty of Law, University of Osijek

Marijana Ljubić²

Faculty of Law, University of Mostar

Summary: The digitalization of work has transformed labor relations extremely quickly and in far-reaching. In a relatively short period, it has become possible to perform work anytime and from anywhere. The use of advanced technology has enabled employers to make their workers available to them outside of working hours, during vacations and on weekends. Research has shown that during the Covid-19 pandemic, workers worked an average of 30% or more of their working hours, which has had consequences for the health and well-being of workers. Working from home has also served as a justification for the introduction of digital forms of worker monitoring in the form of applications that signal to the employer any period of digital inactivity of the worker. Given the increasingly significant threat to the fundamental labor right to limit working hours, in 2021 the European Parliament adopted a Resolution with recommendations to the European Commission on the right to exclude workers outside working hours. The research we conducted focuses on three aspects of the right to digital inaccessibility: the first is the labor law aspect, in which we investigated European legal and judicial regulations related to the determination of working hours and the predictability of working hours. In this section, we pose a hypothetical question as to whether the right to exclusion and digital inaccessibility is a right of the worker or a duty of the employer. The second aspect of the research is the normative framework of national occupational safety provisions, in which we pose a hypothetical question as to whether unlimited availability endangers the health and safety of workers and whether digital inaccessibility is a prerequisite for a healthy working environment. The third aspect of the research is related to considerations of the labor law basis for digital forms of worker surveillance. The focus of this section is the normative basis and justification for digital monitoring of workers in the context of increasing availability and reducing the period of rest guaranteed by the Labor Act.

Keywords: digital inaccessibility, worker exclusion, working hours, digitalization, occupational safety.

1 Associate Professor, Faculty of Law, University of Osijek, e-mail: hspadina@pravos.hr, ORCID number: 0000-0002-5826-176X

2 PhD candidate at the Faculty of Law, University of Mostar, email: marijanaljubic1@gmail.com

ПРАВО НА ПЕНЗИЈУ КАО СТЕЧЕНО ПРАВО

Ивана Грубеша¹

Правни факултет Универзитета у Зеници

Радислав Лале²

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

Сажетак: Право на пензију једно је од основних социјалних права које припада и корпусу људских права. Иако није изричито наведено као једно од људских права у оквиру Европске конвенције о људским правима Вијећа Европе, већ је искључиво уређено у оквиру Ревидиране Европске социјалне повеље, кроз своју богату судску праксу прихваћено је становиште да право на пензију ужива заштиту и у оквиру члана 1. Протокола 1 Конвенције, "права на имовину". Пажња истраживања ће у том погледу бити усмјерена у аспект остваривања права на пензију као права на стечену имовину и могућности истовременог остваривања другог људског права – права на рад. У правним системима европских држава сусрећу се разнолики приступи овом питању, а што Европски суд за људска права узима у обзир због широког поља дискреционе оцјене држава у погледу уређења социјалних система. Иако је заузет начелан став да је право на пензију стечено право, те се сматра неоснованим ограничење истог у сврху остварења права на рад, далеко је сложеније питање правног односа ова два права уколико говоримо о посебним врстама пензија – инвалидским пензијама, пријевременим, бенефицираним пензијама и сл. Наведени проблем истраживања бит ће посебно размотрен у оквиру ентитетског законодавства пензионо-инвалидског Система у Босни и Херцеговини, у свјетлу скоријих судских пресуда и измјена ентитетских закона о пензионо-инвалидском осигурању.

Кључне ријечи: пензија, право на имовину, право на рад, забрана дискриминације

1. УВОД

Социјално осигурање (*Social Insurance, L'assurance sociale, Assicurazione sociale, Sozialversicherung*), још од времена када је први пут употребљен тај термин па до данас, различито се дефинише. „Социјално осигурање је дјело радника самих, као и гаранција заједнице да ће потребе бити подмирене у одређеним границама. То је јавна служба, јер му је задатак да проводи јавни интерес. Оно је битни елемент социјалног напретка и његово

¹ Доцентка, Правни факултет Универзитета у Зеници, email: ivana.grubescic@unze.ba

² Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, email: radislav.lale@pravni.ues.rs.ba, radislav.lale.84@gmail.com

проширивање ће омогућити човјеку да се коначно ослободи биједи³. И други теоретичари ограничавају социјално осигурање на раднике, али га не свде само на њих. „Социјално осигурање представља свеукупност мјера и институција, намијењених да се појединцу осигурају нужна средства за задовољење његових материјалних потреба на начин који ће му осигурати опстанак достојан човјека и ослободити га биједи“⁴.

У Европи је углавном прихваћен „њемачки модел социјалног осигурања“, али је метод капитализације у великој мјери коригован методом репартиције, који се састоји у томе да се финансирање социјалног осигурања организује начелом „година за годину“. Доприноси се уплаћују током године и расподјељују, тј. репортирају на кориснике током те исте године. Систем капитализације је систем финансирања социјалног осигурања за дужи период. Доприноси се скупљају, акумулишу и капиталишу по начелима штедње у заједничком интересу. Тако акумулирана средства намјенски се троше за унапријед планиране и прописане социјалне престације. Социјално осигурање тежи успостављању одређене равнотеже између претходне зараде радника, односно доприноса (обавезе) „активног“ осигураника и давања (права) „пасивног“ осигураника (корисника права). То се постиже примјеном начела узајамности (*do ut des* – дам да даш) по коме се доприноси и давања налазе у узајамном односу.

Спона између уплаћених доприноса и остваривања права на (старосну) пензију основ је приликом разматрања права на остварење старосне пензије у рецентнијој судској пракси Европског суда за људска права и ентитетских уставних судова у Босни и Херцеговини. Наиме, поставља се питање могућности истовременог уживања права на пензију и права на рад. Конкретно, да ли, након остваривања услова за тзв. пуну старосну пензију, услед остварења ризика старости, исто подразумијева губитак радне способности лица, односно, потпуну немогућност обављања рада у оквиру радног односа? Уколико се наведена дилема разматра искључиво са аспекта социјалног ризика старости, одговор је јасан – лице не може поново ступити у радни однос, обзиром да ужива социјално право које се темељи на чињеници да исто није више у могућности обезбјеђивати себи нужне приходе за живот по основу властитог рада. Међутим, нешто другачији приступ заузима се уколико се иста права проматрају са људскоправашког аспекта. Европски суд за људска права у својој пракси указује на услове под којима се може право на пензију ограничити и онемогућити његово извршење од стране држава потписница Европске конвенције о људским правима, а прије свега везујући исте за тренутак када се сматра да право постаје стечено. У том погледу, и остваривање права на рад, као разлог за ограничење у остваривању права на пензију, предмет је разматрања у низу случајева у пракси ЕСЉП-а, али и у пракси Уставног суда ФБиХ и Уставног суда РС, а што ће у наставним поглављима бити предмет истраживања.

3 Francis Neter, *Notions essentielles de sécurité sociale* (Paris: 1951), 2.

4 Fernand Van Goethem – W. Leen, *Droit de la sécurité sociale* (Bruxelles: 1959), 21.

2. ТЕОРИЈСКА РАЗМАТРАЊА ПРАВА НА ПЕНЗИЈУ КАО СТЕЧЕНОГ ПРАВА И ПРАВА НА РАД

Право на старосну пензију представља основно и неotuђиво – материјално право које се за случај старости обезбјеђује осигураницима као стално, трајно право на начин и под условима предвиђеним важећом регулативом из области осигурања за случај старости.⁵ Право на старосну пензију по својој суштини спада у материјална права, или како се често називају „социјално-економским“ правима.⁶ Темељено је на старости као једном од социјалних ризика. По својој природи, старост је физиолошког карактера. Она је будући и, у бити, извјестан догађај. Да ли је ризик старости штетан догађај? Да будемо конкретни: старост сама по себи није штетан ризик. Али, она је узрок (кад радни однос или други основ осигурања престане) немогућности обављања рада. Посљедица тога је губитак плате, зараде, које старосна пензија, у готово свим земљама, не може достићи и у потпуности надомјестити: „Штетност ризика старости састоји се у губитку разлике између бивше плате и постојеће пензије“, без обзира на то што се у социјалном осигурању води рачуна и о смањеним потребама.

Социјално-правни значај права на старосну пензију одређује се такође и тиме, што пензија за оне који су погођени ризиком старости значи и јесте основни извор средстава за живот. „Право на пензију у нас је један од важнијих и битних учвршћујућих елемената правног положаја личности“.⁷ Право на пензију одликује се свим својствима уставног права. Оно је у дубоком смислу субјективно право и остварује се методама својственим осталим правима грађана, путем организационог јединства уставних и конкретних правних односа. За уставна права и обавезе су потребне и одговарајуће гаранције, „под којима се подразумевају као најважнији услови и средства, која гарантују и обезбјеђују могућност сваког грађанина да се користи правима и извршава обавезе“.⁸ Старосна пензија представља право осигураника које проистиче из његовог укупног радног доприноса који је дао друштву у току свог радног вијека. Према томе, у годинама непосредно пред пензионисање текући лични доходак осигураника треба да одговара будућој пензији.⁹

Формирање пензије на напријед изнијетим основама не значи да пензионери могу непосредно да присвајају свој укупни минули рад, већ да имају неotuђиво право да учествују у текућој расподјели дохотка по основу „оплођивања“ свог минулог рада. Из те економске и друштвене везе између живог и минулог рада произилази и економски карактер старосне пензије. Старосна пензија је, према томе, првенствено економска категорија.¹⁰ Идеја да старосна пензија прати економску снагу рада, значи њену непосредну повезаност са дохотком, а самим тим и са кретањем номиналних личних доходака. На тај начин очито је да би економски карактер старосне пензије дошао до пуног изражаја. Међутим, да ли је то увијек изводљиво, то је друга ствар. Свако се, ипак, како наглашава проф. А. Петровић, мора протегнути према

5 Александар Петровић, *Старосне пензије (социјално осигурање)* (Београд: 1991), 131.

6 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада* (Београд: Савремена администрација, 1981), 486.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 Петровић, *Старосне пензије (социјално осигурање)*, 132; О томе види: Гојко Гојковић, „Социјални и финансијски аспекти валоризације личног дохотка који служи за утврђивање пензијског основа и примања по основу инвалидског и пензијског осигурања“, (докторска дисертација, Београд, 1973), 104.

10 Петровић, *Старосне пензије (социјално осигурање)*, 132.

свом губеру. Али, невоља је управо у томе што је губер обично мали у односу на наше жеље. Не оспоравајући уску повезаност између рада и пензије, чини се да треба сачекати боља времена за потпуније изражавање економског карактера те везе. А дотле старосна пензија ће, због интервенција, корелација и допуна у садржај начела „свакоме према раду“ и примјене начела узајамности и солидарности које се повлачи кроз цијели систем осигурања за случај старости, имати и социјални карактер. Социјални карактер пензије највише долази до изражаја код ниских пензија које су резултат краћег пензијског стажа и ниских личних доходака. За утврђивање односа у систему осигурања за случај старости много је важније имати у виду да је старосна пензија економско-социјална категорија.¹¹ Право на пензију је у непосредној вези са основним правом грађана – правом на рад.¹²

Према Н. Тинтићу, право на рад значи: а) обавезу друштвене заједнице (државе) да сваком за рад способном грађанину који је способан за одређени посао и испуњава опште услове за заснивање радног односа, а који добровољно одлучи (или слободно прихвати) да ступи у радни однос, осигура на својој територији, без икакве дискриминације могућност запослења на друштвено корисном и потребном раду, а бављење којим је том грађанину једино или главно занимање, и то на раду који одговара његовим физичким способностима и стручним квалификацијама, с правом на наплату (плату) према каквоћи и количини резултата његовог рада, али – у сваком случају довољну – да том грађанину и његовој породици тиме буде осигуран слободан и човјека достојан живот; односно, б) да супсидијарно, тј. у случају ако није у стању испунити обавезу под а), као замјену тој обавези, сваком грађанину који без своје воље, односно без своје кривице не успије засновати радни однос, а такав му је рад једино или главно занимање, или му радни однос престане, мимо његове воље и без његове кривице, па доспије у стање незапослености – друштвена заједница дужна је, да за то вријеме док је незапослен, пружити еквивалентно материјално осигурање на терет средстава друштва, као и осигурати му и сва друга права за стицање којих је основа или услов постојање радног односа.¹³ Дакле, право на рад, најсумарније дефинисано, подразумијева: а) право на постизање зајамченог запослења и б) право на заштиту (зајамчену и проведenu од стране друштвене заједнице) од штетних посљедица незапослености. Стога се право на

11 *Ibid.*, 132-133.

12 Сеад Дедић, Мехмед Хацић, *Социјално право* (Сарајево: Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 2018), 180.

13 Никола Тинтић, *Радно и социјално право*, књига прва: радни односи (I) (Загреб: Народне новине, 1969), 66; Као један од неодвојивих елемената института права на рад је – у данашњим друштвено-економским условима и на датом степену развоја производних снага, са одређеним бројем незапослених грађана – и материјално обезбјеђење радника за вријеме незапослености. Наиме, материјално обезбјеђење за вријеме незапослености представља једно од питања о којем постоје подијељена теоријска мишљења: да ли оно улази у сам појам права на рад или иде уз право на рад. Проф. др Никола Тинтић је мишљења да материјално обезбјеђење улази у сферу права на рад, односно заступа становиште конвертибилности права на рад у право на осигурање за случај незапослености. Види: Тинтић, *Радно и социјално право*, 66. Уносећи материјално обезбјеђење у сам појам права на рад, поменути теоретичар сматра да право на рад не значи само слободу од незапослености већ и слободу од немаштине и глади у случају да се радник без своје воље нађе ван радног односа. Други аутори, међу њима Др Александар Балтић, Др Милан Деспотовић, Dr Rudi Kyovsky, Др Душан Паравина и др. су супротног мишљења. По схватању ових теоретичара материјално обезбјеђење као друштвена мјера иде уз право на рад, али не улази у сам појам права на рад. Види: Балтић, Деспотовић, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*, 383; Rudi Kyovsky, *Право на рад, његови нормативно-етички – политички и економски аспекти*, Људски фактор и проблеми запослености, (Београд: 1969), 220; Душан Паравина, „Начело права на рад“, *Правни живот* 12/79, (1979): 39.

рад означава и као „слобода од незапослености“. Такав његов садржај и чини начело права на рад најважнијим начелом радног права, с обзиром на то да се остварење тог права јавља као основни предуслов са ефективност свих осталих начела радног права.¹⁴

Право на рад и слобода рада зајамчени су Уставом,¹⁵ али то не подразумеива обавезу државе да сваком лицу које је способно за рад и које жели да ради обезбиједи и одговарајући посао, већ подразумеива слободу у којој су обезбијеђени једнаки услови и могућности за остваривање тог права. Међутим, право на рад је једнако право само под једнаким условима, односно то је неједнако право под неједнаким условима.¹⁶ Дакле, право на рад трпи низ ограничења у потреби заштите свих индивидуалних и друштвених интереса у сфери рада и запошљавања. Ограничења су везана за услове под којима је могуће остваривање наведеног права, а који морају бити легални и легитимни.¹⁷ Легални – унапријед предвиђени прописима и са дејством *erga omnes*; легитимни – допуштени и оправдани. Допуштеност и оправданост се везују за потребе и природу процеса рада, али и за сразмјерност према циљу који се жели постићи одређеним ограничењима. Због тога ограничења морају бити сведена на најнужнију могућу мјеру, што се посебно односи на услове за заснивање радног односа, нарочито опште услове.¹⁸

Наиме, Устав Босне и Херцеговине (Анекс 4 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини из 1995. године), у чл. II који се односи на основна људска права и слободе, уопште не нормира изричито право на рад, социјално осигурање, нити право на материјално обезбјеђење за случај незапослености. Ипак, треба нагласити да је Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима,¹⁹ који је усвојила Генерална скупштина ОУН 1966. године, саставни дио Анекса I Дејтонског мировног споразума за БиХ из 1995. године. Наиме, Пакт у чл. 6. изричито одређује да државе потписнице овог Пакта морају свим лицима признати право на рад, које обухвата право сваког лица на могућност зарађивања кроз слободно изабран или прихваћен рад, и предузимају одговарајуће мјере за очување овог права. Међу мјере које свака држава чланица овог Пакта треба да предузме с циљем пуног остварења овог права, спадају програми стручне и техничке оријентације и обуке, политика и методи за постизање сталног економског, социјалног и културног развоја и пуне производне запослености у условима који човјеку гарантују уживање основних политичких и економских слобода. Такође, Устав у чл. II ст. 1. прописује да ће Босна и Херцеговина и оба ентитета осигурати највиши ниво међународно признатих људских права и основних слобода. Овдје је потребно нагласити да Устав Босне и Херцеговине у чл. II ст. 3. гарантује право лица да не буде држано у ропству или потчињености, или на присилном или обавезном раду. Дакле, тумачењем ових одредби можемо закључити да Устав гарантује

¹⁴ О томе види: Тинтић, *Радно и социјално право*, 67.

¹⁵ Види: *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, 117/05, 48/11 и „Службени гласник БиХ“, бр. 73/19 – одлука УС БиХ, чл. 39; *Устав Федерације Босне и Херцеговине*, „Службене новине ФБиХ“, бр. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08, 79/22, 80/22 и 31/23, Дио II чл. 2.

¹⁶ Предраг Јовановић, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, *Радно и социјално право* 1/2013, (2013): 49.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Наслов оригинала: UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, 16 December 1966; *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/1971.

забрану ропства²⁰ и принудног рада²¹ („присилни или обавезни рад“) као негативне одреднице права на рад. То, даље значи, да Устав Босне и Херцеговине, иако не дефинише право на рад, одређује нека његова основна обиљежја, која карактеришу садржај тог права. Али, право на рад је комплексно право – право које има вишеструки значај, и као такво обухвата низ других својстава (позитивно правно одређење права на рад).²²

3. ПРАВО НА СТЕЧЕНУ ПЕНЗИЈУ ПРЕМА ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Право на пензију као стечено право налази своју заштиту у оквиру система људских права Вијећа Европе. Иако је првобитно била предвиђена искључиво заштита путем (Ревидиране) Европске социјалне повеље²³ у оквиру члана 23, право на пензију у одређеном облику препознато је и признат му је одређени степен заштите и у оквиру Европске конвенције о људским правима (у наставку: ЕКЉП).²⁴ Пензије нису изричито предметом регулисања од стране ЕКЉП, прије свега зато што је ЕКЉП усмјерена у правцу заштите грађанских и политичких права, а што је дјелимично и посљедица доктрине “поља дискреционе оцјене” држава чланица.²⁵ Наиме, Вијеће Европе сматрало је да су државе чланице најпозваније у регулисању и одлучивању о питањима економског и социјалног карактера, а што даље значи и потенцијално ограничавање ових права у складу са начелима законитости, пропорционалности и легитимитета циља који се тиме настоји постићи.²⁶ Ипак, у свјетлу концепта „недјелјивости људских права“²⁷ прихваћеног од стране Европског суда за људска права у Стразбуру (у наставку: ЕСЉП), заузет је став да се тумачење одредби Конвенције мора

20 Забрана ропства је друга негативна одредница права на рад. У класичном смислу, ропство је друштвени и правни статус лица коме су одузета основна људска права и које је правно и фактички потчињено другом лицу или заједници (други над њим врши *ius vitae as necis* – право живота и смрти). У том смислу, робови су лица без правне и пословне способности која се у том положају држе мимо своје воље, а ради материјалног, финансијског, сексуалног или другог искоришћавања. За ропство је карактеристичан принудни рад. У неким међународним документима, принудни рад се третира као средство које води положају сличном ропству. Први документ који садржи најпотпуније одредбе о забрани ропства јесте Конвенција о ропству Друштва народа из 1926. године; Предраг Јовановић, *Радно право* (Нови Сад: 2012), 129.

21 Принудни рад је прва негативна одредница права на рад. То је рад који се врши под физичком принудом, односно под пријетњом од примјене санкције, дакле, то је рад који лице није само и добровољно прихватило, него му је наметнут једним од облика принуде и за који се не добија никаква накнада; Боривоје Шундерић, *Право Међународне организације рада* (Београд: 2001), 165.

22 Јовановић, *Радно право* (2012), 130-135; О томе види више: Предраг Јовановић, „Комплексност садржине и релативизација права на рад“, *Радно и социјално право* 1/2012, (2012): 17-33.

23 Council of Europe, *European Social Charter (Revised)*, ETS 163, 3 May 1996.

24 Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, ETS 5, 4 November 1950.

25 Greer Steven, “The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention of human rights”, Human Rights Files No. 17 (Council of Europe Publishing: 2000), 3.

26 Gómez Heredero Ana, “Social security as a human right”, *Human rights files*, No. 23 (Council of Europe Publishing: 2007), 8.

27 Leijten Ingrid, „Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and NonDiscrimination under the ECHR“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* ZaoRV 73 (2013) (https://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_2_a_177_208.pdf, 10.09.2024.), 180.

развијати, и да се у том погледу морају признати и социо-економске посљедице примјене појединих чланова, а самим тим и обезбиједити нужну заштиту за исте.

Право на пензију признато је као прво право из области социјалног осигурања које ужива заштиту у оквиру ЕК/ЉП, тачније, у оквиру члана 1. Протокола 1 ЕК/ЉП – права на имовину. Пракса ЕС/ЉП-а је у овом погледу можда и најбогатија у контексту заштите социјалних давања у оквиру досадашње јуриспруденције. Наиме, члан 1. Протокола 1 прије свега има сврху заштите имовине, која је дефинисана праксом суда у Стразбуру на аутономан начин те обухвата покретну и непокретну имовину, права, а такође се примјењује и на доспјела потраживања, те „легитимна очекивања.“²⁸ У погледу социјалних давања, право на пензију је прво право признато у оквиру члана 1. Протокола 1, прије свега ради јасне условне везе између уплаћених обавезних доприноса и оствареног права, а што је као такво потврђено већ пресудом *Müller v. Austria*²⁹. Друге врсте социјалних давања, превасходно она која се не остварују по основу уплаћених доприноса већ у оквиру система социјалне заштите, прошла су далеко изазовнији пут у погледу остваривања заштите у оквиру ЕК/ЉП, те се тек од 2005. године престаје правити разлика између социјалних бенефиција која су заснована на уплати доприноса у односу на оне која нису,³⁰ а од посебног значаја су случајеви *Bélané Nagy v. Hungary*³¹ и *Baczúr v. Hungary*^{32, 33}.

Ипак, кроз своју праксу, ЕС/ЉП је у више наврата заузео став да се Конвенцијом не гарантује право на пензију као такво и пуко уплаћивање доприноса не ствара аутоматски обавезу држави да исплаћује пензију.³⁴ За државу се ствара имовинска обавеза тек након што лице оствари предуслове потребне у погледу саме уплате доприноса, а што је предуслов и за остваривање пензионог права.³⁵ У више случајева, Суд је утврдио да уплата доприноса, у складу са одређеним предусловима у оквиру националног законодавства, чини основу за имовински захтјев према члану 1. Протокола 1.³⁶ Иако држава има право да организује различите схеме пензијског осигурања (темељене на различитим начинима финансирања,

28 Детаљније видјети у: European Court of Human Rights, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights Protection of property, Updated on 29 February 2024, 7-11.

29 European Court of Human Rights, *Müller v. Austria*, no. 5849/72, Commission decision of 1 October 1975, Decisions and Reports (DR) 3.

30 Више видјети у: ETUI, *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, (ur: Filip Dorsemont, Klaus Lorcher, Isabelle Schomann: 2013), 389.

31 ECHR, *Bélané Nagy v. Hungary* [GC], no. 53080/13, 13 December 2016.

32 ECHR, *Baczúr v. Hungary*, no. 8263/15, 7 March 2017.

33 Детаљније о примјени концепта легитимних очекивања у сврху остваривања социјалних давања те анализу цитираних случајева видјети више у: Ивана Грубешић, “Заштита социјалних давања у контексту члана 1. Протокола 1 Европске Конвенције о људским правима и темељним слободама”, *Годишњак Правног факултета “Демал Биједић”, тематски број: “Људска права пред изазовима стварности”*, година VI, бр. 6, (2022): 237 – 241.

34 ECHR, *Kleine Staarman v. the Netherlands*, no. 10503/83, Commission decision of 16 May 1985, DR 42, п. 162; *Hadžić protiv Hrvatske*, br. 48788/99, 01.07.2010; исто потврђено и у *Mauriello v. Italy*, 13 September 2016 (decision on the admissibility).

35 Dušanka Komnenić, *Pravo na mirno uživanje imovine i Evropski sud za ljudska prava* (Službeni Glasnik: 2018), 217.

36 Потврђено у *Gaygusuz v. Austria* (16 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, § 41), *Klein v. Austria* (no. 57028/00, 3 March 2011, § 57), *Kjartan Ásmundsson v. Iceland* (no. 60669/00, ECHR 2004-IX, § 39).

обезбјеђења права), исте се морају темељити на начелу забране дискриминације, односно, морају бити у складу са чланом 14. ЕКЉП.³⁷

Међутим, држава има право, под одређеним околностима, да ограничи или онемогући остваривање одређених социјалних давања, односно, у нашем случају, старосних пензија, а што захтијева оправдање, у општем интересу.³⁸ Досадашња пракса ЕСЉП-а указује на то да су најчешћи случајеви ограничавања, умањења, укидања одређеног социјалног давања, резултат промјена социјалног законодавства, што свака држава има право, али уз услов да таква промјена испуњава тест пропорционалности.

Такође, као други разлози, најчешће се сусрећу ванредне кризне мјере економског карактера, грешке надлежних органа приликом примјене прописа и сл.³⁹ Ипак, поставља се питање да ли држава смије ограничити, односно, привремено обуставити остваривање права на старосну пензију због разлога који се налази на страни самог корисника осигурања, уколико то лице и даље има испуњене минималне услове за остваривање старосне пензије. Конкретно, поставља се питање могућности задржавања статуса корисника пензије уз истовремено коришћење права на рад, односно, поновно запошљавања и примања плате/зараде.

По питању овакве ситуације, ЕСЉП се тек у скоријем периоду читовао у неколико наврата. Значајно тумачење по питању истовременог остваривања права на пензију и права на рад налазимо у случају *Fábián v. Hungary*⁴⁰, а у оквиру којег су истакнути опћи закључци и у вези са претходно усвојеним одлукама чињенично сличних случајева, *Lakičević i dr. protiv Srbije i Crne Gore*, и *Panfile v. Romania*. У конкретном случају, апликант, г. Fábián, након што је остварио и почео користити право на *пријевремену пензију* у својој 47. години живота 2010. године, наставио је са радом у приватном сектору у периоду од 2010 – 2012. године, а након тога се запослио у јавном сектору у периоду 2012 – 2015. године. У том периоду усвојен је нови закон о пензијско-инвалидском осигурању, а којим се предвиђа привремена обустава исплате пензија за особе које се поновно запосле у јавном сектору. Привремени прекид исплате пензија, с друге стране, није био предвиђен у случају поновног запослења у приватном сектору.⁴¹ Апликант је сматрао да је оваква одредба ограничавајућа и супротна члану 1. Протокола 1, као и да је супротна члану 14. (забрана дискриминације), у односу на третман радника у приватном сектору. ЕСЉП је спровео анализу тренутне праксе у државама потписницама ЕКЉП, и утврдио је да у великом броју држава, постоји могућност истовременог остваривања права на пензију и права на рад. Ипак, у одређеним ситуацијама, увиђа да постоје ограничења и евентуалне суспензије, а препознаје их у три најчешћа облика:

³⁷ Детаљније о пракси ЕСЉП-а по овом питању видјети у: European Court of Human Rights, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights Protection of property, Updated on 29 February 2024: 64.

³⁸ *Ibid.*, 65.

³⁹ Грубешић, “Заштита социјалних давања у контексту члана 1. Протокола 1 Европске Конвенције о људским правима и темељним слободама”, 242.

⁴⁰ ECHR, *Fábián v. Hungary*, no. 78117/13, 5 September 2017.

⁴¹ *Fábián v. Hungary*, § 10 – 14.

- у случају пријевременог одласка у пензију^{42, 43},
- у случају запослења у јавној управи/државној служби⁴⁴,
- и случају остваривања права на инвалидску пензију.⁴⁵

Држава је у конкретном случају овакву суспензију исплате пензије правдала са више легитимних циљева – мјером против економске кризе, у смислу повећања буџетских средстава, као и једном мјером политике запошљавања млађих кадрова, обзиром да су на овај начин лица потицана да остану у пензији а не у радном односу и обезбиједе простор за запослење млађих лица.⁴⁶

Приликом одлучивања, ЕСЉП је установио да је наведени циљ државе легитиман, као и да је погодан за остваривање општих интереса (борба против економске кризе и заштита јавних средстава), док је за усвајање одлуке по питању пропорционалности мјере узео у обзир и то да ли је апликант имао могућност избора (задржати пензију или остати у радноправном статусу), да ли је остао без икаквих примања услед суспензије пензије (није, обзиром да је примао плату), да ли су његови приходи достатни за живот (утврдио је да је плата већа од просјечне), али, кључни елемент који је узео у обзир је тај да ли је остварио услове за тзв. пуну пензију, или је отишао у пријевремену пензију. У том погледу закључује да је апликант још увијек *“у статусу особе која има радну способност, односно, способност да зарађује за живот”*, односно, *“да је остварио право на пензију по основу доприноса који су уплаћивани за далеко краће временско раздобље у односу на потребно у сврху остваривања обавезних услова за одлазак у пуну пензију”*.⁴⁷ Слиједећи начело солидарности између обвезника уплате доприноса корисника у националном пензионом систему, као и широко подручје дискреционе одлуке држава да слободно утврђују услове за одлазак у пуну старосну пензију, те узевши све претходно наведене факторе у обзир, ЕСЉП је утврдио да онемогућавање истовременог уживања права на рад и права на пријевремену старосну пензију не представља повреду члана 1. Протокола 1 ЕКЉП, обзиром да апликант није уплаћивао доприносе потребне за услов пуне пензије. Такође утврђује да није дошло ни до повреде члана 14. (забрана дискриминације) обзиром да сматра да радници у приватном и јавном сектору нису у истој, односно, упоредивој ситуацији. Наиме, плате прве категорије радника долазе из приватних ресурса, док плате радника у јавном сектору се финансирају из

42 Међутим, овакво ограничење, односно суспензија, најчешће траје све док осигураник не оствари услове за тзв. пуну пензију. То је случај са значајним бројем држава (Андора, Хрватска, Чешка, Естонија, Латвија, Румунија и Словачка) (*Fábián v. Hungary*, § 34).

43 У ову категорију могу се подвести и тзв. привилеговане пријевремене пензије које остварују војна лица/браниоци, а што је утврђено у нешто ранијем случају *Panfile v. Romania* (по. 13902/11, 20 March 2012).

44 Док неке државе праве разлику између различитих послова у оквиру јавне службе (Азербејџан), у неким суспензија обухвата све запосленике јавног сектора (Андора, Португал, Шпанија), у Италији се предвиђа горња граница у истовременим приходима пензије и плате јавних службеника, док значајан број држава уопште не предвиђа овај вид различитог третмана радника у приватном и јавном сектору (*Fábián v. Hungary*, § 38 – 43).

45 Док је у Хрватској и Италији онемогућено истовремено остваривање инвалидске пензије и права на рад, у неким државама је то ограничено одређеним укупним износом примања (Аустрија), или се омогућава за одређене категорије лица са инвалидитетом (у Румунији могуће за особе са тзв. трећим степеном инвалидитета и слијепа лица (*Fábián v. Hungary*, § 38 – 43)).

46 § 53 – 56.

47 *Fábián v. Hungary*, § 69 – 73.

јавних ресурса, те би паралелна исплата за посљедњу категорију била двоструко оптерећење буџетских средстава, а што није случај са радницима у приватном сектору.⁴⁸

Претходна анализа указује на став Суда да и данас врло опрезно приступа разматрању потенцијалних повреда члана 1. Протокола 1 када је у питању остваривање пензија. У пресудама се истиче *“да када је у питању социјална политика, конкретно, у питању пензија, државе уживају широко поље процјене, а што у интересима социјалне правде и економског благостања може легитимно довести до прилагођавања, ограничења или чак и смањења висине пензија уобичајено исплаћиваним квалификованим лицима, као у конкретном случају, у правилу некомпатибилности коришћења пензије и плаћеног запослења”*.⁴⁹ Суд, међутим, не гледа благонаклоно на ситуацију ретроактивног поврата исплаћених пензија када су корисници истих, у складу са претходним законским рјешењима, могли паралелно остваривати право на исплату пензије и право на рад, а који су услед измјена законодавства, изгубили право истовремене исплате. У том погледу, иако сматра легитимним и пропорционалним одлуку државе да онемогући истовремену исплату пензије и плате, сматра повредом члана 1. Протокола 1 и захтјев кориснику да ретроактивно изврши поврат запримљених пензија за претходни период а током којег је уживао и право на плаћени рад.⁵⁰

4. ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ ПРАВА НА СТАРОСНУ ПЕНЗИЈУ КАО СТЕЧЕНОГ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПској

Основно примање које се обезбјеђује пензијским и инвалидским осигурањем су пензије (постоје три основна типа пензија: старосна, инвалидска и породична). Пензија представља редовно мјесечно примање којим се замјењује зарада.⁵¹ Правни оквир права на старосну пензију (услови за стицање права, начин одређивања висине старосне пензије, усклађивање пензија, остваривање и коришћење права и сва друга питања у вези са овим правом) утврђен је одговарајућим одредбама Закона о пензијском и инвалидском осигурању.⁵²

Наиме, важећим Законом о пензијском и инвалидском осигурању који је ступио на снагу од 1. јануара 2012. године, тачније од Одлуке Уставног суда Републике Српске од октобра 2013. године, која је интегрисана у измјене и допуне поменутог Закона, прописана је могућност да корисник пензије (старосне или инвалидске), може стећи статус осигураника, а да му се при томе не обуставља исплата пензије за период док је у осигурању. Са друге стране, ако неко од корисника породичне пензије стекне статус осигураника, исплата пензије том

⁴⁸ § 130 – 132.

⁴⁹ *Lakićević and Others v. Montenegro and Serbia*, nos. 27458/06, 37205/06, 37207/06 and 33604/07, 13 March 2012, § 61.

⁵⁰ *Ibid.*, § 72.

⁵¹ Сенад Јашаревић, *Социјално право* (Нови Сад: 2010), 195-196; Старосна пензија, као посебна врста пензије, представља трајну социјалну престајацију у новцу коју осигураници остварују као основно право из пензијског и инвалидског осигурања по основу ризика старости. Види: Дедић, Хаџић, *Социјално право*, 180.

⁵² *Законо о пензијском и инвалидском осигурању*, „Службени гласник РС“, бр. 134/11, 82/13, 96/13 - одлука УС, 103/15, 111/21, 15/22, 132/22 и 43/23 - одлука УС.

кориснику обуставља се за период трајања осигурања, а преосталим корисницима породичне пензије поново се одређује нови износ пензије.⁵³ Такође, кориснику старосне или инвалидске пензије коме је право признато према овом Закону, који стекне статус осигураника у обавезном осигурању, на његов захтјев ће се одредити нови износ пензије, под условом да је накнадно навршио најмање годину дана стажа осигурања.⁵⁴

Веома је битно напоменути да је Закон о пензијском и инвалидском осигурању Републике Српске ("Службени гласник Републике Српске" број 134/11), одредбама чл. 141, ст. 1., прије него што су исте оспорене и за које је утврђено да нису у сагласности са Уставом Републике Српске, Одлуком Уставног суда Републике Српске, број: У-38/12, од 30. октобра 2013. године⁵⁵, прописивао да се кориснику пензије који у складу са овим законом стекне статус осигураника (када се запосли) у обавезном или добровољном осигурању, изузев осигураника из члана 12. тачке г) и д) овог закона, исплата пензије обуставља за период тог осигурања.⁵⁶ Чланом 12. тачке г) и д) овог закона било је прописано да је осигураник самосталних дјелатности члан органа управљања или органа надзора који за свој рад прима уговорену накнаду, и лице које обавља послове по основу уговора о дјелу, ауторског или другог уговора и за извршен посао остварује уговорену накнаду. У поступку оцјењивања уставности оспореног члана 141. став 1. Закона о пензијском и инвалидском осигурању, Уставни суд је, прије свега, имао у виду да је тачкама 5, 12. и 18. Амандмана XXXII на Устав Републике Српске, којим је замијењен члан 68. Устава, утврђено да Република уређује и обезбјеђује, између осталог, остваривање и заштиту људских права и слобода, радне односе, социјално осигурање и друге облике социјалне заштите, као и друге односе од интереса за Републику, у складу са Уставом. Поред тога, Суд је узео у обзир и уставне гаранције из члана 10. Устава, према којем су грађани равноправни у слободама, правима и дужностима, једнаки пред законом и уживају исту правну заштиту без обзира на расу, пол, језик, националну припадност, вјероисповијест, социјално поријекло, рођење, образовање, имовно стање, политичко и друго увјерење, друштвени положај или друго лично својство, као и члана 48. став 1. Устава, којом је утврђено да се права и слободе зајемчени овим уставом не могу одузети ни ограничити.⁵⁷

У конкретном случају, Суд је такође имао у виду и одредбу члана 5. став 1. аLINEЈА 1. Устава, која, поред осталих, представља једно од темељних начела на којим се заснива уставно уређење Републике, а то је гарантовање и заштита људских слобода и права у складу са међународним стандардима. Приликом разматрања оспорене законске одредбе, Суд је, с обзиром на то да је право на исплату пензије стечено право и да спада у категорију имовинских права

53 Видјети одредбе чл. 141. Закона о пензијском и инвалидском осигурању.

54 Видјети одредбе чл. 142. ст. 1. Закона о пензијском и инвалидском осигурању.

55 „Службени гласник РС“, бр. 96/13; О томе види више: Кенан Спахић, *Коментар Закона о пензијском и инвалидском осигурању Федерације Босне и Херцеговине* (Сарајево: 2018), 179-180.

56 Са становишта теорије права човјека, односно допуштених ограничења основних права (по основу јавног поретка, јавне безбједности, јавног здравља, јавног морала), ограничење, односно ускраћивање права на рад због година живота не може бити прихватљиво као легитимно. Легитимно рјешење је да запослени – осигураник стиче право на пензију са навршењем одређених година живота и стажа осигурања, не искључујући кумулацију коришћења пензије (стечено право на старосну пензију) и зараде. Отуда, у упоредном законодавству не садрже се одредбе о престанку радног односа по сили закона због навршених година живота – нпр. француско, белгијско, америчко, британско право. О томе види више: Бранко Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду: 2013), 730-731.

57 Видјети: Одлука Уставног суда Републике Српске, број: У-38/12, од 30. октобра 2013. године.

грађана, оспорену законску одредбу цијенио и у односу на гаранције из члана 1. Протокола број 1. уз ЕКЉП, којим је утврђено да свако физичко лице и правно лице има право на неометано уживање своје имовине, да нико не може бити лишен имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права, те да претходне одредбе ни на који начин не утичу на право државе да примјењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу са општим интересима или да би обезбиједила наплату пореза и других дажбина или казни.⁵⁸

Сагласно напријед наведеним уставним овлашћењима, Законом о пензијском и инвалидском осигурању установљено је, на начелима узајамности и солидарности, обавезно и добровољно пензијско и инвалидско осигурање, те су уређени услови за остваривање права по основу овог осигурања. Између осталог, уређујући питање исплате пензије, законодавац је оспореним чланом 141. став 1. овог закона прописао да ће се обуставити исплата пензије корисницима пензије који стекну статус осигураника у обавезном или добровољном осигурању. Оцјењујући уставност предметне законске одредбе Суд је, прије свега, имао у виду правну природу права из пензијског и инвалидског осигурања, као и чињеницу да се ради о правима стеченим под законом прописаним условима. Наиме, чланом 2. овог Закона прописано је да се обавезним и добровољним осигурањем, на начелима добровољности и узајамности, осигураницима обезбјеђују права за случај старости и инвалидности, а у случају смрти осигураника, односно корисника пензије, право се обезбјеђује члановима њихових породица. Поред тога, према члану 3. став 2. и члану 4. овог закона, обим права из пензијског и инвалидског осигурања зависи од дужине пензијског стажа осигураника и висине плата и основица осигурања на које је плаћен допринос за пензијско и инвалидско осигурање, а права стечена по овом основу су лична права, не могу се преносити на друга лица и не застаријевају.⁵⁹

Имајући у виду наведено, Суд је правилно оцијенио да начин на који су оспореним чланом 141. став 1. предметног закона прописани услови под којима се користи право на пензију, није у сагласности са Уставом. Суд, прије свега, сматра да су оваквим нормирањем нарушена имовинска права корисника пензије. Наиме, уколико је право на пензију правоваљано признато правоснажним актом надлежног органа, право на исплату пензије, као новчана материјализација већ оствареног права на пензију, је стечено право имовинског карактера, премда промјењивог износа. Висина пензије зависи од висине уложених средстава, односно плате и основице осигурања на који је плаћен допринос за ову врсту осигурања, а остваривање овог права подразумијева истовремено и његово коришћење, јер би у супротном право на пензију било илузорно без материјализације. Чињеница јесте да законодавац, зависно од друштвено-економских и социјалних прилика у одређеном периоду, има овлашћење да, сходно својој процјени, уређује област социјалне заштите и радних односа. Међутим, приликом уређивања ових правних односа мора бити испуњен услов праведне равнотеже између општег интереса заједнице и права појединаца на мирно уживање имовине. У конкретном случају, по оцјени Суда, прописивањем да се стицањем статуса осигураника у обавезном или добровољном осигурању кориснику пензије обуставља исплата пензије, нарушена је суштина овог имовинског права, тако да субјекти на које се оспорена одредба односи снос

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

несразмјеран терет, у односу на евентуални материјални интерес Републике. Суд сматра да нису основани наводи доносиоца оспорног закона који у одговору истиче да је овакво прописивање у функцији редовног функционисања пензионог система, односно несметаног рада републичких институција, јер се ради о већ стеченом праву, под законом прописаним условима, тако да се његово коришћење од стране појединих грађана не може доводити у везу са функционисањем институција из области пензијског осигурања у цјелини.⁶⁰

Сходно наведеном, оспореним чланом 141. став 1. предметног закона дошло је до повреде права на мирно уживање имовине грађана гарантованог чланом 1. Протокола број 1. уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, те у вези с тим и члана 5. став 1. алинеја 1. и члана 48. став 1. Устава Републике Српске. Суд је оцијенио да је оспореним прописивањем дошло до повреде и одредбе члана 10. Устава, којом се грађанима гарантује равноправност и једнакост у правима, обавезама и у уживању једнаке правне заштите, јер предметна законска одредба изузима од обустављања исплате једну категорију корисника пензије који су такође лица обавезно осигурана у смислу члана 10. став 1. тачка б), у вези са чланом 12. тачке г) и д) Закона о пензијском и инвалидском осигурању. На тај начин су, по мишљењу Суда, ова лица стављена у повољнији положај у односу на остале кориснике пензије које третира оспорена законска одредба.⁶¹

5. ПРАВО НА СТАРОСНУ ПЕНЗИЈУ КАО СТЕЧЕНО ПРАВО У ФЕДЕРАЦИЈИ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Ентитетски закони о пензијском и инвалидском осигурању прошли су значајне промјене, почев од 1990-тих, као резултат демографских промјена, економске кризе, сложеног устроја државе и других фактора.⁶² Значајне измјене донијело је усвајање Закона о пензијском и инвалидском осигурању у ФБиХ 2018. године⁶³, а који се заснива на начелу генерацијске солидарности.

Иако су неколико година раније усвојене релевантне пресуде ЕСЉП-а о којима је било ријечи у претходном поглављу, као и измјене Закона о ПИО РС (а које се темеље на одлуци Уставног суда РС) у погледу могућности истовременог остваривања стечене пензије и права на рад, којима је указано на скорије трендове у људскоправашком поимању односа између ова два права, исто није узето у обзир када се усвајао Закон о ПИО ФБиХ 2018. године. Наиме, тада усвојеним законским рјешењем, према члану 116., „кориснику пензије који у складу са овим законом стекне статус осигураника у обавезном осигурању, изузев осигураника из члана 12. тач. ц), д), е) и ф⁶⁴) овог закона, исплата пензије се обуставља за

⁶⁰ Ibid.,

⁶¹ Ibid.,

⁶² Детаљније видјети у: Ivana Grubešić, Aida Mulalić, *Social Security Law in Bosnia and Herzegovina* (Wolters Kluwer: 2020), 195 – 197.

⁶³ Закон о пензионом и инвалидском осигурању, „Службене новине ФБиХ“, бр. 13/2018 и 93/2019 - одлука Уставног суда 90/2021 и 90/2021 од 09.11.2021. и 19/2022 и 47/2024 од 21.06.2024.

⁶⁴ Изузеци се односе на слиједеће ситуације из члана 12. Закона о ПИО ФБИХ:

ц) члан привредног друштва или друге организације, који за свој рад прима уговорену накнаду

период трајања осигурања“. Тиме се у потпуности онемогућавало истовремено остваривање права на старосну пензију као стеченог права и права на рад.

О томе да овај члан није у складу са тумачењем ЕКЉП, односно, чланом 1. Протокола 1, утврђено је убрзо већ одлуком Уставног суда ФБиХ У-36/18 од 12.11.2019. године⁶⁵, а који је у поменутој Одлуци реферирао на позитивну праксу и Уставног суда РС у поменутој одлуци У-38/12 неколико година раније. Уставни суд ФБиХ је потврдио да је пензија стечено право, односно да се ради о „личној имовини и праву које је неotuђиво, лично и материјално, не може се пренијети на другог а нити се може наслијеђивати“.⁶⁶ У Одлуци Суд истиче да „нико не може бити лишен своје имовине осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим принципима међународног права“. Парламент ФБиХ се по наведеном питању није очитовао, док Завод за ПИО ФБиХ није доставио одговарајуће образложење који би то био оправдани јавни интерес. Стога је Уставни суд ФБиХ правилно закључио да се „непропорционално и неоправдано, без заснованости у евентуалном оправданом јавном интересу, законодавац умијешао, односно ограничио неометано уживање тог права на стечену имовину (пензију), у суштини дерогирао стечено право физичког лица на неометано уживање имовине, а што није у складу са Уставом Федерације Босне и Херцеговине и Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода“.⁶⁷

Иако је наведена одредба члана 116. Закона о ПИО ФБиХ проглашена неуставном још у 2019. години, тек 2022. године, надлежни законодавни орган је приступио, не брисању, већ измјени и допуни наведене одредбе.⁶⁸ Наведена одредба члана 116. допуњена је на начин да се онемогућава истовремено кориштење пензије и стицање статуса осигураника „а најдуже до навршења 40 година стажа осигурања, односно 65 година живота.“⁶⁹ Додан је и нови став а којим се наводи да се корисницима породичне пензије у случају стицања статуса осигураника укида исплата породичне пензије. Исто ограничење није предвиђено и за кориснике инвалидске пензије. Горе наведеном измјеном законодавац је ограничио истовремену примјену права на пензију и права на рад искључиво на кориснике старосне пензије који су отишли у тзв. пуну пензију, чиме се заправо онемогућава исто корисницима тзв. изузетних пријевремених пензија.⁷⁰ Наведени приступ законодавца није у супротности са постојећом праксом ЕСЉП-а, обзиром да се претходно поменути пресудама утврдило да држава има право да у легитимном опћем интересу ограничи одређене категорије

д) члан органа управљања или органа надзора, који за свој рад прима уговорену накнаду,

е) лице које обавља послове на основу уговора о дјелу, ауторског или другог уговора и за извршени посао остварује уговорену накнаду,

ф) лице изабрано или именовано на јавну функцију ако за обављање те функције остварује накнаду

⁶⁵ Сам поступак оцјене уставности ове одредбе покренут је свега неколико мјесеци након усвајања Закона о ПИО ФБиХ из 2018. године.

⁶⁶ Тачка 8 Одлуке Уставног суда ФБиХ У-36/18 од 12.11.2019. године.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Због неблаговременог поступања према одлуци Уставног Суда, Уставни суд ФБиХ донио је у међувремену и Рјешење број: У-36/18 од 9.12.2020. године („Службене новине ФБиХ“, број: 94/20), којим је утврдио да Пресуда У-36/18 није извршена, јер неуставна одредба није брисана из Закона о ПИО/МИО.

⁶⁹ Закон о измјенама и допунама Закона о пензијско-инвалидском осигурању, „Службене новине ФБиХ“ бр. 19/22, члан 9.

⁷⁰ Исте су предвиђене одредбама чланова 142, 143, 144. Закона о ПИО ФБиХ из 2018. године

корисника пензија у истовременом уживању два наведена права. Ово из разлога што корисници пријевремених пензија на добровољној основи, под повољнијим условима, могу да раскину радни однос и упуте захтјев за остваривање пријевремене пензије, док у случају испуњења услова за пуну пензију, према Закону о раду ФБиХ, долази до прекида радног односа, „осим уколико се послодавац и радник другачије не договоре”.⁷¹ Овдје говоримо о *sui generis* начину престанка радног односа.⁷² Дакле, елемент добровољности у овом случају је у значајној мјери ограничен у односу на случај одласка у пријевремену пензију, гдје до прекида радног односа долази или по основу отказа од стране радника или по основу споразумног прекида радног односа.

Наведени изузетак сам по себи не би био споран, да је законодавац поступио према одлуци У-36/18, односно, да је брисао спорни члан као неуставан, те усвојио нови члан а којим се уређује изузетак у случају породичне пензије и пријевремене старосне пензије. Наиме, каснијом одлуком Уставног суда ФБиХ број У-13/22 од 09.05.2023. године, разматрана је уставност члана 9. Закона о измјенама и допунама Закона о ПИО ФБиХ из 2022. године, те је утврђено да је сама одредба правно технички проблематична, обзиром да се ради о допуни одредбе која је у тренутку усвајања овог закона, стављена ван снаге. Стога, сама измјена и допуна одредбе као таква, није имала смисла, нити се могла правно-технички примјењивати у пракси.⁷³ Као резултат одлуке У-13/22 (усвојене 2023. године), годину дана после усваја се Закон о измјенама и допунама Закона о ПИО ФБиХ⁷⁴ а којим се у потпуности брише спорни члан 116., као и постојеће ограничење о кумулирању права на старосну пензију и права на рад. Истовремено, члан 89. Закона о ПИО ФБиХ се допуњава, гдје, поред тога што корисници права на породичну пензију не могу бити истовремено у обавезном осигурању, наведено ограничење се проширује и на кориснике инвалидске пензије. Искључивање корисника породичне и инвалидске пензије може се образложити чињеницом да је сврха породичне пензије осигурање минималних средстава за живот члановима породице који су неспособни за рад, односно, који су били овисни о умрлом члану породице⁷⁵, док је сврха инвалидске пензије обезбјеђење лица које је у потпуности изгубило радну способност те је потребно обезбиједити замјенски извор средстава за живот, а стицање статуса осигураника у обавезном осигурању значило би дијаметрално супротну ситуацију неспојиву са природом инвалидске пензије.

Од значаја је поменути и питање тзв. привилегованих пензија. Ради се о посебним категоријама корисника пензија а чији статус и право на пензију је уређено *lex specialis* прописом, Законом о пријевременом повољнијем пензионисању бранилаца

71 Члан 94(1)(ц) и (д) Закона о раду, „Службене новине ФБиХ“, бр. 26/2016, 89/2018, 23/2020 - одлука УС, 49/2021 - др. закон, 103/2021 - др. закон, 44/2022 и 39/2024.

72 Љубинка Ковачевић, Ваљани разлози за отказ уговора о раду, Универзитет у Београду, Правни факултет (2016): 93.

73 Уставни суд ФБиХ, Одлука бр. У-13/22 од 09.05.2023. године, тачка 7. Одлуке

74 „Службене новине ФБиХ“, бр. 47/24 од 21.06.2024.

75 Grubešić, Mulalić, 213. Упоредна законодавства по овом питању заузимају различите ставове. Нека предвиђају имовински ценсус, који, уколико је испуњен (уколико члан породице умрлог лица) има одређени извор зараде по основу уговора о дјелу или уговора о повременим и привременим пословима, а који не прелази одређени мјесечни износ, не губи статус корисника породичне пензије, а што је случај са законодавством Републике Србије (детаљније у: Кенан Спахић, 149).

одбрамбено-ослободилачког рада⁷⁶. Наведеним Законом предвиђени су повољнији услови за одлазак у пензију за бивше припаднике оружаних снага и полиције (мањи број година живота или пензијског стажа, повољни обрачун основице пензије). Једнако као што је био случај и са Законом о ПИО ФБиХ из 2018. године, и овај Закон садржавао је одредбу којом се онемогућава кумулативно исплаћивање пензије и заснивање радног односа или обављање самосталне дјелатности.⁷⁷ Наведена одредба била је у више наврата предметом одлучивања Уставног суда ФБиХ, недуго након усвајања одлуке У-36/18. У својој одлуци У-2/22 од 14.02.2023. године, Уставни суд ФБиХ заузео је став да се у конкретном предмету ради о привилегованој врсти пензије која се не остварује „*по сили закона*“, гдје се поступак покреће добровољно на захтјев странке која жели искористити привилегије предвиђене законом.⁷⁸ Правилно истиче да се заинтересована странка не може позивати на тумачење заузето у Одлуци У-36/18, обзиром да се иста односи на тумачење одредби Закона о ПИО, тј. кориснике старосних, породичних и инвалидских пензија, који су своје право на пензију остварили испуњавањем законских услова по основу Закона о ПИО без могућности да бирају да ли ће га користити или не.⁷⁹ У образложењу Суд истиче да није дошло до повреде члана II.A.2.(1) ц) Устава ФБиХ (начело једнакости), обзиром да се корисници ове врсте пензија већ налазе у привилегованом положају у односу на кориснике других врста пензија. Додатно, Суд је сматрао да није дошло ни до повреде права на имовину, обзиром да државе уживају значајну слободу приликом уређивања економских и социјалних односа, те да није стављен превелики терет на корисника тиме што му се привремено обуставља исплата привилеговане пензије за коју није уплаћена цјелокупна дужина стажа, а током којег периода ће примати накнаду за свој рад.⁸⁰ Овакво тумачење у складу је и са досадашњом праксом ЕСЉП-а по питању привилегованих војних пензија, у оквиру које је ЕСЉП често разматрао и оправданост смањења висине истих, као и укидање других социјалних привилегија у том контексту.⁸¹

6. ЗАКЉУЧАК

Истраживање је показало да се традиционално поимање права на пензију, као права које се остварује у позним годинама живота када осигурано лице више није у могућности да ради, почело мијењати након што је истом признат одређени степен заштите као људског права у оквиру система заштите људских права Вијећа Европе. Још од 1970-тих година тако право на пензију стиче заштиту у оквиру члана 1. Протокола 1, као права на имовину. У више случајева је Европски суд за људска права утврдио да уплата доприноса, у складу са

⁷⁶ Закон о пријевременом повољнијем пензионисању бранилаца одбрамбено-ослободилачког рада, „Службене новине ФБиХ“, бр. 41/13, 90/17 и 29/22.

⁷⁷ Члан 8. Закона о пријевременом повољнијем пензионисању бранилаца одбрамбено-ослободилачког рада у ФБиХ.

⁷⁸ Уставни суд ФБиХ, Одлука бр. У-2/22 од 14.02.2023., тачка 6.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Наведени став Уставни суд ФБиХ потврдио је и неколико мјесеци касније у Одлуци У-13/22 у којој је потврдио и неуставност измијењених одредби члана 116. Закона о ПИО ФБиХ.

⁸¹ Детаљније о томе погледати у: European Court of Human Rights, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights Protection of property*, 66.

одређеним предусловима у оквиру националног законодавства, чини основу за имовински захтјев према члану 1. Протокола, односно, препознаје пензију као стечено право према законским условима. Иако државе у контексту економских и социјалних права уживају широко поље дискреционе оцјене, ЕСЉП је истакао да се ограничавање пензије као стеченог права које је дио имовине лица, може ограничити само у опћем интересу мјерама које су пропорционалне терету које то лице може поднијети. Поштујући самосталност држава у погледу правног уређења пензионог система, Суд је сматрао оправданим ограничавање исплате пензије када су у питању пријевремене пензије па и одређени облици привилегованих пензија, сматрајући да у том случају осигурана лица на принципима добровољности користе привилегију одласка у пензију и прије уплаћеног пуног периода доприноса, те се исплата исте може ограничити до остваривања законских услова за одлазак у пуну пензију.

У ФБиХ и РС у овом погледу кључну улогу су имали уставни судови, који су кроз своју праксу утврдили да су одредбе ентитетских закона о пензионом и инвалидском осигурању а којима се онемогућавају корисници пензија да остваре ново запослење, неуставне обзиром да представљају ометање права на имовину предвиђеног чланом 1. Протокола 1 ЕКЉП. Приликом имплементације одлука Уставног суда ФБиХ и Уставног суда РС у ентитетске законе о ПИО, усвојена су рјешења којима се не прави дистинкција између корисника тзв. пуних пензија и пријевремених пензија, гдје обје категорије могу поново постати осигураницима у обавезном осигурању а без обуставе исплате пензије. Ова могућност није предвиђена за кориснике породичних пензија, док се у случају инвалидских пензија ентитетска рјешења разликују – тако према Закону о ПИО РС корисници инвалидских пензија могу поново засновати радни однос, исто није предвиђено према Закону о ПИО ФБиХ. Онемогућавање кумулирања права на пензију и запослења постоји и у случају посебних привилегованих војних пензија у ФБиХ, о чему се Уставни суд ФБиХ у више наврата такође читовао.

Иако је прилагођавање ентитетских прописа о пензионом и инвалидском осигурању по овом питању трајао чак неколико година (у ФБиХ), може се закључити да су уставни судови ентитета позитивно утицали на промјене прописа у правцу пружања цјеловитије заштите људских права у оквиру система социјалне заштите у БиХ.

ЛИТЕРАТУРА

Библиографске референце

1. ETUI, *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, (ed.: Filip Dorssemont, Klaus Lorcher, Isabelle Schomann), (2013)
2. European Court of Human Rights, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights Protection of property*, Updated on 29 February 2024
3. Fernand Van Goethem – W. Leen, *Droit de la sécurité sociale* (Bruxelles: 1959)
4. Francis Neter, *Notions essentielles de sécurité sociale* (Paris: 1951)
5. Gómez Heredero Ana, "Social security as a human right", *Human rights files*, no. 23, (Council of Europe Publishing: 2007)

6. Greer Steven, "The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention of human rights", *Human rights files*, no. 17, (Council of Europe Publishing: 2000)
7. Ivana Grubešić / Aida Mulalić, *Social Security Law in Bosnia and Herzegovina* (Wolters Kluwer: 2020)
8. Leijten Ingrid, "Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and Non-Discrimination under the ECHR", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ZaöRV* 73 (2013) (https://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_2_a_177_208.pdf, 10.09.2024.)
9. Rudi Kyovsky, *Право на рад, његови нормативно-етички – политички и економски аспекти*, Људски фактор и проблеми запослености, (Београд: 1969)
10. Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада/Osnovi radnog prava Jugoslavije i osnovni problemi sociologije rada* (Београд: Савремена администрација, 1981)(Aleksandar Baltić, Milan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije i osnovni problemi sociologije rada* (Beograd: Savremena administracija, 1981))
11. Александар Петровић, *Старосне пензије (социјално осигурање)* (Београд: 1991) (Aleksandar Petrović, *Starosne penzije (socijalno osiguranje)* (Beograd: 1991))
12. Боривоје Шундерић, *Право Међународне организације рада/Pravo Međunarodne organizacije rada* (Београд: 2001) (Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada* (Beograd: 2001))
13. Бранко Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013) (Branko Lubarda, *Radno pravo, Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013))
14. Гојко Гојковић, „Социјални и финансијски аспекти валоризације личног дохотка који служи за утврђивање пензијског основа и примања по основу инвалидског и пензијског осигурања“/, „Сociјални и финансијски аспекти валоризације личног дохотка који служи за утврђивање пензијског основа и примања по основу инвалидског и пензијског осигурања“, (докторска дисертација, Београд, 1973) (Gojko Gojković, „Socijalni i finansijski aspekti valorizacije ličnog dohotka koji služi za utvrđivanje penzijskog osiguranja“, (doktorska disertacija, Beograd, 1973))
15. Душан Паравина, „Начело права на рад“, *Правни живот* 12/79, (1979) (Dušan Paravina, „Načelo prava na rad“, *Pravni život* 12/79, (1979))
16. Душанка Комненић, *Право на мирно уживање имовине и Европски суд за људска права/Pravo na mirno uživanje imovine i Evropski sud za ljudska prava* (Службени Гласник: 2018) (Dušanka Komnenić, *Pravo na mirno uživanje imovine i Evropski sud za ljudska prava* (Službeni Glasnik: 2018))
17. Ивана Грубешић, "Заштита социјалних давања у контексту члана 1. Протокола 1 Европске Конвенције о људским правима и темељним слободама" / "Zaštita socijalnih davanja u kontekstu člana 1. Protokola 1 Evropske Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama", *Годишњак Правног факултета "Џемал Биједић", тематски број: "Људска права пред изазовима стварности"*, година VI, бр. 6, (2022) (Ivana Grubešić,

- “Zaštita socijalnih davanja u kontekstu člana 1. Protokola 1 Evropske Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama”, Godišnjak Pravnog fakulteta “Džemal Bijedić”, tematski broj: “Ljudska prava pred izazovima stvarnosti”, godina VI, br. 6, (2022))
18. Кенан Спахић, *Коментар Закона о пензијском и инвалидском осигурању Федерације Босне и Херцеговине* (Сарајево: 2018) (Kenan Spahić, *Komentar Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine* (Sarajevo: 2018))
 19. Никола Тинтић, *Радно и социјално право*, књига прва: радни односи (I) (Загреб: Народне новине, 1969) (Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno право*, књига прва: радни односи (I) (Zagreb: Narodne novine, 1969))
 20. Предраг Јовановић, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, „*Interesni sukobi i socijalna stabilnost u sferi radnih odnosa*“, *Радно и социјално право 1/2013*, (2013) (Predrag Jovanović, „Interesni sukobi i socijalna stabilnost u sferi radnih odnosa“, *Radno i socijalno право 1/2013*, (2013))
 21. Предраг Јовановић, „Комплексност садржине и релативизација права на рад“, „*Kompleksnost sadržine i relativizacija prava na rad*“, *Радно и социјално право 1/2012*, (2012) (Predrag Jovanović, „Kompleksnost sadržine i relativizacija prava na rad“, *Radno i socijalno право 1/2012*, (2012))
 22. Предраг Јовановић, *Радно право* (Нови Сад: 2012) (Predrag Jovanović, „Kompleksnost sadržine i relativizacija prava na rad“, *Radno i socijalno право 1/2012*, (2012))
 23. Сеад Дедић, Мехмед Хаџић, *Социјално право/Socijalno право* (Сарајево: Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 2018) (Sead Dedić, Mehmed Hadžić, *Socijalno право* (Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2018))
 24. Сенад Јашаревић, *Социјално право* (Нови Сад: 2010) * Senad Jašarević, *Socijalno право* (Novi Sad: 2010))

Правни прописи

1. Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, ETS 5, 4 November 1950
2. Council of Europe, *European Social Charter (Revised)*, ETS 163, 3 May 1996
3. UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, 16 December 1966.
4. Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службене новине ФБиХ*, бр. 13/2018 и 93/2019 - одлука Уставног суда 90/2021 и 90/2021 од 09.11.2021. и 19/2022 и 47/2024 од 21.06.2024. (Zakon o penzionom i invalidskom osiguranju, *Službene novine FBiH*, br. 13/2018 i 93/2019 - odluka Ustavnog suda 90/2021 i 90/2021 od 09.11.2021. i 19/2022 i 47/2024 od 21.06.2024.)
5. Закон о пријевременом повољнијем пензионисању бранилаца одбрамбено-ослободилачког рада, *Службене новине ФБиХ*, бр. 41/13, 90/17 и 29/22 (Zakon o prijevremenom povoljnijem penzionisanju branilaca odbrambeno-oslobodilačkog rada, *Službene novine FBiH*, br. 41/13, 90/17 i 29/22)
6. Закон о раду ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 26/2016, 89/2018, 23/2020 - одлука УС, 49/2021 - др. закон, 103/2021 - др. закон, 44/2022 и 39/2024. (Zakon o radu FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 26/2016, 89/2018, 23/2020 - odluka US, 49/2021 - dr. zakon, 103/2021 - dr. zakon, 44/2022 i 39/2024.)

- novine FBiH, br. 26/2016, 89/2018, 23/2020 - odluka US, 49/2021 - dr. zakon, 103/2021 - dr. zakon, 44/2022 i 39/2024.)
7. Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 134/11, 82/13, 96/13 - одлука УС, 103/15, 111/21, 15/22, 132/22 и 43/23 - одлука УС. (Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 134/11, 82/13, 96/13 - одлука УС, 103/15, 111/21, 15/22, 132/22 и 43/23 - одлука УС.)
 8. 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, 117/05, 48/11 и *Службени гласник БиХ*, бр. 73/19 – одлука УС БиХ (Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 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, 117/05, 48/11 i *Službeni glasnik BiH*, br. 73/19 – odluka US BiH)
 9. Устав Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08, 79/22, 80/22 и 31/23 (Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08, 79/22, 80/22 i 31/23)

Судска пракса

1. ECHR, *Müller v. Austria*, no. 5849/72, Commission decision of 1 October 1975, Decisions and Reports (DR) 3
2. ECHR, *Kleine Staarman v. the Netherlands*, no. 10503/83, Commission decision of 16 May 1985, DR 42
3. ECHR, *Lakićević and Others v. Montenegro and Serbia*, nos. 27458/06, 37205/06, 37207/06 and 33604/07, 13 March 2012.
4. ECHR, *Panfile v. Romania*, no. 13902/11, 20 March 2012.
5. ECHR, *Bélané Nagy v. Hungary* [GC], no. 53080/13, 13 December 2016.
6. ECHR, *Baczúr v. Hungary*, no. 8263/15, 7 March 2017.
7. ECHR, *Fábián v. Hungary*, no. 78117/13, 5 September 2017.
8. Уставни суд Федерације БиХ, Одлука бр. У-36/18 од 12.11.2019. године (Ustavni sud Federacije BiH, Odluka br. U-36/18 od 12.11.2019. godine)
9. Уставни суд Федерације БиХ, Одлука бр. У -2/22 од 14.02.2023. године (Ustavni sud Federacije BiH, Odluka br. U -2/22 od 14.02.2023. godine)
10. Уставни суд Федерације БиХ, Одлука бр. У-13/22 од 09.05.2023. године (Ustavni sud Federacije BiH, Odluka br. U-13/22 od 09.05.2023. godine)
11. Уставни суд Републике Српске, Одлука бр. У-38/12, од 30.10.2013. године (Ustavni sud Republike Srpske, Odluka br. U-38/12, od 30.10.2013. godine)

THE RIGHT TO A PENSION AS ACQUIRED RIGHT

Ivana Grubešić⁸²

Faculty of Law, University of Zenica

Radislav Lale⁸³

Faculty of Law, University of East Sarajevo

Summary: *The right to a pension is one of the basic social rights that also belongs to the corpus of human rights. Although it is not explicitly stated as one of the human rights within the European Convention on Human Rights of the Council of Europe, and is exclusively regulated within the framework of the Revised European Social Charter, the extensive judicial practice has established that the right to a pension enjoys protection also within the framework of Article 1 of Protocol 1 of the Convention, “protection of property”. In this regard, the research will be focused on the aspect of providing the right to a pension as a right to acquired property and the possibility of simultaneously establishing another human right - the right to work. There are diverse approaches to this issue within the legal systems of European countries, which the European Court of Human Rights takes into account due to the wide margin of appreciation of the states’ regulation of social systems. Although the principled position is taken that the right to a pension is an acquired right, and restricting it for the purpose of realizing the right to work is considered unfounded, the legal relationship between these two rights is far more complex when considering special types of pensions - disability pensions, early retirement, special pension provisions etc. The stated research problem will be specifically considered within the entities’ legislation of the pension and disability insurance system in Bosnia and Herzegovina, in the light of recent court rulings and amendments to entity laws on pension and disability insurance.*

Key words: *pension, right to property, right to work, prohibition of discrimination.*

⁸² Assistant Professor, PhD, Faculty of Law, University of Zenica, email: ivana.grubescic@unze.ba

⁸³ Associate Professor, LL.D., Faculty of Law, University of East Sarajevo, email: radislav.lale@pravni.ues.rs.ba; radislav.lale.84@gmail.com

ОСТВАРИВАЊЕ РАВНОПРАВНОСТИ ПУТЕМ ПОСЕБНИХ МЈЕРА У РАДНОМ ПРАВУ – ДОМАЋЕ И УПОРЕДНО ПРАВО

Санда Гверо¹

Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци

Сажетак: У овом раду се анализира концепт позитивне акције, као и облици, ефикасност и примјена различитих (посебних) мјера у оквиру домаћег и упоредног радног права које су осмишљене ради постизања једнакости при запошљавању и на раду. Аутор се определијелио за израз “позитивна акција” узимајући у обзир недостатак консензуса око термина (а посљедично и садржаја), а који обухвата мјере намијењене исправљању посљедица дискриминације одређених друштвених група, односно мјере које теже постизању стварне једнакости. Кроз анализу националних и међународних правних оквира, истражују се правни инструменти усмјерени ка рјешавању системских неједнакости и дискриминације, као и њихов утицај на промовисање различитости, инклузије и једнаких могућности на тржишту рада. Надаље, разматрају се рјешења *de lege ferenda*, као и изазови и потенцијални сукоби који произлазе из примјене ових мјера, укључујући питања попут обрнуте дискриминације и балансирања супротстављених права и интереса.

Кључне ријечи: позитивна акција, посебне мјере, афирмативна акција.

1. УВОД

У одговору на „немоћ“ принципа забране дискриминације у постизању постављених циљева развила се идеја за корективним мјерама којима се тежи постизање *de facto* једнакости и равноправности. Ове мјере су усмјерене на исправљање посљедица дубоко укоријењене дискриминације одређених друштвених група и спрјечавање будуће изложености дискриминацији и неповољног положаја. Ријеч је о мјерама, око којих у литератури постоји дебата у погледу оправданости, садржаја па и самог назива. Тако, за означавање ових мјера наилазимо на различите термине: „позитивна акција“, „афирмативна акција“, „позитивна дискриминација“, „посебне (привремене) мјере“, „позитивне мјере“, „преференцијални третман“, „обрнута дискриминација“, и др. Различитост термина произлази из дискусија и пракси пронађених у различитим националним контекстима, тако да се разлике, посљедично, и у литератури и у законодавству и пракси, испољавају не само у терминолошком одређењу већ и садржајно.

¹ Виши асистент, Виши асистент, e-mail: sanda.gvero@pf.unibl.org

Либерални концепт формалне једнакости третира једнакост као досљедан третман, односно да се исти или слични случајеви третирају на исти или сличан начин. Досљедна примјена принципа једнакости схваћеног у формалном смислу, значила би једнак третман био он једнако добар или једнако лош.² Једнако поступање према свима (и према „неједнакима“) може довести до учвршћивања неједнакости. Ови и други недостаци формалног концепта довели су до стварања концепта суштинске (супстанцијалне, асиметричне) једнакости, јер је постало јасно да формална једнакост није довољна да обезбиједи свима једнаке могућности.

У настојању да се постигне суштинска једнакост, прихваћени принцип забране дискриминације није довољан да се постигне постављени циљ, јер су постојале и даље постоје друштвене групе које трпе посљедице и/или су изложене непосредној и посредној дискриминацији или се просто налазе у неповољном положају из различитих социо-економских разлога. Кроз примјену позитивне акције се настоји промовисати суштинска једнакост, а постизање суштинске, *de facto*, једнакости се поставља као циљ. Иако неслагања постоје, оно у чему се аутори слажу јесте да је дошло до неправде, да жртве таквог поступања заслужују обештећење или компензацију и да треба уложити велике напоре да се спријечи било каква даља неправда, истовремено настојећи да се постигне просветљеније друштво. Неслагања настају у одређивању ко је претрпио неправду, која је одговарајућа компензација за њих и које кораке треба предузети да се отклоне посљедице неправде.³ Такође, неслагања постоје и у другим поставкама; да ли позитивна акција треба бити усмјерена ка прошлости (исправљање посљедица претходне дискриминације) или ка напријед (постизање стварне једнакости и ублажавање или укидање неповољног положаја), да ли је сврха компензација или постизање различитости, гдје су границе интервенционизма и слично.

Међутим, сличност се огледа у више заједничких елемената које бисмо могли, за потребе ове анализе, ставити под заједнички именитељ - *позитивна акција*: давање предности (које није апсолутно и безусловно) припадницима одређених друштвених група који су у неповољнијем положају било због укоријењене дискриминације или усљед социјално-економских разлога; да су мјере привременог карактера, те да се исцрпљују постизањем циља.

Позитивну акцију је потребно разликовати од других мјера које се, такође, користе за борбу против дискриминације и постизање једнакости, али које се не могу сматрати мјерама позитивне акције (дужност разумног прилагођавања, на примјер). Такође, позитивну акцију је потребно разликовати од других мјера које имају, мање или више, у свом коријену различито поступање, али које су усмјерене на посебну заштиту појединих категорија због одређених друштвених и личних својстава (заштита жена у вези са материнством, посебна

2 Sandra Fredman, „Substantive equality revisited“, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 14, изд. 3 (2016): 717. Илустрације ради, шездесетих година двадесетог вијека градске власти града Џексона у држави Мисисипи су одлучиле да затворе све јавне базене као одговор на пресуду којом се издвојени рекреативни објекти проглашавају неуставним, као резултат расне сегрегације. Такву одлуку правдали су изјавом да се десегрегираним јавним базенима не би могло управљати на безбједан начин и да то изискује многе трошкове. Врховни суд је потврдио уставност ове одлуке истичући да одлука градских власти испуњава тест клаузуле једнаке заштите када одлучи да не понуди ту врсту рекреативног објекта никоме од својих грађана. Више о томе: Randall Kennedy, „Reconsidering Palmer v Thompson“, *The Supreme Court Review* 2018 (2019): 179–212.

3 Steven M. Cahn, „Introduction“, у *The affirmative action debate*, ур. Steven M. Cahn (New York: Routledge, 1995), xiii.

заштита радника са породичним обавезама, заштита малољетних радника итд.). У правилу, ове мјере су трајног карактера, за разлику од позитивне акције која је привременог карактера.

Већ на почетку смо наговестили да ова тема изазива контроверзе, те да не постоји општа сагласност у погледу прецизне дефиниције и избора термина. Такође, и садржајно се разликују рјешења предвиђена у америчком и канадском праву, праву људских права и европском праву, као и појавни облици ових мјера. У овом раду ће се алтернативно употребљавати изрази позитивна/афирмативна акција и посебне (привремене) мјере, сходно датом контексту, са претежном употребом израза позитивна акција, који аутор сматра најприкладнијим.

Мјере позитивне акције могу се усвојити у различитим областима, као што су запошљавање, образовање, становање и здравствена заштита, у којима се групама у неповољном положају може дати приоритет како би се обезбиједила праведнија расподела друштвених добара. Предмет овог рада је примјена позитивне акције у области запошљавања и рада, јер је искуство у овој области највеће. Једнакост на раду је додата листи најважнијих питања запошљавања и социјалне политике, прије свега због друштвених промјена у посљедњих неколико деценија које су допринијеле да се прошири јаз између прокламоване једнакости у запошљавању и области радних односа (формална једнакост) на једној страни, и стварну способност и спремност да се овај принцип ефикасно примјени у пракси, с друге стране.⁴

2. КОНЦЕПТ ПОЗИТИВНЕ АКЦИЈЕ

2.1. Терминолошка и садржајна неуједначеност

Као што смо навели, у литератури и пракси се за означавање посебних мјера, којима се допуњава принцип једнакости и забране дискриминације и које су усмјерене на исправљање посљедица дискриминације одређених друштвених група, односно постизање стварне, суштинске једнакости, користе различити термини, попут „позитивна акција“, „афирмативна акција“, „позитивна дискриминација“, „посебне (привремене) мјере“, „позитивне мјере“, „преференцијални третман“, „обрнута дискриминација“, и др.

Термин „афирмативна акција“ је настао и развијао се у Сједињеним Америчким Државама (САД), обухватајући мјере које су, првобитно, биле усмјерене на заштиту и унапређење положаја афроамериканаца.⁵ У САД, афирмативна акција је дефинисана као систем

⁴ Ljubinka Kovačević, „Protection of Persons with Disabilities from Employment Discrimination, with a Focus on Serbian Legislation and Practice“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti*, Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, Vol. 30 No. 2, (2014), стр. 2

⁵ Приликом израде извршне наредбе, тадашњи члан тима Hobart Taylor (иначе адвокат, афроамериканец) је изјавио да, у жељи да унесе осјећај позитивности у извршавању задатака предвиђених наредбом, двоумио око избора одговарајућег термина и то између „позитивна акција“ и „афирмативна акција“. Одлучио се за „афирмативна акција“ јер је „алитеративнији“. Terry H. Anderson, *The Pursuit of Fairness: A History of Affirmative Action*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), 61.

преференцијалног третмана за мањине и жене, који настоји да им надокнади то што им је ускраћена могућност напредовања због претходне и садашње дискриминације.⁶ Комисија за грађанска права је у свом извјештају дефинисала афирмативну акцију нешто шире као „*сваку мјеру*, осим једноставног престанка дискриминаторне праксе“, која дозвољава разматрање расе, националног поријекла, пола или инвалидитета, заједно са другим критеријумима, и која је усвојена како би се омогућило групи квалификованих појединаца исправљање посљедица претходне и спречавање будуће дискриминације.⁷

На европском тлу је најзаступљенији израз „позитивна акција“, али су у употреби (или су били) и други термини. Неки аутори под позитивном акцијом подразумевају преференцијалне мјере, односно мјере којима се припадницима одређених група даје предност у запошљавању, приступу образовању, учешћу у политичком или јавном животу и др. Са друге стране, има аутора који одређују шири садржај позитивне акције, подразумевајући све мјере којима се настоји промовисати суштинска једнакост и унаприједити положај група који се налазе у неповољном положају (укључујући преференцијални третман као и мјере које немају за резултат фактичко давање предности). Овој другој групи говори у прилог и одређивање мјера позитивне акције у Препоруци Савјета о промоцији позитивне акције за жене из 1984. године, гдје се под мјерама позитивне акције сврставају, између осталих, информисање и подизање свијести о потреби промовисања једнаких могућности, квалитативне и квантитативне студије и анализе положаја жена, подстицања избора занимања и већег ангажовања у областима гдје су недовољно заступљени пол и др.⁸ Мјере којима се допушта разликовање по неким од, иначе дискриминишућих, основа из разлога што су усмјерене ка постизању суштинске једнакости, се означавају као „позитивна дискриминација“. Овај израз је употребљиван и у научном дискурсу и у правним изворима, међутим све се више напушта. Разлози за употребу овог термина се налазе управо у потребном различитом поступању, али се означава са „позитивна“ због циља који се жели постићи. Међутим, неки аутори сматрају да је дискриминација апсолутно негативна појава, те да се уз префикс „позитивна“ не може учинити да буде допуштена. Наиме, или је дотично разликовање оправдано и легитимно, јер није произвољно и не може се назвати „дискриминацијом“, или је разликовање неоправдано или нелегитимно, јер је произвољно и не треба је означавати „позитивном“.⁹

Неки аутори, даље, праве разлику између позитивне дискриминације и позитивне акције, подразумевајући под појмом позитивна дискриминација поступање приликом запошљавања или одабира за напредовање кандидата искључиво базирано на заштићеним карактеристикама (само зато што је кандидат женског пола, на примјер) док под појмом позитивна акција подразумевају мјере које имају за циљ да ублаже недостатак или недовољну заступљеност на основу заштићених карактеристика (на примјер одређено фаворизовање женских кандидата у односу на једнако квалификоване мушке кандидате).¹⁰ Оваква

6 James Jones, „The Origins of Affirmative Action“, *US Davis Law Review* Vol. 21, изд. 2 (1988.), 389.

7 Office of General Counsel, *Briefing Paper for the US Commission on Civil Rights: Legislative, Executive, Judicial development of Affirmative Action*, (US Commission on Civil Rights, 1995), 1

8 Council recommendation 84/635/EEC on the promotion of positive action for women, Official Journal L 331, 19/12/1984 P. 0034 - 0035

9 Marc Bossuyt, Special Rapporteur, „Prevention of Discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action“, final report, in accordance with UN Sub-Commission Resolution 1998/5, E/CN.4/Sub.2/2002/21. 17. Јуни 2002, 3.

10 Andrew J. Marcinko и Chelsey Taylor, „Employee Reactions to Positive Action Policies in the United Kingdom: Does the Organization's Justification Matter?“, *Journal of Economic Psychology* Vol. 87 (2021), 2.

дистинкција је заступљена у Великој Британији, гдје је позитивна дискриминација незаконита, а позитивна акција допуштена, без обзира што имају исти циљ (подршка друштвеним групама који се налазе у неповољном положају).

У дебати о томе који израз би требало употребљавати, лингвистички приступ сугерише да када мјера има директни утицај односно резултат, као што је наметање ригидних квота, прикладније је користити терминологију „позитивне дискриминације“, док ако је мјера индиректног дејства, чиме се подстиче учешће недовољно заступљених група без утврђивања квота, терминологија „позитивне/афирмативне“ акције је прикладнија.¹¹

Термин „посебне мјере“ односно „посебне привремене мјере“ је заступљен у међународним правним инструментима, али и у појединим националним правима која су прихватиле тај концепт. Овај израз је у тој мјери општи да се до сазнања да дате одредбе прописују примјену афирмативних мјера може доћи тек анализом правне норме. Он је, с обзиром на терминолошку неуједначеност која постоји у упоредном праву, прихватљив за међународноправне акте овог ранга чија терминологија мора бити довољно општа да обухвати разнолики спектар националних правних система.¹²

У литератури се наилази и на изразе „протективна дискриминација“ и „компензациона дискриминација“, уз образложење да ове мјере заиста укључују различитост у поступању у односу на пол, расу или неку другу заштићену карактеристику, па отуд дио изрази „дискриминација“, али оно што је разликује од (негативне, незаконите) дискриминације је циљ: циљ није искључивање или маргинализовање већ укључивање и надокнада како за историјска лишавања, тако и за надокнађивање садашњих недостатака. То, даље, имплицира да ће дискриминација престати када компензацијски третман поправи ове услове.¹³

Са друге стране, у литератури се истиче да не треба једноставно поистовјеђивати европску „позитивну акцију“ са америчком и канадском „афирмативном акцијом“ или са концептом људских права „привремених посебних мјера“. Ови концепти су свакако у великој мјери слични, али сви потичу из сопственог правног и друштвеног поријекла.¹⁴

2.2. Извориште и развој концепта

Идеја о афирмативној акцији је настала у оним друштвима у којима је била дубоко укоријењена дискриминација и неповољан положај одређених категорија становништва и када је постало јасно да се само уз активно учешће државе може унаприједити њихов положај. Идеја је настала у оним земљама гдје је била најзаступљенија расна или етничка дискриминација.

11 George Gerapetritis, *Affirmative Action Policies and Judicial Review Worldwide*, том 47, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice (Cham: Springer International Publishing, 2016), 5.

12 Милица В. Матијевић, Весна Ерић, „Мере афирмативне акције – терминолошко одређење и уводна разматрања о садржини појма“, *Страни правни живот*, бр. 3, (2010), 89.

13 Marc Galanter, *Competing equalities: law and the backward classes in India*, Oxford India paperbacks (Delhi: Oxford University Press, 1991), 2.

14 Marc de Vos, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, (Luxembourg: Office for Official Publ. of the Europ. Communities, 2007), 12.

Индија је највеће мултиетничко друштво на свијету - и социјално најфрагментираније. Индијско друштво проткано је израженим кастинским, вјерским, регионалним и етничким подјелама израженим на различите начине од радикално различитих начина живота до крвопролића на улицама. „Изопштени“ или „недодирљиви“ (енг. *untouchables*) су били пета категорија становништва дословно изопштена из традиционалних касти које признаје хиндуистичка религија (тај назив су добили и због тога што је био забрањен физички контакт са њима). По готово свакој дефиницији, дискриминација индијских „изопштених“ или „недодирљивих“ била је међу најгорим према било којој групи у било ком друштву.¹⁵ Као резултат политичких и социјалних турбуленција, почело се (нормативно) обраћати пажња на „недодирљиве“.

Индија је имала политику афирмативне акције дуже од било које друге нације, почевши од британских колонијалних времена (одређене преференцијалне мјере), а затим је била предвиђена њеним уставом када је постала независна земља. Индијски устав из 1950. године забрањује „изопштавање“ (енг. *untouchability*) те предвиђа различите мјере (резервације, квоте) за изопштене категорије становништва (енг. *untouchables, backward classes*). Поједини аутори ове мјере сврставају под појам „компензациона дискриминација“¹⁶ (енг. *compensatory discrimination*) имајући у виду суштину тих мјера – различито поступање које има за циљ исправљање или компензацију за вишегодишњу дискриминацију и неповољан положај. Специјалне мјере у том контексту се први пут на међународном плану помињу управо од стране владе Индије и то приликом израде нацрта Међународног пакта о економским, социјалним, културним правима 1962. године.¹⁷

И Јапан је једна од држава гдје афирмативна акција датира од половине XX вијека. Сегрегација буракумина¹⁸ датира још из феудалног периода (тзв. Такугава периода). Одређени покушаји десегрегације запажени су 30-их и 40-их година XX вијека, али су били, углавном, неуспјешни. Тих година су евидентирани одређени покрети за побољшање положаја буракумина што је резултирало усвајањем закона 1960. године којим се даје правни оквир за оснивање Вијећа за асимилацију Буракумина (енг. *Deliberative Council for Buraku Assimilation*), што је и реализовано годину дана касније. Вијеће је саставило извјештај у коме се по први пут признаје постојање дискриминације те класе људи и описује њихов положај у друштву као изузетно тежак, уз одсуство или немогућност приступа образовању и другим сегментима друштвеног живота. Као резултат 1969. године усвојен је закон којим се уводе посебне мјере за унапређење положаја припадника те друштвене групе (стипендије за школовање, умањење пореза и кредити по посебним каматама за мала и средња предузећа, фонд за финансирање посебних мјера и др.). Предвиђање посебних мјера је, истина, било више деклараторног карактера, јер нису предвиђене као обавеза за јавне органе већ као препорука,

¹⁵ Thomas Sowell, *Affirmative action around the world: an empirical study* (New Haven: Yale University Press, 2004), 31-32.

¹⁶ Galanter, *Competing equalities*, 2.

¹⁷ Prijedlog vlade Indije, General Assembly, 17th session, official records, 3rd Committee, 1182th meeting, 14 November 1962. New York, United Nations document A/C.3/SR.1182, para. 17.

¹⁸ Буракумини су категорија становништва чија сегрегација није условљена различитим етничким поријеклом, већ одређеним социјалним разликама. Од давнина су били изложени дискриминацији, често поистовјеђивани са животињама. Њихово тачно друштвено поријекло је непознато, као и узрок изопштавања и дискриминационе праксе, али се узрок налази у занатима којима су се бавили (месари, кожари, погребници итд.). Louis-Frédéric и Käthe Roth, *Japan Encyclopedia* (Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2002), 93.

нити су предвиђене санкције за њихово непримјењивање, нити процесни инструменти за заштиту индивидуалних права, али су представљале значајан корак ка идентификацији системске дискриминације и потреби за заштитом ове категорије становништва.¹⁹

Појам *афирмативна акција* је заступљен у Сједињеним Америчким Државама (САД). Формалним укидањем ропства (1865. године) и уставним признавањем принципа једнакости (1868. године) укинута је најбруталније кршење равноправности и људског достојанства. Међутим, све до средине XX вијека, кроз сегрегацију је била заступљена расна дискриминација.²⁰ Након укидања сегрегације, последице расне дискриминације су и даље остале, те је било неопходно да се учине неки позитивни кораци у остваривању једнакости и унапређења положаја расних мањина. Неки облици позитивне интервенције државе (путем посебних мјера) су били предузети за вријеме другог свјетског рата, а конкретнија имплементација ових програма се догодила 60-их година. Као термин, афирмативна акција се први пут помиње у тзв. Вагнеровом закону (енг. *National Labour Relations Act*, 1935.)²¹, а са претежним садржајем који му се данас приписује је први пут употребљен у Извршној наредби бр. 10925 председника Кенедија 1961. године. У овој наредби по први пут се позивало на предузимање афирмативне акције, у циљу искорјењивања широко распрострањене дискриминаторске праксе (нарочито расне, вјерске и етничке). Циљ оваквих мјера је био једнаке могућности у запошљавању.²² На том путу је остао и председник Џонсон, за чије вријеме су усвојени прописи и политике којима су се учинили значајни кораци у правцу забране дискриминације, једнакости и промоције афирмативне акције. Његова чувена аналогија са „окованим тркачем“ коју је употребио у свом уводном обраћању на Универзитету Хауард²³, касније (ре)интерпретирана од стране многих аутора, послужила је као полазна основа за позитивну аргументацију афирмативне акције. Он је истицао да правичност захтијева и

19 Emily Su-Ian Reber, „Buraku Mondai in Japan: Historical and Modern Perspectives and Directions for the Future“, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 12 (1999), 305-308.

20 Доктрина „separate but equal“ је била правно начело које је омогућавало расну сегрегацију под условом да су сегрегисане установе и услуге за црнце и бијеле грађане биле једнаке по квалитету. Ова доктрина је простекла из одлуке Врховног суда САД у случају *Plessy* против *Ferguson* из 1896. године, по којој су дозвољене сегрегиране установе под условом да су једнаког квалитета. У стварности, установе за афроамериканце су биле далеко инфериорније, што је довело до институционализиције неједнакости. Ова доктрина је укинута пресудом у предмету *Brown* против *Board of Education* 1954. године, када је Врховни суд прогласио неуставном расну сегрегацију у јавним школама. Приказ и анализу пресуда види на: <https://www.law.cornell.edu/wex> (Legal Law Institute, Cornell Law School), 15. мај 2024.

21 Главна сврха овог закона је била да успостави законско право већине радника да се организују или придруже синдикатима и право на колективно преговарање, те санкције за „непоштене“ радне праксе у вези са оснивањем, приступањем или искључењем из синдиката. У одјељку 10, Закон предвиђа предузимање афирмативне акције као одговор на „непоштену радну праксу“, али која се састоји у реинтеграцији радника према коме је та пракса примјењена. Видјети више: Alvin L. Goldman and Roberto L. Corrada, *Labour law in the USA*, Fourth edition (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2014), 454.

22 Cahn, „Introduction“, xi.

23 У свом говору председник Џонсон је рекао: „Слобода није довољна....Не можете узети особу која је годинама била спутана ланцима и ослободити је, довести је до стартне линије за трку и онда рећи, «слободан си такмичити се са свима осталима,» и даље само вјеровати да сте били потпуно поштени. Стога није довољно отворити врата прилика. Сви наши грађани морају имати могућност проћи кроз та врата” Транскрипт говора доступан на: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/commencement-address-howard-university-fulfill-these-rights>, задњи пут посјеђено: 23.1.2024.

више од промовисања и посвећености непристрасном поступању.²⁴ Термин „афирмативна акција“ (са садржајем који му се и данас приписује) се може пронаћи у два важна акта усвојена за мандата председника Џонсона и то у Закону о грађанским правима из 1964. године и у Извршној наредби 11246 из 1965. (која је измијењена Извршном наредбом 11375 двије године касније и која је укључила и дискриминацију по основу пола).²⁵ Најзначајнији програми афирмативне акције, у то вријеме, су били у области грађевинарства, гдје се од извођача радова који раде на грађевинским пројектима које финансира федерална влада захтијева да запосле одређени број радника из мањинских заједница, а који планови су важили за одређене области (Сент Луис, Сан Франциско, Кливленд и Филаделфија)²⁶.

Термин афирмативна акција се почео користити и у Уједињеном Краљевству, нарочито у Сјеверној Ирској (1974)²⁷, а 1989. године је уређена законом којим се уређује обезбјеђивање једнакости у запошљавању и занимањима (енг. *Fair Employment (Northern Ireland) Act*) превасходно постављајући стандард „фер пропорција“ (енг. *fair participation*) запослених припадника римокатоличке и протестантске вјерске заједнице. Три године касније је замијењен термином „позитивна акција“, вјероватно због контроверзи око афирмативне акције у САД и квотама.²⁸

У европским земљама се концепт позитивне акције (термин који је сада заступљен у европском дискурсу и легислативи) се развијао прво под утицајем међународног права кроз идеју о посебним (привременим) мјерама, а затим кроз право Заједнице и праксу Европског суда правде.

24 „Политика Владе Сједињених Држава је усмјерена да свим квалификованим особама обезбједи једнаке могућности у савезном запошљавању, да забрани дискриминацију при запошљавању због расе, вјере, боје коже или националног поријекла и да промовише пуну реализацију једнаких могућности у запошљавању кроз позитиван, континуирани програм у сваком извршном одјељењу и агенцији“, Извршна наредба 11246, с. 101.

25 Lyndon B. Johnson, Executive Order 11246 - Equal Employment Opportunity, доступно на: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-11246-equal-employment-opportunity>, посјећено: 23.1.2024; Executive Order 11375 - Amending Executive Order No. 11246, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-11375-amending-executive-order-no-11246-relating-equal-employment>; Civil rights act, Title VII, section 706(g), доступно на: <https://www.archives.gov/milestone-documents/civil-rights-act>, посјећено: 23.1.2024.

26 План који је изазвао највише дебате и интервенција од стране надлежних органа је био тзв. Филаделфијски план. Први Филаделфијски план је представљен 1967. године, за вријеме мандата председника Џонсона, али је због интервенције Главног ревизора Елмера Статса, министарство рада укинуло тај план. Статс је истакао да овакав план крши протоколе о јавном надметању, а преференцијални третман за припаднике мањина је у супротности са Законом о грађанским правима. Филаделфијски план је ревидиран 1969. године, за вријеме мандата председника Никсона, а који је после политичке борбе потврђен од стране Конгреса. Исти је 1971. проширен на све савезне уговораче Наредбом бр. 4 Министарства рада којом се имплементира Извршна наредба 11246. Више: Hugh Davis Graham, *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972* (New York Oxford: Oxford university press, 1990), 296, 341-344.

27 У Северној Ирској, 1974. године, у владино извештају је предложено да се уведе „афирмативна акција“ како би се побољшала заступљеност католичке заједнице у радној снази, а шеме су успјешно уведене на добровољној основи од стране највећег приватног послодавца у покрајини и у јавном сектору. Bob Hepple, „Equality on Work“, у *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries, 1945-2004*, ур. Bob Hepple и Bruno Veneziani (Oxford: Hart publishing, 2009), 151.

28 Christopher McCrudden, „Rethinking Positive Action“, *Industrial Law Journal*, Vol. 15, изд. 1 (1986), 221.

2.3. Преиспитивање концепта – аргументи *pro et contra*

Позитивна (афирмативна) акција је једно од најконтроверзнијих питања око којих и даље постоји дебата, не само у погледу избора термина којим би се означиле све мјере које испуњавају већ наведене критеријуме, или садржаја, него и у погледу оправданости увођења таквих мјера.

Иако је усмјерена на исправљање посљедица историјски укоријењене дискриминације против одређених друштвених група, посљедице, упркос примјени позитивне акције, се и даље осјећају. Формална правда игнорише друштвену чињеницу да дискриминација на основу расе или пола функционише као трајно и снажно ограничење на околности и могућности жена и црнаца, ограничење које не утиче на оне привилеговане расе или пола.²⁹ Одштетна улога ових мјера се оспорава из разлога што *ad personam* имају слабо или никакво дејство и тако губе своју сврху. Користи немају они који су били дискриминисани, односно ни извршиоци радње дискриминације ни корисници ових мјера нису исти они који су нанијели или претпјели неправду.³⁰ Међутим, припадност одређеној групи која је била дискриминисана је узрок неповољног положаја, јер се овдје говори не само о изложености прошлој или садашњој дискриминацији, већ о и посљедицама исте попут стереотипа, предрасуда и укоријењене праксе искључивања због припадности тој групи.

Други аргумент у прилог позитивној акцији је постизање суштинске једнакости. Једнак третман појединаца који нису друштвено једнаки учвршћује неједнакости. Међутим, ту се отвара питање: како објаснити да једнак третман може утицати на довођење до неједнакости, док неједнак третман може бити неопходан да би се постигла једнакост? Овај се парадокс може објаснити ако прихватимо да се појам једнакости различито дефинише, полазећи од прихваћеног концепта.³¹ Суштински приступ позитивној акцији одбацује апстрактни поглед на правду и умјесто тога инсистира на томе да је правда смислена само у својој интеракцији са друштвом. Реалност је да су, на примјер, жене а не мушкарци те који су претрпјеле посљедице полне дискриминације; црнци, а не бијелци су трпјели посљедице расизма, тако да се не може ставити у исту равну неједнако поступање према женама (у контексту дискриминације) и неједнако поступање према мушкарцима примјеном позитивне акције.³²

Опоненти позитивној акцији истичу да се примјеном ових мјера дерогира принцип заслуга, те да се не бира најбољи кандидат, већ онај који припада подзаступљеној групи. Критика стоји, ако се примјењују мјере које не узимају у обзир личне заслуге кандидата, тзв. *'hard quotas'*, гдје једини критеријум припадност групи. Међутим, те мјере и нису допуштене. Без обзира о ком облику преференцијалних (допуштених) мјера је ријеч, први услов се тиче квалификација кандидата, а потом се узимају у обзир специфичне околности у којима се кандидати налазе. С тим у вези, истиче се да примјена ових мјера (квота) води ка „обрнутој дискриминацији“, гдје се већина дискриминише у односу на мањину (подразумијевајући, при том, мјере којима се дају предности привилегованим, мањинским групама

29 Sandra Fredman, „Reversing discrimination“, *The Law Quarterly Review* 113 (1997), 328.

30 Предраг Јовановић, „Позитивна дискриминација (са освртом на област рада)“, *Радно и социјално право, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, XXII, изд. 1 (2018), 4-5.

31 Fredman, *Discrimination Law*, 2.

32 *Ibid.*, 235.

на уштрб припадника већине).³³ Наиме, истиче се, једна (претходна) дискриминација, која дискриминише мањину у односу на већину, рађа другу (потоњу) дискриминацију, која дискриминише већину у односу на мањину.³⁴ Међутим, различито поступање се не може увијек посматрати као дискриминација, јер такво поступање може бити оправдано јер отклања скривену дискриминацију.³⁵

Аргумент у прилог позитивној акцији је и освртање на њену битну одредницу – привременост. Наиме, мјере позитивне акције се примјењују док постоје разлози за то, односно док се не постигне циљ – постизање равноправности, пропорционалне заступљености или обзјективна једнаких могућности. Када се постигне циљ, исцрпљује се примјена ових мјера.

У литератури се истичу и други аргументи против позитивне акције: забрана дискриминације је толико апсолутан концепт да не може да поднесе изузеће; такве мјере почну као привремене и уско прилагођене циљу који треба да се постигне, али да на крају буду трајне и широке; да у оквиру фаворизоване групе користи од мјере иду несразмерно онима који су већ на врху те групе; да у сваком случају има врло мало података о стварним успјесима или достигнућима афирмативне акције; да такве мјере стварају дисторзије и неефикасност на тржишту рада; да воде стигматизацији потенцијалних корисника и др.³⁶

Супротстављање аргумената *pro et contra* се наставља, што превазилази оквире овог рада, те их остављамо за, евентуалну, посебну анализу. Иако постоје (и стоје) аргументи против, овдје се приклањамо ставу да је позитивна акција нужна и корисна узевши у обзир циљеве који се желе постићи. Уважавање ових аргумената може допринијети модификацији концепта, али никако његовим „слабљењем“ или укидањем. За крај овог поглавља можемо истаћи и запажање у извјештају Међународне конфедерације синдиката (ITUC) гдје је наглашено да законодавни оквир о забрани дискриминације претпоставља доношење низа посебних и конкретних мјера како би се осигурало да право на једнакост и забрану дискриминације буде дјелотворно у пракси и да су стога потребне проактивне мјере за рјешавање

33 У случају *DeFunis* против *Odegaard* 94 S. Ct. 1704 (1974), Врховни суд је позван да одлучи да ли је прекршен XIV Амандман Устава (који се односи на једнаку заштиту) када Државни Универзитет даје привилегије припадницима расних мањина при пријему на Универзитет. Дефунис је одбијен за пријем на прву годину Правног факултета јер су била попуњена сва мјеста при селекцији кандидата. Поступак пријема кандидата се проводио у двије фазе а на основу оцјена у дотадашњем школовању и резултата теста способности. Кандидати који су имали резултат изнад одређеног нивоа су аутоматски примљени, а остали су били подијељени у двије групе: прва коју су чинили припадници расних и националних мањина и друга група -остали апликанти. Око 20 % мјеста су били резервисани за припаднике прве групе. Избор између припадника одређене групе се вршио на основу резултата како би се одабрали најквалитетнији кандидати, али ти резултати се нису поредили и између двије групе. У коначници, 36 од 37 примљених кандидата из прве групе су имали лошији резултат од Дефуниса, али су били примљени због припадности тој групи. У првом степену, суд је одлучио да се Дефунису одобри упис на факултет, који је стигао до завршне године док је предмет стигао на одлучивање Врховном суду САД. Поступак није окончан мериторном одлуком (осим издвојених мишљења појединих судија) из разлога што је Суд сматрао да је спор беспредметан, јер је Универзитет одлучио да дозволи Дефунису да заврши факултет без обзира на исход поступка. Анализу овог случаја види: Richard A. Posner, „The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities“, *The Supreme Court Review* 1974 (Јануар 1974): 1–32. Приступљено: 12. јануар 2024.

34 Јовановић, „Позитивна дискриминација (са освртом на област рада)“, 4.

35 Council of Europe, „Positive Action in the Field of Equality between Women and Men“, EG-S-PA (2000) 7 (Strasbourg: Division Equality between Women and Men, Council of Europe, 2000), 26.

36 Jane Hodges- Aeberhard, „Affirmative Action in Employment: Recent Court Approaches to a Difficult Concept“, *International Labour Review* 138, изд. 3 (Септембар 1999), 248.

основних узрока дискриминације и *de facto* неједнакости које су резултат дубоко укоријењене дискриминације.³⁷

3. ОБЛИКОВАЊЕ КОНЦЕПТА ПОЗИТИВНЕ АКЦИЈЕ КРОЗ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈУ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ

Један од првих случајева пред Европским судом правде који се тичао допуштености појединог облика позитивне акције је био предмет *Kalanke* против *Freie Hansestadt Bremen*, гдје су испитиване границе позитивне акције у националним правима и компатибилности са тада важећом Директивом 76/207/ЕЕЗ. Случај Каланке се тичао облика позитивне акције, у литератури назван '*tie-break*', гдје се између једнако квалификованих кандидата предност даје оном који је припадник подзаступљеног пола у том сектору. У конкретном случају су то биле жене, а подзаступљеност је квантификована када „жене не чине најмање половину особља у појединачним платним разредима у релевантној кадровској групи“. Господин Каланке је тврдио да је био дискриминисан на основу пола у супротности са чланом 2(1) Директиве о једнаком третману, јер је град Бремен унаприједио госпођу Глисман на мјесто управника у одјељењу за паркове, зато што је припадник женског пола (као подзаступљеног у том сектору), иако су једнако квалификовани. Бремен се позвао на став 4 поменутог члана који је допуштао позитивну акцију у циљу промовисања једнакости и отклањања неједнакости које утичу на могућности жена у погледу напредовања. Суд је заузео став да национална правила која дају женама апсолутни и безусловни приоритет за унапређење није мјера те врсте (како је предвиђено Директивом) већ се удаљава од промовисања једнаких могућности и прекорачује границе изузетка предвиђеног ставом 4.³⁸ Ова пресуда је била критикована због претјераног ослањања на формални концепт једнакости.

Европски суд је, двије године касније, ублажио став у погледу позитивне акције у предмету *Marschall* против *Land Nordrhein-Westfalen* и отишао даље у идентификацији практичних потешкоћа са којима се жене сусрећу и колико позитивна акција може бити легитимна да се ти проблеми ријеше или сведу на најмању могућу мјеру. Осврнуо се посебно на негативне ефекте стереотипних ставова и понашања послодаваца према кандидаткињама, као што је страх да ће жене чешће прекидати каријеру или да ће због кућних и породичних обавеза бити мање флексибилне у организацији радног времена и испуњавању обавеза. У односу на став из случаја Каланке, значајан помак је био закључак да чињеница да двоје кандидата различитог пола имају исте квалификације не значи сама по себи да имају једнаке могућности, чиме је одговорио на најзначајнију критику на пресуду у случају Каланке, а то је уважавање захтјева за постизање суштинске (не само формалне) једнакости. Оправдање за промјену става лежало је у рјешењу у Закону о службеницима покрајине Сјеверна Рајна – Вестфалија, гдје је било предвиђено да при избору између више кандидата различитог пола и уз једнаке компетенције и професионалне резултате, предност при унапређењу треба дати

37 International Labour Conference, *Achieving gender equality at work*, 111th session, Report III (Part B) (Geneva: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 2023), 70.

38 Пресуда у предмету C-450/93, *Eckhard Kalanke* против *Freie Hansestadt Bremen*, ECLI:EU:C:1995:322.

женама као подзаступљеном полу, *осим ако „разлози специфични за [мушког] кандидата превагну у његову корист“*, тзв. заштитна, дерогативна клаузула (енг. *'saving clause'*). Ово рјешење у поменутом закону не представља, према мишљењу Суда, давање безусловне и аутоматске предности припаднику подзаступљеног пола, као поступање противно члану 2(4) (који став је Суд и даље задржао).³⁹

Једна од примједби за уважавање тзв. дерогативне клаузуле од стране појединих влада је била та да је непрецизна и уопштена и у супротности са начелом правне сигурности, те да не покрива „обичне случајеве у којима не постоји специфични разлог за мушког кандидата који би био такав да превлада над општом обавезом да се унаприједи женски кандидат.“⁴⁰ Тешко је одредити какву би разлику ова клаузула могла направити у пракси (у односу на рјешење без те клаузуле, какав је случај био у Каланке). Који су то разлози који би могли да превагну у корист мушког кандидата? Године старости, стаж или статус издржаваоца породице би могле потенцијално значити увођење нових непосредних или посредних дискриминаторских критеријума. Можда други заштићени основи, попут расе или инвалидитета би могли превагнути у корист мушког кандидата, али ту се отвара ново питање, који критеријум има предност. Ако заиста не постоји начин да се да смисао овој клаузули, онда се може извести закључак да Суд подржава план који се суштински не разликује од оног у случају Каланке.⁴¹

Тако се, као претходно питање, пред Европским судом нашло рјешење у Закону о једнаким правима жена и мушкараца и отклањању дискриминације жена у јавној управи, савезне државе Хесен, као „далекосежнији и софистициранији програм афирмативне акције од оних у два ранија случаја“⁴². Иако се прво питање односи на, наизглед, сличну ситуацију као у случају Маршал, разлика се уочава на самом почетку одређивањем флексибилних квота за подзаступљени пол. Наиме, у поменутом закону је одређено да у сваком плану за напредовање жена, више од половине радних мјеста у сектору у којем су жене недовољно заступљене треба да буде резервисано за жене, под условом да пол није одлучујући услов за конкретно радно мјесто или ако нема довољно жена са потребним квалификацијама када се тај проценат може смањити. Прецизирани су и услови и поступак за избор на начин да квалификације кандидата се процјењују у односу на конкретно радно мјесто, а породичне обавезе (брига о дјечи и члановима породице којима је потребна њега другог лица), године старости, дужина радног стажа и датум посљедњег унапређења се узимају у обзир у мјери у којој су од значаја за подобност, учинак и способност кандидата. Породични статус или приходи партнера се не могу узимати у обзир. Са друге стране, рад са скраћеним радним временом, одсуство и кашњење у завршетку обуке као резултат чувања дјеце или издржаваних лица за које је љекар потврдио да им је потребна њега не смију имати негативан утицај на процјену и не смију негативно утицати на напредовање и запошљавање. Сви ови критеријуми су постављени као неутрални у односу на пол, тако да исти разлози могу превагнути у корист другог кандидата у односу на оног који припада подзаступљеном полу,

³⁹ Пресуда у предмету C-409/95, *Hellmut Marschall* против *Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:533. види ст. 30, 31 и 32;

⁴⁰ Влада Француске и Уједињеног Краљевства су сматрали да ова клаузула не чини преференцијални третман мање дискриминаторним, те да би требало потврдити став из случаја Каланке. (пар. 20)

⁴¹ Sandra Fredman, "Affirmative Action and the Court of Justice: A Critical Analysis," in *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, ed. Josephine Shaw (Oxford: Hart Publishing, 2000), 179.

⁴² *Ibid.*, 180.

што је аргумент уз став да преференцијални третман није аутоматски и безуслован.⁴³ Са друге стране, још флексибилнији план је у случају избора за професионалну обуку (стручно оспособљавање/усавршавање), гдје је одређено да више од половине мјеста за обуку (под условом да исту не организује искључиво држава) буде додијељено женама, ако се утврди да су у структури запослених недовољно заступљене. Овдје се не поставља услов једнаких квалификација, већ потребних квалификација, а ако и поред промоције и подстицања да се жене пријаве не буде довољан број пријава, може се одступити од тог процента у корист мушкараца. Овакво рјешење је Суд сматрао прихватљивим, из разлога што се мора правити разлика између обуке и запошљавања, те да се те квоте не примјењују при запошљавању (то не значи резервисана радна мјеста, већ мјеста за обуку у циљу стицања квалификација са перспективом запошљавања у јавном сектору). Један од разлога је тај што је обука неопходна за многе послове у Њемачкој и без стечених квалификација у обуци, постизање једнаких могућности при запошљавању је скоро немогуће.⁴⁴ То, даље, не угрожава права мушких кандидата из разлога што могу потражити алтернативу аплицирајући за стручно усавршавање у приватном сектору.

Захтјев за испуњење услова једнаких квалификација кандидата при запошљавању или напредовању (када се примјењују мјере позитивне акције) је потврђен и у пресуди која је успједила годину дана касније у предмету *Abrahamsson* против *Fogelqvist*. У овом предмету, Суд је заузео став да давање предности кандидату који је припадник подзаступљеног пола, уз испуњење потребних а не упоредивих квалификација у односу на друге кандидате (ситуација која би одговарала систему позитивне акције у литератури означено као '*threshold system*'), прелази оквире допуштене позитивне акције, чак и ако је то резултат посебног, унапријед познатог, програма позитивне акције који укључује или утврђивање тачног број радних мјеста или посебно креирана радна мјеста гдје би се дала предност припадницима подзаступљеног пола у циљу смањења недовољне заступљености. Суд је сматрао да овакав метод селекције није сразмјеран циљу који се жели постићи.⁴⁵

Тест пропорционалности се показао као значајан и у поступцима који су успједили након поменутих предмета, на примјер у предмету *Briheche* против *Ministre de l'Intérieur* и други. И овдје је Суд сматрао да национално правило које допушта изузеће од утврђене старосне границе (45 година) за пријем у јавну службу за удовице које се нису поново удавале, а не допушта за удovice у упоредивој ситуацији, такође није допуштено чланом 4(2), нити је сразмјерно циљу који се жели постићи, имајући у виду и члан 141 Уговора.⁴⁶

Поред позитивних мјера које се односе на преференцијални третман приликом стручног оспособљавања, запошљавања и напредовања пред Судом су се нашле и мјере које се односе на услове рада, као у предмету *Lommers* против *Minister van Landbouw, Natuurbeheer*

⁴³ Пресуда у предмету C-158/97, *Georg Badeck et al.* против *Landesanwalt beim Sttatsgerichtshof des Landes Hessen*, ECLI:EU:C:2000:163.

⁴⁴ Thomas Trelogan, Steve Mazurana, и Paul Hodapp, „Can't We Enlarge the Blanket and the Bed - A Comparative Analysis of Positive/Affirmative Action in the European Court of Justice and the United States Supreme Court“, *UC Law SF International Law Review* Vol. 28, изд. 1 (2004), 39–93.

⁴⁵ Пресуда у предмету C-407/98, *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson* против *Elisabet Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367, ст. 55.

⁴⁶ Пресуда у предмету C-319/03, *Serge Briheche* против *Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice*, ECLI:EU:C:2004:574.

en Visserij. Суд је, као прво, прихватио да је обезбјеђивање одређеног броја субвенционисаних мјеста у вртићима за дјецу својих запослених од стране Министарства пољопривреде, мјера која се односи на услове рада, а резервисање тих мјеста за запослене жене у Министарству је мјера дизајнирана да елиминише узроке смањених могућности жена за приступ запошљавању и каријери и има за циљ да побољша њихову способност да се такмиче на тржишту рада и да наставе каријеру равноправно са мушкарцима.⁴⁷ Наравно, и овдје остаје захтјев за пропорционалности, што је, према мишљењу Суда, потврђено са изузетком да и запослени мушкарци, као самохрани родитељи, могу остварити ово право под једнаким условима као и жене, док са друге стране, други запослени (жене које су на листи чекања као и мушкарци), могу обезбиједити мјесто за своје дијете у другим обдаништима (аналогно ситуацији у случају *Badeck*).

Као што смо видјели, кроз јуриспруденцију Европског суда правде издвојили су се одређени принципи који дају оквире позитивној акцији, допуњавајући европски концепт овог, прилично контроверзног, инструмента у контексту принципа забране дискриминације. То укључује захтјеве да циљ мјера бити транспарентан и легитиман, да усвојене мјере треба да буду у довољној мјери повезане са постизањем тих циљева и да се циљеви не могу постићи усвајањем других метода које биле мање значајан изазов принципу забране дискриминације.⁴⁸ Конкретно, у сфери радних односа, давање предности припаднику одређене категорије радника, који су били или јесу изложени дискриминацији (при запошљавању, напредовању или при остваривању права из радног односа), може бити оправдано само ако није у питању давање апсолутне и безусловне предности и ако кандидати буду подвргнути објективној процјени која ће уобзирити специфичне личне ситуације свих кандидата.

4. ОБЛИЦИ И ВРСТЕ МЈЕРА ПОЗИТИВНЕ АКЦИЈЕ

Позитивна (афирмативна) акција обухвата већи број мјера које посједују све или претежне карактеристике које смо издвојили. Типологизацију мјера можемо извршити с обзиром на различите критеријуме: критеријум законитости - допуштене и недопуштене (испуњеност услова за (не)допуштеност налазимо у међународним, европским и националним правним изворима); с обзиром на фактичку манифестацију: мјере које обухватају преференцијални третман и мјере које припадају групи „меких мјера“ (енг. *soft measures*); с обзиром на степен преференција мјере које припадају тзв. *‘tie-break’*, *‘threshold’* или *‘quota’* систему мјера⁴⁹. За потребе овог поглавља издвојићемо посљедњу типологизацију, јер о осталом је било (или ће бити) ријечи у остатку рада.

⁴⁷ Пресуда у предмету C-476/99, *Lommers* против *Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ECLI:EU:C:2002:183., пар. 38

⁴⁸ European Commission. Directorate General for Justice and Consumers. и Christopher McCrudden, *Gender-Based Positive Action in Employment in Europe: A Comparative Analysis of Legal and Policy Approaches in the EU and EEA*. (LU: Publications Office, 2019), 80.

⁴⁹ Поред ове постоји и нешто другачија типологизација: апсолутне преференције, „јаке“ преференције, „tie-break“ преференције, флексибилне преференције и „слабе“ преференције. Види: Directorate-General for Justice, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, *Positive Action Measures to Ensure Full*

Мјере које обухватају преференцијални третман се разликују по томе у ком моменту се даје предност припадницима друштвених група означених као корисници и да ли је та предност условљена (претходном) селекцијом кандидата. Као најригиднији облик је тзв. квотни систем, гдје се унапријед утврђује број мјеста која су резервисана за одређене кориснике. И у оквиру квотног система разликују се двије ситуације, ситуација када се траже минималне (или потребне) квалификације кандидата и, друга, када је припадност тој групи довољна за одабир кандидата (квалификације се могу испитивати у случају више кандидата из исте групе). У литератури се потоње мјере називају строге квоте (енг. *strict quotta*)⁵⁰. Одабир наведених мјера, у пракси, углавном зависи од корисника; за жене, на примјер, су ријетко у употреби строге квоте, али се могу пронаћи примјери флексибилних квота, док за лица са инвалидитетом су чешће у употреби ригиднији облици квота.

Нешто мање ригидан облик је тзв. *'threshold'* преференције, које подразумевају ситуацију када се од кандидата тражи да испуне потребне, минималне услове, а они који достигну тај праг (отуда и назив) су предмет селекције када се припадност полу, одређеној раси или етничкој групи означени као недовољно заступљени, узима у обзир приликом избора и даје се им се предност. У овом систему послје достизања прага, најважнији (*'post-threshold'*) критеријум је постизање различитости (разноликости) у радној снази.⁵¹ У односу на квотни систем, овај се систем разликује јер се не утврђује унапријед број мјеста за потенцијалне кориснике и узима квалификације кандидата у обзир.⁵² Аргументи за овај облик позитивне акције се истичу у ситуацијама када се услови или квалификације за запошљавање односе на оне услове које не погађају једнако све кандидате због одређених социо-економских разлога.⁵³

Конечно, *'tie-break'* систем подсјећа на претходни, јер се прво вреднују квалификације кандидата а потом слиједи давање предности, али се, у битном, разликују јер се захтјева да се избор врши између једнако квалификованих кандидата, када се могу узети у обзир подзаступљеност лица одређених демографских карактеристика у циљу коначног одабира кандидата.⁵⁴ И у овом случају можемо имати двије ситуације: када се бенефицијару позитивне акције даје предност (аутоматска) уколико има једнаке квалификације као други кандидати и ситуацију када се може дати предност из наведених разлога само уз испуњење и других

Equality in Practice between Men and Women, Including on Company Boards, ур. Goran Selanec и Linda Senden (Publications Office of the European Union, 2012), 4–5.

⁵⁰ Directorate-General for Justice, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, стр. 6. У овој публикацији аутори разликују квотне преференције као: флексибилне, јаке или строге и слабе или благе квоте (*flexible, strong, weak quottas*).

⁵¹ Mike Noon, „Simply the Best? The Case for Using ‘Threshold Selection’ in Hiring Decisions“, *Human Resource Management Journal* Vol. 22, изд. 1 (2012.), 77.

⁵² Европски суд правде је заузео став да давање предности уз испуњење потребних услова (не једнаких) није допуштено у смислу одредби Директиве.

⁵³ Илустрације ради, ако је, на примјер, радно искуство критеријум, кандидати попут жена које су имале паузу због породичних обавеза или лица са инвалидитетом или млађих радника, могу бити дискриминисани у односу на раднике без породичних обавеза, лица без инвалидитета или релативно старије раднике. Стога, присталице овог облика позитивне акције истичу да утврђивање минималних услова (у конкретном случају радног искуства) који су процијењени као неопходни за успјешно обављање послова на датом радном мјесту, омогућавају да се у „другом кругу“ селекције уваже и други критеријуми (знања, вјештине, али и социјалне карактеристике) а не да се аутоматски даје предност кандидатима са више радног искуства, односно да се кандидати који нису једнако квалификовани искључе већ у првом кругу селекције.

⁵⁴ Noon, „Simply the Best?“, 77.

услова. ‘*Tie-break*’ систем је прихваћен и додатно развијен (нарочито у погледу додатних услова) и у оквиру јуриспруденције Европског суда правде, о чему је било ријечи у претходном поглављу. Посљедично, поменута друга ситуација је прихваћена и у националним правима гдје је предвиђен овај облик позитивне акције.

5. ПОЗИТИВНА АКЦИЈА У ЗАКОНОДАВСТВУ САВРЕМЕНИХ ДРЖАВА

У европским земљама, допуштен је неки од облика позитивне акције. Неке земље, позитивну акцију предвиђају у уставима (односно мјере које се могу уклопити у концепт позитивне акције), неке у посебним антидискриминацијским законима као и у законима из области радних односа. Неке од њих предвиђају мјере позитивне акције као обавезујуће, док друге као препоруке и добровољне мјере (уз евентуалне стимулансе). Терминологија није уједначена, али предњачи израз позитивна акција (поред тога имамо изразе по узору на међународне стандарде, посебне (привремене) мјере, затим афирмативне мјере, преференцијални третман, компензационе мјере и др.). Корисници позитивних мјера су жене (у највећем броју случајева), затим лица са инвалидитетом (најригидније мјере се најчешће везује за ову групу лица, попут квота), припадници националних мањина (нарочито у политичком и јавном животу), сиромашни и дуготрајно незапослени (у неким случајевима) и други.

У Грчкој, на примјер, је Уставом уређена обавеза (за државу) предузимања позитивних мјера у сврху остваривања стварне једнакости између мушкараца и жена, те мјера усмјерених на отклањање стварних неједнакости. Слично рјешење је и у Њемачком Уставу (федералном).⁵⁵ Са друге стране, у уставима појединих држава је допуштено увођење позитивних мјера, али не као обавеза (на примјер Устав Републике Србије⁵⁶). На крају, у уставима појединих држава је садржан принцип једнакости односно забране дискриминације, без изричитог допуштања позитивних мјера (на примјер, Хрватска и Словенија). Концепцијски, рјешења у уставима се разликују од допуштене позитивне акције уопште (без наглашавања основа или потенцијалних корисника), док у другим се односе на позитивне мјере усмјерене на обезбјеђивање стварне једнакости жена (на пр. Француски устав⁵⁷ у коме је садржан општи принцип једнакости (као формалне једнакости) и, у истом члану, одређено је да ће се законима промовисати и обезбиједити једнак приступ мушкарцима и женама, у изборним мандатима и изборним функцијама, као и професионалним и друштвеним одговорностима).

Позитивне мјере су предвиђене антидискриминацијским законима, законима о раду и посебним законима који се тичу посебне заштите одређених категорија (инвалидних лица, бораца и ратних војних инвалида, националних мањина и др.)

⁵⁵ Raphaële Xenidis и Hélène Masse-Dessen, „Positive action in practice: some dos and don’ts in the field of EU gender equality law“, *European equality law review*, 2018/2, 42-43.

⁵⁶ *Infra*, фн. 71.

⁵⁷ *Устав Републике Француске*, члан 2 (дио који се односи на једнак приступ женама и мушкарцима је амандмански допуњен 2008. године) Текст доступан на : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>

У Словенији, на примјер, Законом о заштити од дискриминације⁵⁸ су уређене *посебне мјере* као привремене мјере којима се обезбјеђује остваривање права на једнак третман, једнаке могућности или стварну равноправност лица која су због одређених личних околности у неповољнијем положају. Закон предвиђа двије групе посебних мјера: прво, *подстицајне мјере* којима се обезбјеђују посебне погодности или уводе посебни подстицаји за лица у неповољнијем положају на одређеном подручју и, друго, *позитивне мјере* којима се даје предност лицима са одређеним личним околностима. У другом случају дати су квалитативни услови када се могу примијенити позитивне мјере и то да су једнако испуњени прописани критеријуми и услови и да постоји очигледан диспарат у могућностима приступа остваривању права, добара, услуга или бенефиција за ова лица. Са друге стране, Закон о једнаким могућностима жена и мушкараца⁵⁹, такође, предвиђа посебне мјере (позитивне, подстицајне и програмске мјере) за подзаступљени пол. Позитивне мјере могу предузети субјекти како из јавног, тако и из реалног сектора, на начин да се донесе акциони план и да се добије претходна сагласност Канцеларије за једнаке могућности за предузимање таквих мјера.

У неким земљама су усвојени посебни закони о позитивној акцији, као, на примјер, у Италији. Концепт позитивне акције је у италијанско право уведен кроз Закон 125/1991 о позитивној акцији за остваривање равноправности мушкараца и жена на радном мјесту, а неколико мјесеци касније и Закон 215/1992 о позитивној акцији за женско предузетништво. Оба закона у свом називу садрже „позитивна акција“, али одредбе се тешко могу квалификовати као спровођење стварних позитивних радњи.⁶⁰ Кодексом о једнаким могућностима (*Codice delle Pari Opportunità*) су обједињени сви прописи који уређују ова питања (укључујући и поменута два) и који дефинише позитивну акцију као „акције, које се састоје од мјера које имају за циљ уклањање препрека које заправо онемогућавају стварање једнаких могућности, у оквиру државне надлежности, те имају за циљ унапређење запошљавања жена и постизање суштинске равноправности мушкараца и жена на радном мјесту“.⁶¹

Позитивне мјере се разликују као благе (енг. *soft measures*) које се углавном односе на добровољне мјере, које се промовишу законским прописима или кроз акционе планове и мање или више ригидније мјере, као преференцијални третман, предност у запошљавању, квотни систем итд. Друга група мјера је била заступљена у самом почетку примјене Директиве 76/207/ЕЕЗ, нарочито у области равноправности жена и мушкараца, међутим добило је своје границе и оквире кроз праксу Европског суда правде (Суда правде ЕУ), о чему је више било ријечи у претходним поглављима. Што се тиче одређивања квота, у контексту остваривања једнакости жена и мушкараца, у највећем броју случајева заступљени су у политичком ангажовању кроз одређивање процентуалног учешћа жена на кандидатским листама, у различитим политичким органима и представничким тијелима, државним и

58 Zakon o varstvu pred diskriminacijo, („Uradni list RS“, št. 33/16, 21/18), чл. 17 и 18.

59 Zakon o enakih možnostih žensk in moških, („Uradni list RS“, št. 52/02, 61/07, 33/16 и 59/19), чл. 7.

60 Одредбе ових закона иду у правцу промовисања једнаких могућности, али не садрже никакву обавезу да се под једнаким условима обезбјеђи преференцијални третман за жене у односу на мушкарце. Нешто касније, усвојене су двије законске уредбе (29/1993 и 196/2000) у којима се говори о подзаступљеном полу утврђујући процентуални број и које утврђују одређене квоте, али то не представља, према мишљењу аутора, позитивну акцију. Mia Caielli, „Azioni positive, Aggiornamento“, *Digesto Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, 2008, 134.

61 Decreto legislativo, 198/06, Codice delle Pari Opportunità, Gazzetta Ufficiale, n. 125 del 31 maggio 2006- Suppl. Ordinario n. 133, члан 42, интегрални текст са измјенама и допунама доступан на: <https://www.altalex.com/documents/news/2018/06/04/codice-pari-opportunita-ebook>

локалним органима (Хрватска⁶² Финска⁶³). Одређивање квота је највише заступљено када су корисници лица са инвалидитетом. Док су се национална законодавства прилагођавала смјерницама из судске праксе у погледу позитивних мјера усмјерених на равноправност жена и мушкараца, велики број је задржао квотни систем када су у питању инвалидна лица и то на два начина: одређивањем квота као обавезујућих и за јавни и приватни сектор (Србија⁶⁴, Француска⁶⁵) и одређивање квота као обавезујућих за јавни сектор, а у приватном сектору се оставља избор послодавцима или да запосле одговарајући број лица са инвалидитетом или да уплате посебни допринос тијелу које је основано за надзор и примјену прописа из те области. У другом случају, примјетно је да се послодавци прије одређују за уплаћивање доприноса, него за запошљавање лица са инвалидитетом. Интересантан примјер је Холандија, у којој је одређена већа квота за приватни сектор него за јавни (што је, у већини земаља, обрнуто) и гдје резултати говоре да је већи успјех у реализацији тих програма управо у приватном сектору.⁶⁶ Велика Британија, са друге стране, нема утврђене квоте за запошљавање лица са инвалидитетом.⁶⁷

Област високог образовања је још једна од области у којима квоте за запошљавање налазе своју примјену, јер је број редовних професорки на високошколским установама у државама чланицама ЕУ далеко мањи од броја који би се могао очекивати (имајући у виду полну структуру дипломираних студената). Стога је увођење квота за запошљавање кандидата слабије заступљеног пола на пословима сарадника и наставника на факултетима мотивисано и потребом да се напусте стереотипи и предрасуде који се везују за запошљавање жена у високом образовању и у научно-истраживачкој дјелатности.⁶⁸ Увођење квота за запошљавање наставника на високошколским установама је скопчано са низом проблема (одабир најбољег кандидата, ограничавање аутономије универзитета и факултета), што је и разлог да се квоте разумију као *ultima ratio*.⁶⁹ Са друге стране, за разлику од других мјера, квоте у области високог образовања могу постићи процентуално већу заступљеност жена са наставничким звањима, много брже и непосредније. Квоте за запошљавање у области високог образовања се примјењују у скромном броју држава, а најразвијенији облици таквог система у Шведској и Њемачкој гдје су у примјени тзв. каскадни модели квоте (циљева) за

62 Zakon o ravnopravnosti spolova, („Narodne novine“, br. 82/08, 69/17), члан 12 и 15.

63 Kevät Nousiainen, *Gender equality, Country report – Finland*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2023, 17

64 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом („Службени гласник Републике Србије“, бр. 36/09, 32/13 и 14/22) чл. 24-28. Овим законом је предвиђена обавеза за послодавце који имају више од 20 запослених да запосле одговарајући број особа са инвалидитетом (ОСИ) (једна ОСИ на сваки праг од 50 запослених), са предвиђеном санкцијом у виду новчаног износа од 50% од просјечне плате у Републици за сваку ОСИ коју није запослио.

65 Sophie Latraverse, *Non-discrimination, Country report – France*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2023, 80

66 Karin de Vries, *Non-discrimination, Country report – Netherlands*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2023, 66

67 Lucy Vickers, *Non-discrimination, Country report – United Kingdom*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2022, 54

68 Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2021), 270.

69 *Ibid.*, 272.

запошљавање кандидата слабије заступљеног пола, као добровољни модели чија примјена квота није забрањена санкцијом.⁷⁰

6. МЈЕРЕ ПОЗИТИВНЕ АКЦИЈЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Устав Републике Српске садржи одредбу која рефлектује концепт формалне једнакости: „Грађани Републике су равноправни у слободама, правима и дужностима, једнаки су пред законом и уживају исту правну заштиту без обзира на расу, пол, језик, националну припадност, вјероисповијест, социјално поријекло, рођење, образовање, имовно стање, политичко и друго увјерење, друштвени положај или друго лично својство.“⁷¹ За разлику од устава из сусједних земаља (Србија и Црна Гора, на примјер)⁷², нема одредбе која би јасно допуштала позитивну акцију. Ни Устав Босне и Херцеговине не предвиђа, експлицитно, могућност примјене позитивне акције, али кроз Анекс I утврђени су међународни споразуми који ће се примјењивати у Босни и Херцеговини⁷³, а који допуштају примјену посебних (привремених) мјера.

Законодавни оквир, са друге стране, дозвољава примјену позитивне акције кроз утврђивање посебних мјера за постизање *de facto* једнакости и равноправности. Тако, Закон о забрани дискриминације (ЗЗД) предвиђа да различито поступање или неповољно разликовање се неће сматрати дискриминацијом уз испуњење општих и посебних услова. Општи се односе на карактер мјера: прво, да су засноване на објективној и разумној оправданости; друго, да се њима остварује легитиман циљ и, треће, да постоји разуман однос пропорционалности између средстава која се користе и циља који се настоји реализовати. Посебни услови се односе на области и врсте мјера а које укључују широк спектар мјера (не само оно што би могли уклопити у дефиницију позитивне акције). Ту се сврставају и мјере које представљају разумно прилагођавање, разликовање по заштићеним карактеристикама ако је то опредељујуће за посао, разликовање по основу вјере ако је у питању запошљавање у вјерским институцијама и друге мјере. За потребе овог рада, од значаја је дио који утврђује мјере које „произлазе из спровођења или доношења *привремених посебних мјера* осмишљених било да се спријече или надокнаде штете које лица трпе, а које су одређене... [заштићеним

⁷⁰ Више о томе: *Ibid.*, 274-275.

⁷¹ Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11), члан 10.

⁷² У Уставу Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06 и 115/21), у члану 21 уређена је забрана дискриминације и зајамчена је једнакост пред законом и једнака законска заштита. У уставу 4 је одређено да се не сматрају дискриминацијом „посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.“ Устав Црне Горе, на сличан начин допушта позитивну акцију, али и границе по узору на европско право и то одређујући привремени карактер посебних мјера док се не остваре циљеви због којих су предузете. Члан 8. („Службени лист Црне Горе“, бр. 1/07 и 18/23)

⁷³ На примјер: Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (*International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights*), Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*) Конвенција о елиминасању свих облика дискриминације жена (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*) и др.

основима] и то нарочито за припаднике угрожених група попут лица са инвалидитетом, припадника националних мањина, жена, трудница, дјеце, омладине, старијих лица и других друштвено искључених лица....; односно да се омогући њихово пуно учешће у свим области-ма живота.⁷⁴ Овакво рјешење у закону је резултат ослањања на међународне изворе који позитивну акцију, углавном, не издвајају од других мјера које имају исте или сличне циљеве (остваривање пуне једнакости).

Закон о равноправности полова (ЗРП) утврђује да се неће сматрати дискриминацијом увођење, доношење и спровођење *привремених посебних мјера* с циљем отклањања постојеће неравноправности, промовисања једнакости и заштите равноправности полова. Услови су слични као и у ЗЗД, а тичу се оправданости, пропорционалности и нужности утврђених норми, критеријума или пракси. Привремене посебне мјере су овлаштени прописати државни, ентитетски, кантонални органи и органи јединица локалне самоуправе, кроз законске и подзаконске прописе, политике, стратегије и планове којима се уређују поједине области друштвеног живота.⁷⁵ У истом закону је утврђен и критеријум недовољне заступљености одређеног пола (равноправна заступљеност полова) у управљању, процесу одлучивања и представљању у државним органима, правним лицима са јавним овлашћењима или под извјесном контролом јавне власти (државна тијела) и то у проценту од 40%. За остваривање наведеног циља наведена тијела су *дужна* примјењивати привремене посебне мјере.⁷⁶

Закон о раду, као системски закон у области радних односа, утврђује забрану дискриминације радника и лица која траже запослење, разликујући непосредну и посредну дискриминацију. При том, препознаје допуштено разликовање ако је то у складу са природом посла и условима под којима се обавља или ако су у питању мјере заштите појединих категорија радника. Међутим, мјере које би се могле сврстати под концепт позитивне акције (иако закон више упућује на израз позитивна дискриминација) су предвиђене у контексту равноправности полова. Законом је предвиђено да није дозвољена дискриминација заснована по основу пола у поступку запошљавања, трајања радног односа и отказа уговора о раду, осим у два случаја (иако није до краја јасна разлика између ова два случаја) и то, као прво, ако је нормама, правилима или праксом могуће оправдати постизање законитог циља који је пропорционалан предузетим нужним и оправданим мјерама и, као друго, успостављање специјалних мјера ради постизања једнакости и равноправности полова и елиминације постојеће неравноправности, односно заштите полова по основу биолошког одређења. У односу на лица са инвалидитетом, Закон о раду упућује на примјену посебног закона и поставља се супсидијарно у односу на њега.⁷⁷

Равноправност у друштвеном животу и једнаке могућности за њих зависе од низа привилегија. Стога је заштита ових лица посебан дио друштвене, економске и социјалне политике који има за циљ да им обезбиједи равноправан положај у односу на друга лица,

⁷⁴ Закон о забрани дискриминације („Службени гласник БиХ“, бр. 59/09 и 66/16), члан 5 *Изузеци од забране дискриминације*.

⁷⁵ Закон о равноправности полова у Босни и Херцеговини – *пречишћени текст* („Службени гласник БиХ“, бр. 32/10), члан 2 и 8.

⁷⁶ ЗРП, Члан 20.

⁷⁷ Закон о раду („Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/16, 66/18, 91/21, 119/21, 112/23 и 39/24), чл. 19-23, 30.

а гдје најважнија улога припада запошљавању.⁷⁸ Законско предвиђање конкретних посебних мјера у запошљавању постоји у случају запошљавања лица са инвалидитетом. Наиме, Законом о професионалној рехабилитацији, оспособљавању и запошљавању инвалида (ЗПРОЗИ) предвиђено је запошљавање инвалида под општим и посебним условима, гдје се под посебним условима подразумијева обавеза запошљавања инвалида у одговарајућем броју у односу на укупан број запослених (на сваких 16 радника једно лице са инвалидитетом), у републичким органима управе, органима локалне самоуправе, органима правосуђа, јавним установама и фондовима, те јавним предузећима која нису основана за запошљавање инвалида. При том, предност у запошљавању лицима са инвалидитетом се може дати уз једнако испуњење општих и посебних услова из конкурса.⁷⁹ Органи који нису испунили ову обавезу, као и они који имају мање од 16 запослених, а немају запослених инвалида, дужни су на рачун јавних прихода уплаћивати допринос у висини од 0,2% од исплаћене мјесечне бруто плате свих запослених. Такође, као мјера за подршку оснивања и рада привредних друштава за запошљавање инвалида, предвиђена је и обавеза за наведене државне органе и јавна предузећа, да 20% својих потреба за производима и производним услугама које производе и пружају привредна друштва за запошљавање инвалида задовоље од ових привредних друштава. У реалном сектору, посебне мјере у вези са запошљавањем лица са инвалидитетом су конципиране више као подстицање, него као обавеза. Законом су предвиђене олакшице и стимуланси за послодавце који запошљавају лица са инвалидитетом, а уколико не запошљава инвалиде, послодавац је дужан на рачун јавних прихода уплаћивати допринос у висини од 0,1% од исплаћене мјесечне бруто плате за све раднике. Иако је утврђено право на пореске олакшице, у складу са пореским прописима, Законом о порезу на добит нису утврђене пореске олакшице за послодавце из реалног сектора, осим ослобађања плаћања пореза на добит за привредна друштва основана за запошљавање инвалида.⁸⁰ Стимуланси и олакшице који су утврђени ЗПРОЗИ, се односе на новчани стимуланс и поврат уплаћених доприноса, које исплаћује Фонд за професионалну рехабилитацију и запошљавање инвалида послодавцу (који не подлијеже обавези запошљавања инвалида) који запошљава лица са инвалидитетом.⁸¹ Међутим, значајан проблем у примјени овог и других закона остаје дискриминаторски однос послодавца према тој популацији, који се заснива на предрасуди послодавца и недовољној информисаности о бенефицијама које доноси запошљавање лица са инвалидитетом.⁸²

Посебне мјере у области запошљавања предвиђене су и Законом о заштити права припадника националних мањина гдје се утврђују квоте за запошљавање припадника националних мањина у органима управе и другим јавним службама на свим нивоима, сразмјерно проценту њиховог учешћа у броју становништва према посљедњем попису у БиХ, у складу

78 Жељко Мирјанић, Санда Миликић, „Проблем запошљавања инвалида у Републици Српској“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, (2011), 40.

79 Ljubinko Mitrović, Jasminka Džumhur, Nives Jukić, *Specijalni izvještaj o efikasnosti zakonskih rješenja o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom u Bosni i Hercegovini*, (Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Banja Luka, 2021), 64.

80 *Закон о порезу на добит* („Службени гласник Републике Српске“, бр. 94/15, 1/17, 58/19 и 48/24), члан 4.

81 *Закон о професионалној рехабилитацији, оспособљавању и запошљавању инвалида* („Службени гласник Републике Српске“, бр. 37/12 и 82/15), чл. 25-27 и 46-56.

82 Жељко Мирјанић, Санда Миликић, „Проблем запошљавања инвалида у Републици Српској“, 50

са законима који регулишу ово подручје. Надлежни органи могу утврдити и веће квоте, као и предузети друге мјере за постизање брже и потпуније равноправности припадника националних мањина.⁸³

Одређени облици позитивних мјера постоје и у области заштите бораца, чланова породице погинулих бораца као и заштите незапослених лица у виду прописаних предности при запошљавању чија примјена се цијени *ad hoc*⁸⁴, као и у другим областима, али како је одређен предмет овог рада нису узети у анализу.

7. ЗАКЉУЧАК

Иако се одавно води дебата о мјерама позитивне (афирмативне) акције, актуелност теме не њежава. Томе говоре у прилог недавне пресуде Врховног суда САД, којима се укидају дозвољене мјере афирмативне акције у корист припадника расних мањина при упису на универзитете⁸⁵, чиме се отвара нова ера у концептуалном одређивању афирмативне акције.

Позитивна акција се може посматрати у ширем и у ужем смислу, у зависности од тога да ли обухвата само преференцијални третман (неки од облика) или укључује и тзв. „меке мјере“ (енг. *soft measures*). У формалним изворима је примјетно да се избјегава дати прецизна дефиниција позитивне акције, или одредити конкретне мјере које би потпадале под овај концепт, вјероватно из разлога што су облик и врста ових мјера директно зависне од економских и социјалних фактора сваке земље. Велики допринос разумијевању овог концепта, као и одређивање граница позитивне акције, дат је кроз јуриспруденцију Европског суда правде, односно Суда правде ЕУ.

Из посебних извјештаја појединих земаља (које смо поменули испред) може се извести закључак да након, првобитно, смјелих покушаја одређивања мјера позитивне акције, примјетно је посустајање у конкретизацији и примјени ових мјера. Тежиште је више на мјерама којима се настоји промовисати равноправно учешће, подстицање разноликости, оснаживање припадника одређених група означених као бенефицијари у (ре)интеграцији на тржиште рада и у избору занимања. Ригидније мјере су остале, углавном, у другим областима,

⁸³ Закон о заштити права припадника националних мањина («Службени гласник БиХ», бр. 12/03, 76/05 и 93/08) Националне мањине су дио становништва који не припадају ни једном од три конститутивна народа у БиХ, (Албанци, Црногорци, Чеси, Италијани, Јевреји, Мађари, Македонци и др). Посебне квоте за припаднике конститутивних народа су резултат специфичног државног уређења у БиХ и није предмет овог рада.

⁸⁴ Закон о правима бораца, војних инвалида и породица погинулих бораца одбрамбено-отаџбинског рата Републике Српске («Службени гласник Републике Српске», бр. 134/11, 9/12, 40/12, 18/15 и 13/24), чл. 36, 54 и 73. У ситуацији када се као кандидати појаве лица која уживају заштиту утврђену посебним законима (гдје је предвиђена предност у запошљавању) онда се цијени од специфичне ситуације конкретног случаја чија предност је „већа“. Тако, Врховни суд РС је оцијенио да није било дискриминације, када је послодавац одабрао незапосленог кандидата наспрам једнако квалификованог кандидата (који се позвао на право на предност у запошљавању сходно Закону о правима бораца). Пресуда Врховног Суда Републике Српске Бањалука, број: 71 0 П 109662 13 Рев од 12.02.2015. године

⁸⁵ Пресуде у предметима *Students for Fair Admissions* против *President and Fellows of Harvard College* и *Students for Fair Admissions* против *University of North Carolina, et al.*, доступно на: <https://www.supremecourt.gov>

попут политичког и јавног ангажмана, када је ријеч о женама као корисницима, као и у домену запошљавања лица са инвалидитетом.

У праву Републике Српске, по узору на међународне инструменте, прихваћен је концепт посебних (привремених) мјера, али осим одређивања квота у политичком и јавном животу и квота у запошљавању лица са инвалидитетом, као и одређених предности у запошљавању бораца и чланова породице погинулих бораца, изостаје креативност у утврђивању посебних преференција у запошљавању и на раду.

Оскудни су и подаци о ефектима примјене мјера позитивне акције, па је тешко извести закључак о ефективности ових мјера и степену реализације постављених циљева.

Иако је очигледно да би, негдје, требало промијенити приступ и можда модификовати концепт, остаје и даље закључак да су мјере позитивне акције потребне и да би требало да допринесу спрјечавању економске, политичке и социјалне маргинализације чланова одређених друштвених група, ефикаснијем искорјењивању и спрјечавању сиромаштва, спрјечавању социјалне стратификације, смањењу социјалних неједнакости, те промоцији једнаких могућности у свим областима, а нарочито у области рада.

ЛИТЕРАТУРА

1. Anderson, Terry H. *The Pursuit of Fairness: A History of Affirmative Action*. 1. issued Oxford Univ. Press paperback. Oxford: Oxford Univ. Press, 2005.
2. Bossuyt, Marc, Special Rapporteur, „Prevention of Discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action“, final report, in accordance with UN Sub-Commission Resolution 1998/5, E/CN.4/Sub.2/2002/21. 17. Јуни 2002
3. Cahn, Steven M. „Introduction“. У *The affirmative action debate*, уредио Steven M. Cahn, xi–xiii. New York: Routledge, 1995.
4. Caielli, Mia. „Azioni positive, Aggiornamento“. *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 2008.
5. Council of Europe. „Positive Action in the Field of Equality between Women and Men“. EG-S-PA (2000) 7. Strasbourg: Division Equality between Women and Men, Council of Europe, 2000.
6. De Vos, Marc. *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*. Ms. completed in June 2007. Luxembourg: Office for Official Publ. of the Europ. Communities, 2007.
7. De Vries Karin, *Non-discrimination, Country report – Netherlands*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2023.
8. Directorate-General for Justice, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality. *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, Including on Company Boards*. Уредио Goran Selanec и Linda Senden. Publications Office of the European Union, 2012. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/850>.
9. European Commission. Directorate General for Justice and Consumers, Christopher McCruden, *Gender-Based Positive Action in Employment in Europe: A Comparative Analysis of Legal and Policy Approaches in the EU and EEA*. LU: Publications Office, 2019.

10. Fredman, Sandra. „Affirmative Action and the Court of Justice: A Critical Analysis“. У *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, уредио Josephine Shaw, 171–95. Oxford: Hart Publishing, 2000.
11. Fredman, Sandra. „Reversing discrimination“. *The Law Quarterly Review* 113 (1997.): 575–600.
12. Fredman, Sandra. „Substantive equality revisited“. *International Journal of Constitutional Law* 14, изд. 3 (2016.). 712–38.
13. Galanter, Marc. *Competing equalities: law and the backward classes in India*. Oxford India paperbacks. Delhi: Oxford University Press, 1991.
14. Gerapetritis, George. *Affirmative Action Policies and Judicial Review Worldwide*. Том 47. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. Cham: Springer International Publishing, 2016.
15. Goldman, Alvin L., и Roberto L. Corrada. *Labour law in the USA*. Fourth edition. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2014.
16. Graham, Hugh Davis. *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972*. New York Oxford: Oxford University Press, 1990.
17. Hepple, Bob. „Equality on Work“, у *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries, 1945-2004*, ур. Bob Hepple и Bruno Veneziani, 129–64. Oxford: Hart publishing, 2009.
18. Hodges-Aeberhard, Jane. „Affirmative Action in Employment: Recent Court Approaches to a Difficult Concept“. *International Labour Review* 138, изд. 3 (Септембар 1999.): 247–72.
19. International Labour Conference. *Achieving gender equality at work*. 111th session, Report III Part B, ILC111/III(B). Geneva: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 2023.
20. Јовановић, Предраг. „Позитивна дискриминација (са освртом на област рада)“. *Радно и социјално право, Часопис за теорију и праксу радног социјалног права*, XXII, изд. 1 (2018.): 1-25. (Jovanović, Predrag. „Pozitivna diskriminacija (sa osvrtom na oblast rada)“. *Radno i socijalno pravo, Časopis za teoriju i praksu radnog socijalnog prava*, XXII, izd. 1 (2018.): 1-25.)
21. Jones, James. „The Origins of Affirmative Action“. *US Davis Law Review* 21, изд. 2 (1988.): 383–490.
22. Kennedy, Randall. „Reconsidering Palmer v Thompson“. *The Supreme Court Review* 2018.
23. Kovačević, Ljubinka. „Protection of Persons with Disabilities from Employment Discrimination, with a Focus on Serbian Legislation and Practice“, *Pravni vjesnik : časopis za pravne i društvene znanosti*, Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, Vol. 30 No. 2, (2014): 57-77
24. Ковачевић Љубинка, *Заснивање радног односа*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2021. (Kovačević Ljubinka, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021.)
25. Latraverse Sophie, *Non-discrimination, Country report – France*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2023
26. Louis-Frédéric, и Käthe Roth. *Japan Encyclopedia*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

27. Marcinko, Andrew J., и Chelsey Taylor. „Employee Reactions to Positive Action Policies in the United Kingdom: Does the Organization’s Justification Matter?“ *Journal of Economic Psychology* Vol. 87 (2021)
28. Матијевић Милица В., Ерић Весна, „Мере афирмативне акције – термилошко одређење и уводна разматрања о садржини појма“, *Страни правни живот*, бр. 3, 2010. стр. 85-102. (Matijević Milica V., Erić Vesna, „Mere afirmativne akcije – terminološko određenje i uvodna razmatranja o sadržini pojma“, *Strani pravni život*, br. 3, 2010. str. 85-102.)
29. McCrudden, Christopher. „Rethinking Positive Action“. *Industrial Law Journal* 15, изд. 1 (1986.): 219–43. <https://doi.org/10.1093/ilj/15.1.219>.
30. Мирјанић, Жељко, Миликић, Санда, „Проблем запошљавања инвалида у Републици Српској“, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, 2011. (Mirjanić, Željko, Milikić, Sanda, „Problem zapošljavanja invalida u Republici Srpskoj“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, 2011.)
31. Mitrović, Ljubinko, Džumhur, Jasminka, Jukić, Nives, *Specijalni izvještaj o efikasnosti zakonskih rješenja o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom u Bosni i Hercegovini*, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Banja Luka, 2021.
32. Noon, Mike. „Simply the Best? The Case for Using ‘Threshold Selection’ in Hiring Decisions“. *Human Resource Management Journal* 22, изд. 1 (Јануар 2012.): 76–88.
33. Nousiainen Kevät, *Gender equality, Country report – Finland*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2023
34. Office of General Counsel, *Legislative, Executive, Judicial development of Affirmative Action*, Briefing Paper for the US Commission on Civil Rights (US Commission on Civil Rights, 1995)
35. Posner, Richard A. „The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities“. *The Supreme Court Review* 1974 (Јануар 1974.): 1–32. <https://doi.org/10.1086/scr.1974.3108703>.
36. Sowell, Thomas. *Affirmative action around the world: an empirical study*. New Haven: Yale University Press, 2004.
37. Su-Ian Reber, Emily. „Buraku Mondai in Japan: Historical and Modern Perspectives and Directions for the Future“. *Harvard Human Rights Journal* 12 (1999.): 297–360.
38. Trelogan, Thomas, Steve Mazurana, и Paul Hodapp. „Can’t We Enlarge the Blanket and the Bed - A Comparative Analysis of Positive/Affirmative Action in the European Court of Justice and the United States Supreme Court“. *UC Law SF International Law Review* 28, изд. 1 (2004.): 39–93.
39. Vickers Lucy, *Non-discrimination, Country report – United Kingdom*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2022.
40. Xenidis, Raphaële, и Hélène Masse-Dessen. „Positive action in practice: some dos and don’ts in the field of EU gender equality law“, *European equality law review*, 2018., 36–62.

Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11) (Ustav Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj

- 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11))
- Закон о забрани дискриминације („Службени гласник БиХ“, бр. 59/09 и 66/16) (Zakon o zabrani diskriminacije („Službeni glasnik BiH“, br. 59/09 i 66/16))
- Закон о порезу на добит („Службени гласник Републике Српске“, бр. 94/15, 1/17, 58/19 и 48/24) (Zakon o porezu na dobit („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 94/15, 1/17, 58/19 i 48/24).)
- Закон о равноправности полова у Босни и Херцеговини – прецишћени текст („Службени гласник БиХ“, бр. 32/10). (Zakon o ravnopravnosti polova u Bosni i Hercegovini – prečišćeni tekst („Službeni glasnik BiH“, br. 32/10).)
- Закон о професионалној рехабилитацији, оспособљавању и запошљавању инвалида („Службени гласник Републике Српске“, бр. 37/12 и 82/15). (Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji, osposobljavanju i zapošljavanju invalida („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 37/12 i 82/15)).
- Закон о раду („Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/16, 66/18, 91/21, 119/21, 112/23 и 39/24). (Zakon o radu („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 1/16, 66/18, 91/21, 119/21, 112/23 i 39/24)).
- Закон о заштити права припадника националних мањина („Службени гласник БиХ“, бр. 12/03, 76/05 и 93/08). (Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina („Službeni glasnik BiH“, br. 12/03, 76/05 i 93/08)).
- Устав Републике Црне Горе („Службени лист Црне Горе“, бр. 1/07 и 18/23). (Ustav Republike Crne Gore („Službeni list Crne Gore“, br. 1/07 i 18/23)).
- Устав Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06 и 115/21). (Ustav Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 98/06 i 115/21)).
- Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом („Службени гласник Републике Србије“, бр. 36/09, 32/13 и 14/22). (Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 36/09, 32/13 i 14/22)).
- Zakon o ravnopravnosti spolova, („Narodne novine“, br. 82/08, 69/17).
- Zakon o varstvu pred diskriminacijom, („Uradni list RS“, št. 33/16, 21/18)
- Zakon o enakih mogućnostih ženskih i muških, („Uradni list RS“, št. 52/02, 61/07, 33/16 i 59/19)
- Decreto legislativo, 198/06, Codice delle Pari Opportunità, Gazzetta Ufficiale, n. 125 del 31 maggio 2006- Suppl. Ordinario n. 133.
- Пресуда у предмету C-450/93, *Eckhard Kalanke* против *Freie Hansestadt Bremen*, ECLI:EU:C:1995:322. (Presuda u predmetu C-450/93, Eckhard Kalanke protiv Freie Hansestadt Bremen, ECLI:EU:C:1995:322.)
- Пресуда у предмету C-409/95, *Hellmut Marschall* против *Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:533. (Presuda u predmetu C-409/95, Hellmut Marschall protiv Land Nordrhein-Westfalen, ECLI:EU:C:1997:533.)
- Пресуда у предмету C-158/97, *Georg Badeck et al.* против *Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, ECLI:EU:C:2000:163. (Presuda u predmetu C-158/97, Georg Badeck et al. protiv Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, ECLI:EU:C:2000:163.)

Пресуда у предмету C-407/98, *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson* против *Elisabet Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367. (Presuda u predmetu C-407/98, Katarina Abrahamsson and Leif Anderson protiv Elisabet Fogelqvist, ECLI:EU:C:2000:367.)

Пресуда у предмету C-476/99, *Lommers* против *Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ECLI:EU:C:2002:183. (Presuda u predmetu C-476/99, Lommers protiv Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, ECLI:EU:C:2002:183.)

Пресуда у предмету C-319/03, *Serge Briheche* против *Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice*, ECLI:EU:C:2004:574. (Presuda u predmetu C-319/03, Serge Briheche protiv Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice, ECLI:EU:C:2004:574.)

Пресуда Врховног Суда Републике Српске Бањалука, број: 71 0 П 109662 13 Рев од 12.02.2015. године (Presuda Vrhovnog Suda Republike Srpske Banjaluka, broj: 71 0 P 109662 13 Rev od 12.02.2015. godine)

<https://www.law.cornell.edu/wex>

<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/commencement-address-howard-university-fulfill-these-rights>

<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-11246-equal-employment-opportunity>

<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-11375-amending-executive-order-no-11246-relating-equal-employment>

<https://www.archives.gov/milestone-documents/civil-rights-act>

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>

ACHIEVING EQUALITY THROUGH SPECIAL MEASURES IN LABOUR LAW: NATIONAL AND COMPARATIVE LAW

Sanda Gvero⁸⁶

University of Banja Luka, Faculty of Law

Summary: *This paper analyses the concept of positive action, as well as the forms, effectiveness and application of various (special) measures within domestic and comparative labour law designed to achieve equality in employment and at work. The author opts for the term “positive action” considering the lack of consensus in the literature regarding terminology (and consequently content), that encompasses measures aimed at correcting the consequences of discrimination against certain social groups, or measures aimed at achieving substantive equality. Through an analysis of national and international legal frameworks, legal instruments that address systemic inequalities and discrimination are explored, along with their impact on promoting diversity, inclusion and equal opportunities in the labour market. Furthermore, solutions de lege ferenda are discussed, as well as the challenges and potential conflicts arising from the application of these measures, including issues such as reverse discrimination and balancing competing rights and interests.*

Key words: *positive action, special measures, affirmative action*

⁸⁶ Senior Teaching and Research Assistant, University of Banja Luka, Faculty of Law, e-mail: sanda.gvero@pf.unibl.org

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34"20"(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп "Изазови и перспективе развоја
правних система у XXI вијеку" (4 ; 2024 ; Бања Лука)

Зборник радова. Том I / Међународни научни скуп
"Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку",
Бања Лука (2024) = Zbornik radova. Tom I / Međunarodni naučni
skup "Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku",
Banja Luka (2024) = Conference proceedings. Vol. I / International
scientific conference "Challenges and perspectives of the development
of legal systems in the XXI century", Banja Luka (2024) ; [главни
и одговорни уредник Жељко Мирјанић ; уредници Игор
Милинковић, Бојан Влашки, Стојана Петровић]. - Бања Лука :
Правни факултет = Faculty of law, 2024 (Бања Лука : Графид).
- 468 стр. ; 23 см. - (Изазови и перспективе развоја правних
система у XXI вијеку, ISSN 2831-1310)

Доступно и на: <https://mnsisc.pf.unibl.org/>. - На врху насл. стр.:
Универзитет у Бањој Луци = University of Banja Luka. - На насл.
стр.: Година 4, број 4. - Радови на срп. и енгл. језику. - Текст ћир.
и лат. - Тираж 100. - Уреднички уводник, Editorial introduction
: стр. 11-13. - Напомене и библиографске референце уз текст. -
Библиографија уз сваки рад. - Abstracts.

ISBN 978-99976-54-24-3

COBISS.RS-ID 142012161



Универзитет у Бањој Луци
Правни факултет
Булевар војводе Степе Степановића 77,
Бања Лука
Tel. 051 339 000
www.pf.unibl.org
info@pf.unibl.org
www.facebook.com/pf.unibl.org

ISBN 978-99976-54-24-3

