УНИВЕРЗИТЕТ У ИСТОЧНОМ САРАЈЕВУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

и

ЕВРОПСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА ЈАВНО ПРАВО

МЕЂУНАРОДНИ САВЕЗ ПРАВНИКА

ИНСТИТУТ ЗА УПОРЕДНО ПРАВО

СРПСКО УДРУЖЕЊЕ ЗА КРИВИЧНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

ИНСТИТУТ ЗА КРИМИНОЛОШКА И СОЦИОЛОШКА ИСТРАЖИВАЊА

ЗБОРНИК РАДОВА

„Правне празнине и пуноћа права“

Том II

COLLECTION OF PAPERS

“Legal gaps and the completeness of law“

Vol. II

XII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 28. октобра 2023. год. на Палама

УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-84-6

Источно Сарајево, 2024. год.

UNIVERSITY OF EAST SARAJEVO
FACULTY OF LAW

and

EUROPEAN PUBLIC LAW ORGANIZATION

INTERNATIONAL UNION OF LAWYERS

INSTITUTE FOR COMPARATIVE LAW

SERBIAN ASSOCIATION FOR CRIMINAL LEGAL THEORY AND PRACTICE

INSTITUTE OF CRIMINOLOGICAL & SOCIOLOGICAL RESEARCH

COLLECTION OF PAPERS
"Legal gaps and the completeness of law"
Vol. II

ЗБОРНИК РАДОВА
„Правне празнине и пуноћа права“
Том II

The XII Scientific conference on
The occasion of the Day of the Faculty of Law,
International scientific conference,
held in Pale, 28 October 2023

UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-84-6

East Sarajevo, 2024

ЗБОРНИК РАДОВА
XII Научног скупа поводом Дана Правног факултета,
који је у организацији
Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
и суорганизацији
Европске организације за јавно право,
Међународног савеза правника,
Института за упоредно право,
Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, и
Института за криминолошка и социолошка истраживања,
одржан 28. октобра 2023. год. на Палама, на тему:
„ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА“

Издавач
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Алексе Шантића 3, 71420 Пале
тел. 00387 57 226 609 / факс 00387 57 226 892
http://www.pravni.ues.rs.ba / dekanat@pravni.ues.rs.ba

За издавача
Проф. др Горан Марковић, декан

Коуредници
Проф. др Димитрије Ћеранић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Свјетлана Ивановић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Проф. др Самир Аличић

Лектор и коректор за српски језик
Проф. др Нина Ћеклић

Лектор и коректор за енглески језик
Мр Нинослава Радић, наставник страног језика

Техничка припрема
Проф. др Димитрије Ћеранић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Виши асс. Ђорђе Перишић, мр
Виши асс. Ивана Лазаревић, ма
Виши асс. Љубана Сладић, ма
Виши асс. Брано Хаџи Стевић, ма

Штампа
Графомарк, Лакташи

Тираж
70 примјерака

Зборник је реферисан у HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS и Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

COLLECTION OF PAPERS
The XII Scientific conference on The occasion of The Day of The Faculty of Law,
on general topic „Legal gaps and the completeness of law“, which is organized
Faculty of Law, University of East Sarajevo,
in cooperation with the
European Public Law Organization,
International Union of Lawyers,
Institute for Comparative Law,
Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice,
and the Institute of Criminological & Sociological Research,
on 28. October 2023, in Pale

Publisher
Faculty of Law, University of East Sarajevo
Alekse Šantića Str. 3, 71420 Pale
phone. 00387 57 226 609 / fax 00387 57 226 892
http://www.pravni.ues.rs.ba / *dekanat@pravni.ues.rs.ba*

For the Publisher
Full Professor Goran Marković, dean

Edited by
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Associate Professor Radislav Lale
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
Full Professor Samir Aličić

Proofreading for the Serbian language
Associate Professor Nina Ćeklić

Proofreading for the English language
Ninoslava Radić, MA (Linguistics), English language teacher

Technical preparation
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Assistant Professor Đorđe Marilović
Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić
Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević
Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić
Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević

Printing
Grafomark, Laktaši

Circulation
70 copies

COLLECTION OF PAPERS included in base of journals and e-books:
HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS and Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

Зборник радова
ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА

Научни одбор
Проф. др Миленко Крећа, бивши судија Међународног суда правде, судија *ad hoc* Европског суда за људска права, ранији члан Венецијанске комисије и Сталног арбитражног суда у Хагу, предсједник Научног одбора
Full Professor Spyridon Flogaitis, University of Athens, Faculty of Law, Director of the European Public Law Organization and President of the Board of Directors of EPLO, Greece
Академик проф. др Станко Бејатовић, члан Предсједништва Међународног савеза правника, Москва, предсједник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, предсједник Управног одбора Института за Криминолошка и социолошка истраживања у Београд, Србија
Проф. др Вид Јакулин, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Словенија
Проф. др Борче Давитковски, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија
Проф. др Елена Геннадиевна Багреева, профессор Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве Российске Федерацие, член исполкома Международного союза юристов, Российская Федерация
Проф. др Владимир Чоловић, директор Института за упоредно право у Београду, Србија
Проф. др Велимир Ракочевић, Правни факултет Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора
Проф. др Дарко Симовић, Криминалистичко полицијски универзитет, Београд
Проф. др Јурий Топлак, Универзитет у Марибору, Словенија
Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, БиХ, Република Српска
Проф. др Туњица Петрашевић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку, Хрватска
Проф. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинјиан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија
Prof. dr Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary
Prof. dr Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom
Доц. др Дуња Дуић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку, Хрватска
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Senior researcher at the Human Rights Center and the Programme Human Rights in Context at Ghent University, Belgium

Организациони одбор
Проф. др Горан Марковић, предсједник; Академик проф. др Станко Бејатовић;
Проф. др Владимир Чоловић; Проф. др Димитрије Ћеранић; Доц. др Сања Голијанин; Проф. др Самир Аличић; Проф. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Сања Крешталица; Доц. др Ђорђе Мариловић; Доц. др Драгана Дамјановић; Мр Нинослава Радић; Виши асистент Ђорђе Перишић, мр; Виши асистент Ивана Лазаревић, ма; Виши асистент Љубана Сладић, ма;
Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма.

Коуредници
Проф. др Димитрије Ћеранић; Проф. др Радислав Лале; Проф. др Свјетлана Ивановић;
Доц. др Ђорђе Мариловић; Проф. др Самир Аличић

Conference Proceedings
LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW

Scientific Committee

Prof. Milenko Kreća, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law, former judge of the International Court of Justice, ad hoc judge of the European Court for Human Rights, former member of the Venice Commission and the Permament Court of Arbitration, Serbia, President of the Board;
Prof. Spiridon Flogaitis, Full Professor, University of Athens, Faculty of Law, Director of the European Public Law Organization and President of the Board of Directors of EPLO, Greece;
Academician Stanko Bejatović, Full Professor, member of the Presidency of the International Union of Lawyers, Moscow, President of the Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice, President of the Board of Directors of the Institute for Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia;
Prof. Vid Jakulin, Full Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia;
Prof. Borče Davitkovski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia;
Prof. dr Elena Gennadievna Bagreeva, Full Professor of the Department of legal regulation of economic activity of the Financial University under the Government of the Russian Federation, member of the Executive Committee of the International Union of lawyers, member of the Association of Lawyers of Russia, academician of the Slavic Academy, Russian Federation;
Prof. Vladimir Čolović, Full Professor, Principal of the Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia;
Prof. Velimir Rakočević, Full Professor, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
Prof. Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Serbia;
Prof. Jurij Toplak, Full Professor, University of Maribor, Slovenia;
Prof. Goran Marković, Full Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina;
Prof. Tunjica Petrašević, Full Professor, Faculty of Law, University "Josip Juraj Štrosmajer" in Osijek, Croatia;
Prof. Dragan Gocevski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia;
Prof. Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary;
Prof. Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom;
Prof. Dunja Duić, Associate Professor, Faculty of Law, University "Josip Juraj Štrosmajer" in Osijek, Croatia;
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Senior researcher at the Human Rights Center and the Programme Human Rights in Context at Ghent University, Belgium.

Organizing Committee

Full Professor Goran Marković, President; Academician Full Professor Stanko Bejatović; Full Professor Vladimir Čolović; Associate Professor Dimitrije Ćeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Full Professor Samir Aličić; Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Dragana Damjanović; Ninoslava Radić, LL.M; Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M; Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević, LL.M; Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić, LL.M; Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.

Co-editors

Associate Professor Dimitrije Ćeranić; Associate Professor Radislav Lale; Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Full Professor Samir Aličić

Финансијску подршку у организацији XII Научног скупа поводом Дана Правног факултета на општу тему „Правне празнине и пуноћа права“, који је одржан 28. октобар 2023. год. на Палама, пружило нам је неколико истакнутих институција и појединаца на чему им искрено захваљујемо.

Посебну захвалност исказујемо:

ПОКРОВИТЕЉУ СКУПА – ОЛИМПИЈСКОМ ЦЕНТРУ ЈАХОРИНА,
директору Олимпијског центра г. Дејану Љевнаићу,

Предсједнику Републике Српске,
г. Милораду Додику,

Предсједнику Владе Републике Српске,
г. Радовану Вишковићу,

Министарству за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске, министру доц. др Жељку Будимиру,

Нотарској комори Републике Српске,
предсједнику др Бориславу Радићу

Адвокатској комори Републике Српске,
предсједнику г. Далибору Мрши

Републичкој управи за геодетске и имовинско-правне послове Републике Српске, директору мр Драгану Станковићу

Д.о.о. Милкус, Пале, г. Миомиру Кусмуку

Адвокату из Бијељине, г. Горану Василићу

Начелнику Општине Источно Ново Сарајево, г. Јовану Катићу

Начелнику Општине Источна Илица, г. Маринку Божовићу

Начелнику Општине Трново, г. Драгомиру Гаговићу

Начелнику Општине Калиновик, г. Радомиру Сладоју

Компанији Параграф лекс из Београда

Уз спремност за наставком сарадње на обострану корист и задовољство, а прије свега на ползу свим правним посленицима, уз жељу за унапређењем правног поретка Републике Српске, још једном захваљујемо свим институцијама и појединцма који су нам помогли у припреми и одржавању **XII Научног скупа поводом Дана Правног факултета, који је по броју референата, држава из којих долазе и броју саопштених реферата, у 2023. години био највећи научни скуп у области права у југо-источној Европи и можда чак и највећи у Европи**.

С поштовањем,

ДЕКАН
Проф. др Горан Марковић

Several prominent institutions and individuals provided to us the financial support for the organization of the XII Scientific Conference on the Occassion of the Day of the Faculty of Law on the general topic „LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW“, which was held in Pale on 28 October 2023. We are sincerely grateful to them.

We particularly thank to:

The Sponsor of the Conference Olympic center Jahorina,
Director of the Olympic center Mr. Dejan Ljevnaić,

President of the Republika Srpska,
Mr. Milorad Dodik,

President of the Government of the Republika Srpska,
Mr. Radovan Višković,

The Ministry of Scientific and Technological Development and Higher Education,
Minister Assistant Professor Željko Budimir,

Notary Chamber of the Republika Srpska,
President dr. Borislav Radić

Bar Association of the Republika Srpska, President Mr. Dalibor Mrša

Republic administration for geodetic and property affairs, Republic of Srpska,
Director Dragan Stanković, LL.M.

D.o.o. Milkus, Pale, Mr Miomir Kusmuk

Attorney from Bijeljina, Mr. Goran Vasilić

Mayor of the Municipality of Istočno Novo Sarajevo, Mr. Jovan Katić

Mayor of the Municipality of Istočna Ilidža, Mr. Marinko Božović

Mayor of the Municipality of Trnovo, Mr. Dragomir Gagović

Mayor of the Municipality of Kalinovik, Mr. Radomir Sladoje

Company Paragraf Lex, Belgrade

With the readiness to continue cooperation for mutual benefit and satisfaction, and above all for the benefit of all legal professionals, with the desire to improve the legal order of the Republic of Srpska, we once again thank all the institutions and individuals who helped us in the preparation and holding of the XII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, which in 2023 was the largest scientific conference in the field of the legal sciences in Southeast Europe and maybe the largest in Europe in terms of the number of referees, the countries from which they come and the number of published papers.

Sincerely yours,

DEAN
Professor Goran Marković

Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, том II,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2024, стр. 1–425.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-84-6

САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР XV

УПРАВНО ПРАВО

Проф. др Зехра Одијакмаз
ПОПУЊАВАЊЕ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА У ПРАВНИМ СИСТЕМАМА ПРЕКО РАЗЛИЧИТИХ МЕЂУНАРОДНИХ ИЛИ НАЦИОНАЛНИХ ФАКТОРА ОСИМ ЗАКОНА И УСТАВА 1

Проф. др Драган Гоцевски
ИЗАЗОВИ СТРАТЕШКОГ НАЦИОНАЛНОГ РАЗВОЈА РЕПУБЛИКЕ СЈЕВЕРНЕ МАКЕДОНИЈЕ – КВАЛИТАТИВНА ПРАВНА АНАЛИЗА СТУДИЈЕ СЛУЧАЈА РЕПУБЛИКЕ СЈЕВЕРНЕ МАКЕДОНИЈЕ.....45

Проф. др Вук Цуцић
(У)СКРАЋИВАЊЕ ПРАВА НА ПОМОЋ И НЕГУ ДРУГОГ ЛИЦА – ОГРАНИЧЕНА РЕТРОАКТИВНОСТ РЕШЕЊА. 72

Проф. др Невенко Врањеш
АНАЛИЗА ПРИМЈЕНЕ ЕВРОПСКЕ ПОВЕЉЕ О ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ 92

Проф. др Милош Прица
ПРАВОТВОРАЧКИ ИЗВОРИ.....114

Проф. др Емир Мехмедовић
Доц. др Ријад Делић
ПРАВНА ПОМОЋ У УПРАВНИМ СТВАРИМА: СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ..... 134

Доц. др Сања Голијанин
УСМЕНА РАСПРАВА У УПРАВНОМ СПОРУ У ПРЕДМЕТИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ – „ПРАЗНИНА“ ИЛИ НЕ?.....154

Доц. др Јелена Старчевић
САВРЕМЕНИ ИЗАЗОВИ ЈАВНЕ УПРАВЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – ДИГИТАЛИЗАЦИЈА И Е-УПРАВА 168

Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, том II,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2024, стр. 1–425.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-84-6

Јелена Миливојевић, ма
ОГРАНИЧАВАЊЕ АКАТА ОРГАНА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ КРОЗ ПРАКСУ ОМБУДСМАНА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ..... 188

Иван Петровић, ма
ПРОАКТИВНА УЛОГА ИНСТИТУЦИЈЕ ЛОКАЛНОГ ОМБУДСМАНА У ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА ОД СИСТЕМАТСКОГ КРШЕЊА ДОНОШЕЊЕМ НЕЗАКОНИТИХ АКТА ОРГАНА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ.....198

Будимир Петковић
Предраг Раосављевић
Филип Новаковић
ПРОВОЂЕЊЕ ТЕСТА ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА У ПРИМЈЕНИ ЗАКОНА О СЛОБОДИ ПРИСТУПА ИНФОРМАЦИЈАМА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ..... 222

РАДНО ПРАВО

Проф. др Радоје Брковић
Доц. др Борислав Галић
Рајко Раонић
КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НА ОДМОР..... 237

Проф. др Мехмед Хаџић
НАЧЕЛО *IN FAVOREM LABORATORIS* У СИСТЕМУ РАДНИХ ОДНОСА, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РАДНО ЗАКОНОДАВСТВО У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ 261

Проф. др Радислав Лале
Судија Александра Јелисић-Брчкало
СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ..... 274

Доц.др Ивана Грубешић
ПРАВО НА ПРЕКОГРАНИЧНУ ЗДРАВСТВЕНУ ЗАШТИТУ..... 304

Пуковник проф. др Живорад Рашевић
УНУТРАШЊИ СУКОБИ РАДНОГ ЗАКОНОДАВСТВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ..... 330

Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, том II,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2024, стр. 1–425.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-84-6

Истраживач сарадник др Јована Рајић Ћалић
БРАЧНИ И ПОРОДИЧНИ СТАТУС КАО ЗАБРАЊЕНИ ОСНОВ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ – ОПШТИ ОСВРТ 348

Асистент Армина Чуњало, ма
УЛОГА УСКЛАЂЕНОСТИ ПОСЛОВАЊА У ПРЕВАЗИЛАЖЕЊУ ПРАВНИХ ПРАЗНИНА 367

Јелена Лале, мр
Аида Хаџиахметовић, мр
ПРАВНИ РЕЖИМ ЗАСНИВАЊА РАДНОГ ОДНОСА У ИНСТИТУЦИЈАМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ.....380

Лукацију Георги-Дору, мр
РАЗМАТРАЊЕ СПОРАЗУМА „*NO POUCH*“ – ИЗМЕЂУ ОГРАНИЧАВАЊА ПРАВА НА РАД И АНТИ-КОНКУРЕНЦИЈСКИХ ПОВРЕДА 400

ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА..... 410

Collection of Papers „Legal gaps and the completeness of law“, Vol. II,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2024, pp. 1–425.
UDC 34:082 ISBN 978-99938-57-84-6

CONTENTS

FOREWORD XVI

ADMINISTRATIVE LAW

Full Professor Zehra Odyakmaz, LL.D.
FILLING LEGAL GAPS IN LAW SYSTEMS THROUGH VARIOUS INTERNATIONAL OR NATIONAL FACTORS OTHER THAN LAWS AND CONSTITUTIONS 1

Full Professor Dragan Gocevski, LL.D.
CHALLENGES OF STRATEGIC NATIONAL DEVELOPMENT – QUALITATIVE LEGAL ANALYSIS IN THE CASE STUDY OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA 45

Associate Professor Vuk Cucić, LL.D.
DENIAL OF THE RIGHT TO ASSISTANCE AND CARE OF ANOTHER PERSON–LIMITED RETROACTIVITY OF THE DECISION. 72

Associate Professor Nevenko Vranješ, LL.D.
ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE EUROPEAN CHARTER ON LOCAL SELF-GOVERNMENT IN THE REPUBLIC OF SRPSKA 92

Associate Professor Miloš Prica, LL.D.
THE LAW-MAKING SOURCES 114

Associate Professor Emir Mehmedović, LL.D.
Assistant Professor Rijad Delić, LL.D.
LEGAL ASSISTANCE IN ADMINISTRATIVE MATTERS: CURRENT SITUATION AND PERSPECTIVES 134

Assistant Professor Sanja Golijanin, LL.D.
ORAL HEARING IN ADMINISTRATIVE DISPUTES IN PUBLIC PROCUREMENT CASES –"GAP" OR NOT? 154

Assistant Professor Jelena Starčević
MODERN CHALLENGES OF PUBLIC ADMINISTRATION IN BIH - DIGITALIZATION AND E-GOVERNMENT 168

Collection of Papers „Legal gaps and the completeness of law“, Vol. II,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2024, pp. 1–425.
UDC 34:082 ISBN 978-99938-57-84-6

Jelena Milivojević, LL.M.
ON LIMITING THE IMPACT OF THE STATE ADMINISTRATION ACTS BY OMBUDSMAN IN THE LEGAL SYSTEM OF SERBIA 188

Ivan Petrović, LL.M.
THE PROACTIVE ROLE OF THE INSTITUTION OF THE LOCAL OMBUDSMAN IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AGAINST THE SYSTEMATIC VIOLATION BY ADDOPTING ILLEGAL ACTS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT BODIES 198

Budimir Petković
Predrag Raosavljević
Filip Novaković
PUBLIC INTEREST TEST IN IMPLEMENTATION OF THE LAW ON FREEDOM OF ACCESS TO INFORMATION IN REPUBLIC OF SRPSKA..... 222

LABOR LAW

Retired full-time Professor Radoje Brković, LL.D.
Assistant Professor Borislav Galić, LL.D.
Rajko Raonić, Phd. student
CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO REST DURING WORK 237

Associate Professor Mehmed Hadžić, LL.D.
THE PRINCIPLE *IN FAVOREM LABORATORIS* IN THE LABOR RELATIONS SYSTEM, WITH SPECIAL REFERENCE TO BOSNIA AND HERZEGOVINA LABOR LEGISLATION.....261

Associate Professor Radislav Lale, LL.D.
Judge Aleksandra Jelisić-Brčkalo
JUDICIAL PROTECTION OF EMPLOYMENT RIGHTS IN THE REPUBLIC OF SRPSKA..... 274

Assistant Professor Ivana Grubešić, LL.D.
THE RIGHT TO CROSS-BORDER HEALTHCARE 304

Associate Professor Živorad Rašević, LL.D.
INTERNAL CONFLICTS OF LABOUR LAWS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA.....330

Collection of Papers „Legal gaps and the completeness of law“, Vol. II,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2024, pp. 1–425.
UDC 34:082 ISBN 978-99938-57-84-6

Research Associate Jovana Rajić Ćalić, LL.D.
MARITAL AND FAMILY STATUS AS A PROHIBITED GROUNDS OF DISCRIMINATION - GENERAL REVIEW 348

Teaching Assistant Armina Čunjalo, LL.M.
THE ROLE OF BUSINESS COMPLIANCE IN OVERCOMING LEGAL GAPS.....367

Jelena Lale, LL.M.
Aida Hadžiahmetović, LL.M.
LEGAL REGIME FOR ESTABLISHING EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN INSTITUTIONS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA.....380

Lucaciu George-Doru, PhD student
NO-POACH AGREEMENTS: BETWEEN THE RESTRICTION OF THE RIGHT TO WORK AND ANTI-COMPETITIVE VIOLATIONS..... 400

LIST OF REVIEWERS 418

П Р Е Д Г О В О Р

Суду научне јавности предајемо Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, који је резултат научног скупа који је по дванаести пут одржан поводом Дана Правног факултета. На скупу који је одржан октобра 2023. године, **206 аутора и коаутора, са три континента, из 23 државе** (Русија, Грчка, Кина, Италија, Мађарска, Шпанија, Куба, Мексико, Турска, Бугарска, Румунија, Грузија, Молдавија, Кипар, Холандија, Данска, Шведска, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и БиХ са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ), саопштили су 162 реферата на српском, руском, енглеском, италијанском, шпанском односно матерњим језицима учесника.

Овај скуп био је **највећи одржани скуп у области права на простору југоисточне Европе, као и један од највећих на тлу цијеле Европе у 2023. години, а можда чак и највећи**.

Саорганизатори научног скупа били су Међународни савез правника (*International Union of Lawyers*), Европска организација за јавно право (*European Public Law Organization*), Институт за упоредно право, Институт за криминолошка и социолошка истраживања и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

У зборнику је на преко **2400 страница у пет томова објављено 111 радова од 146 аутора и коаутора из 19 држава** (Русија, Грчка, Италија, Мађарска, Шпанија, Куба, Мексико, Турска, Бугарска, Румунија, Грузија, Молдавија, Кипар, Шведска, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Црна Гора и БиХ са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ). Трећина радова објављена је на свјетским језицима (енглески, руски и италијански).

Научни скуп који се одржава поводом Дана Правног факултета категорисан је и класификован од стране Министарства за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске као **међународни научни скуп од посебног значаја прве категорије**, и један је од три најбоље класификована и категорисана научна скупа из свих научних области у држави.

Аутори су се бавили разноврсним питањима правне теорије и праксе, из свих правних научних дисциплина. Њихов циљ био је да самостално и критички анализирају правна начела и институте, да подвргну критици правне теорије и позитивно право и да дају научни допринос развоју правне теорије и усавршавању правних система. Мултиметодолошки приступ, који краси не само зборник у цјелини, него и појединачне радове, омогућио је да научна анализа буде свестрана и богата, а постигнути научни резултати значајни за унапређење правних наука.

Вјерујемо да ће посленици правних наука наћи довољно добрих научних анализа, интригантних ставова и полазишта за нове научне анализе. Надамо се и да ће носиоци јавних функција и правници практичари наћи одговоре на бројна питања која су им се јављала у политичкој и правној пракси, те да ће ови одговори постати основ за промишљање и усвајање нових позитивноправних рјешења.

На тај начин, овај зборник ће испунити своју сврху. Он ће представљати допринос развоју правних наука, и то у тешким друштвеним и политичким приликама, у којима се пред посленицима правних наука јављају бројни изазови и тешко рјешива теоријска и практична питања.

У Источном Сарајеву, Пале, октобра 2024. год.

Уредници Зборника радова
Проф. др Димитрије Ћеранић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Свјетлана Ивановић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Проф. др Самир Аличић

F O R E W O R D

We present to the scientific public the Proceedings "Legal gaps and the completeness of law", which is the result of the scientific conference held for the twelfth time on the occasion of the Day of the Faculty of Law. At the conference held in October 2023, **206 authors and co-authors, from three continents and 23 countries** (Russia, Greece, China, Italy, Hungary, Spain, Cuba, Mexico, Turkey, Bulgaria, Romania, Georgia, Moldova, Cyprus, the Netherlands, Denmark, Sweden, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina), presented 162 reports in Serbian, Russian, English, Italian, Spanish that is, in their native languages. This was the **largest conference held in the field of law in Southeast Europe, as well as one of the largest, perhaps the largest one, in Europe in 2023**.

The co-organizers of the scientific conference were the International Union of Lawyers, the European Public Law Organization, the Institute for Comparative Law, the Institute for Criminological and Sociological Research and the Serbian Association for Criminal Law Theory and Practice. The Proceedings contain over **2,400 pages in five volumes with 111 works by 146 authors and co-authors from 19 countries** (Russia, Greece, Italy, Hungary, Spain, Cuba, Mexico, Turkey, Bulgaria, Romania, Georgia, Moldova, Cyprus, Sweden, Serbia, North Macedonia, Croatia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from Republika Srpska and the Federation of BiH). A third of the papers were published in world languages (English, Russian and Italian). The scientific conference held on the occasion of the Day of the Faculty of Law is categorized and classified by the Ministry of Scientific and Technological Development and Higher Education of the Republika Srpska as an **international scientific conference of the special importance of the first category** and is one of the three best classified and categorized scientific meetings from all scientific areas in the state.

The authors dealt with various issues of legal theory and practice, in all legal disciplines. Their goal was to independently and critically analyze legal principles and institutes, to subject legal theory and positive law to criticism, and to make a scientific contribution to the development of legal theory and the improvement of legal systems. The multimethodological approach, which adorns not only the collection as a whole, but also individual papers, made it possible for the scientific analysis to be versatile and rich, and the achieved scientific results significant for the improvement of legal sciences. We believe that students of legal sciences will find enough good scientific analyses, intriguing positions and starting points for new scientific analyses. We also hope that public office holders and legal practitioners will find answers to numerous questions that have arisen in their political and legal practice, and that these answers will become the basis for reflection and adoption of new positive legal solutions. In this way, this collection will fulfill its purpose. It will represent a contribution to the development of legal sciences, especially in difficult social and political circumstances, in which numerous challenges and difficult-to-solve theoretical and practical questions arise before the practitioners of legal sciences.

In East Sarajevo, Pale, October 2024

Editors-in-Chief
Associate Professor Dimitrije Ćeranić
Associate Professor Radislav Lale
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
Full Professor Samir Aličić

UDC/УДК 340.132
341.645
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Prof. dr. Zehra Odyakmaz

Ufuk University Faculty of Law, Head of Public Law Department
Ankara, Turkey

FILLING LEGAL GAPS IN LAW SYSTEMS THROUGH VARIOUS INTERNATIONAL OR NATIONAL FACTORS OTHER THAN LAWS AND CONSTITUTIONS

In a state of law, legal gaps are usually filled by constitutional amendments, enactment of new laws, or amendments to laws. It is very difficult for a country to fulfill the necessary conditions for a new constitution. It also takes a long time for laws to be passed by parliaments.

The subject of this study is to demonstrate with concrete examples how a legal gap can be filled not only by legislation but also by the decisions of international courts, equality bodies, and ombudsman institutions. Countries have analyzed rights and principles like the right to be forgotten and legal certainty in constitutional courts and ombudsman institutions and implemented them by administrative authorities before including them in the constitution and laws.

The aim of this study is to show that even institutions such as the ombudsman, which issue only advisory decisions, may change the practices of administrative authorities in a country. From an international perspective, EU Council directives, the EU Charter of Fundamental Rights, judgments of the Court of Justice of the EU, and the ECtHR directly or indirectly fill the gaps in domestic law.

The point that we would like to emphasize in this study is that the decisions of such institutions, especially on human rights or human rights-related issues, can influence, over time, even the decisions of that country's high courts.

The question of ensuring integrity can be divided into two parts: ensuring integrity in international law or ensuring integrity in national law. However,

Zehra Odyakmaz, *odyakmaz.zehra@gmail.com.*

in this article, we will not restrict the subject to ensuring only national or international integrity. Because, in our opinion, the binding judgments of the Court of Justice of the EU in terms of international law are implemented in the EU member states and these countries are already integrated. Countries that accept the ECtHR's jurisdiction also ensure integration in practice in accordance with this high court's decisions.

In conclusion, this study will show with examples that, before the laws are drafted and come into force, legal gaps, especially in administrative law, which is a case law, can be satisfactorily filled through the decisions of international high courts, equality bodies in countries, and non-binding advisory decisions of ombudsman institutions.

Key words: Legal gap; High courts; Equality bodies; Ombudsman; Integrity.

1. INTRODUCTION[**]

As societies develop, new legal regulations and rules are needed. In general, states fill the gaps with the constitution, laws and other legislation in the hierarchical order. In Türkiye, gaps are filled by constitutional amendments, laws and presidential decrees. In the national law of the countries, the high courts fill the legal regulations needed by the society with their judgements before the legislature enacts the law.

In Türkiye, the Constitutional Court, the Turkish Court of Cassation and the Turkish Council of State lay down certain principles in their decisions before the adoption of laws, so that some disputes are resolved by the decisions of the high courts before the laws regulating that area are drafted. However, today, in addition to national regulations, international conventions, EU council directives, decisions of international courts directly or indirectly affect and even fill the national laws of countries. As an example, Türkiye is a party to CEDAW (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women). It has undertaken to amend its national law in line with the provisions contained in the Convention and to fill the gaps with new legislation.

Even states that are not party to some conventions wish to implement the principles established by those conventions.

The **subject** of this study is to reveal how countries can be influenced both by the decisions of their own supreme courts and international factors

[**] Abbreviations: ama. above mentioned article; abw. above mentioned work; CEDAW. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women; CJEU. Court of Justice of the European Union; ECHR. European Convention on Human Rights; ECtHR. European Court of Human Rights;EU. European Union; ff. and the following pages; OG. Official Gazette.

before they make the national legal arrangements they need for some disputes today.

The **aim** of our study is to explain the universal benefit of the decisions of international courts, international conventions or some international documents with examples.

2. THE CONCEPT OF LEGAL GAP

2.1. Definition of Legal Gap

If a regulation that should be included in the law does not exist in the law, there is a gap in the law. In other words, if the law does not respond to a legal problem, there is a gap in the law[1]. The fact that a problem is not regulated in the law does not necessarily mean that there is a gap. From the interpretation of the law, it may be concluded that the legislator intends to solve the problem in a negative way. Therefore, if it can be determined that a negative result is desired from the silence of the law, there is no gap in the law[2]. The fact that the law does not regulate a matter may also result from the fact that it has preserved it as a free area outside legal regulation. In this case, we cannot speak of a gap in the law. A legislative gap may be deliberately intended by the legislator. In this case, there is an intra-legislative (intralegem) gap. If the legislator has deliberately defined the rule with the thickest lines and left the determination of its concrete content to the judge, there is an intra-legislative gap in the law[3]. Extra-legislative gaps (*practer legem, extra legem*) are gaps not foreseen by the legislator and fall outside the scope of the law[4]. Extra-legislative gaps are also divided into two as explicit gaps and implicit gaps. If there is no rule in the law that can be applied to the specific case, this situation is called "explicit gap". In the second case, there is a rule in the law that can be applied to the specific case. However, in line with the general purpose of

[1] S. Kaneti, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması (Filling the Gaps in the Constitution of the Republic of Turkey by the Constitutional Court)", *Journal of Constitutional Jurisdiction*, V. 8, 1991, 77 (DESCHENAUA, Schtvcizerisches Privatrecht, II, Basel und Stuttgart 1967, Einleilung §12, I; A. Meier – Hayoz, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einletitung, Artikel 1–10, Bern, 1966, Art. 1, cited in N. 251/254).

[2] S. Kaneti, 77. For detailed information on the general characteristics of the concept of gap, see. S. Aktaş, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı (The Concept of Gap in Positive Law)", *Journal of Erzincan University Faculty of Law*, V. XIV, No. 1–2, (2010), 5–6. For detailed information on gap analysis and various definitions, see S. Aktaş, 6–12.

[3] S. Kaneti, 78.

[4] *İbid*.

the law, if there is a need for a regulation limiting the general rule for a special case and separate from the general rule, there is an "implicit gap"[5].

Article 1 of the Turkish Civil Code regulates how to fill the gaps in the law[6]. According to this Code, the judge shall fill the gap according to the rule he would have made if he were the legislator. There is no provision in the Constitution of the Republic of Türkiye that directly regulates how to fill the gaps.[7]

2.2. Causes of Legal Gap

The reasons for the legal gap are generally; scientific and technological developments, negligence or carelessness of the legislator, subsequent legal regulations, and deliberate failure of the legislator to make regulations. In a legal system, those authorised to make legal rules aim to ensure that the rules they make cover all future events. Except for those they leave out consciously. However, the authorities can never fully achieve this goal. There are two important reasons for this: Firstly, life is a dynamic process, and secondly, human capacity is limited. [8]

3. FILLING LEGAL GAPS THROUGH NATIONAL REMEDIES

3.1. Constitution

3.1.1. Filling legal gaps through national remedies in general

3.1.1.1. Conditions for making a new constitution

The rulership or political power that establishes the state as a legal and political institution is called the constituent power. In terms of its source and powers, the constituent power is divided into two as the original constituent power and the secondary constituent power. The original constituent power refers to the making of the constitution and the secondary constituent power refers to the amendment of the constitution. The original constituency may arise in different situations. These include the establish-

[5] *İbid*. For detailed information on the types of gaps, see. S. Aktaş, 12–24.

[6] Article 1 of the Turkish Civil Code: "*The law shall apply to all matters to which it deals in letter and spirit.*

If there is no applicable provision in the law, the judge shall decide according to customary law, or if this is not the case, according to the rule he would have made if he were the legislator.

The judge shall make use of scientific opinions and judicial decisions when making a decision." On gap filling methods, see. S. Aktaş, 24–27. On the role of judges in filling the gaps and different opinions, see. *İbid*, 1–4.

[7] For examples, see. S. Kaneti, 79–83.

[8] S. Aktaş, 1.

ment of a new state, the re-emergence of a state that has been destroyed as a result of a war, or the abolition of the existing constitutional order by a revolution or coup d'état. [9]

3.1.1.2. Amending the constitutions

The power to amend the Constitution is vested in the secondary constituent power. When amending the existing constitutional rules or adding new ones, the secondary constituent power acts within the framework of the rules laid down by the constitution in force. It is a question of preference as to which body or authority will be authorised to amend the constitution. For example, in a system based on the concept of national sovereignty, the authority to amend the constitution should be granted to a parliament composed of representatives of the nation[10]. There are two main procedures for proposing amendments to constitutions: In some countries, the text of the constitutional amendment is decided by the legislature. For example, the constitutions of 1875, 1946 and 1958 in France, 1947 in Italy, 1949 in the Federal Republic of Germany, 1876, 1924, 1961 and 1982 in Türkiye. However, a qualified majority (two-thirds, three-fifths, etc.) is generally required to adopt the prepared text[11]. The second procedure is the assembling of a separate parliament to discuss and decide on the constitutional amendment proposal[12].

3.1.2. Filling Legal Gaps in Türkiye Through National Legal Remedies

3.1.2.1. Conditions for making a new constitution

The Constitution of 1876, our first constitution, was drafted by a commission whose members were appointed by the sultan, and the Constitutions of 1921 and 1924 were drafted by the Constitutional Commission of the Grand National Assembly of Türkiye, discussed and adopted by the General Assembly of the Parliament. The 1961 Constitution was drafted by the constituent assembly and the 1982 Constitution by the advisory assembly, and both constitutions were adopted by popular vote.[13]

---

[9] E. Teziç, *Anayasa Hukuku - Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş (Constitutional Law - General Principles, Revised and Expanded)*, İstanbul September 2012[14], 177-178; K. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı (General Principles of Constitutional Law Textbook)*, Bursa September 2010, 114–117.

[10] *İbid.*, 191.

[11] *İbid.*, 193.

[12] For examples, see. *İbid*, 193–194.

[13] *İbid.*, 184–189.

3.1.2.2. Amending the constitution

Our last constitution, the 1982 Constitution (1982 Const., art. 175), could be amended as follows:

"*Article 175 - Amendment of the Constitution may be proposed in writing by at least one third of the total number of members of the Grand National Assembly of Turkey. Proposals for the amendment of the Constitution shall be discussed twice in the General Assembly. The amendment proposal may be accepted by secret ballot of a three-fifths majority of the total number of members of the Assembly. The President of the Republic may send the laws on constitutional amendments back to the Grand National Assembly of Turkey for reconsideration. If the Parliament adopts the returned law with a two-thirds majority of the total number of its members, the President of the Republic may submit this law to a referendum. The law on the amendment of the Constitution adopted by a two-thirds majority of the total number of members of the Parliament, directly or upon the return of the President of the Republic, or its articles deemed necessary, may be submitted to a referendum by the President of the Republic.*"

According to the Turkish Grand National Assembly Rules of Procedure (Article 93), constitutional amendment proposals are subject to the same procedure as other law proposals. However, these proposals shall be discussed twice in the General Assembly. The second debate cannot begin until forty-eight hours after the end of the first debate.

3.2. Law-making and Amendment Procedure

3.2.1. Law-making and Amendment Procedure In General

A law is a legislative act. The procedure for making laws varies from country to country. The constitution of each country determines the procedure of law-making. However, the procedure of law-making generally includes various stages such as proposal, deliberation, adoption/ vote, ratification, promulgation or publication. Members of parliament and the executive branch (Council of Ministers) are usually authorised to propose laws. Proposed laws are first discussed in committees and then in plenary sessions. In parliaments, after the discussion of bills and proposals, a vote is taken. The voting procedures (open, secret, by sign, etc.) and the "quorum" are laid down in the constitution of each country or in the rules of procedure of the parliament.[14]

[14] K. Gözler, 351–356.

3.2.2. Law-making and Amendment Procedure in Türkiye

According to the Turkish Constitution, the Grand National Assembly of Turkey is authorised to make laws. Deputies are authorised to propose laws, and there may be one or more signatures. Proposals are signed and submitted to the parliamentary presidency together with their justifications. The parliamentary speaker sends the bills directly to the committees. The report of the committees is referred to the General Assembly by the speaker. In order for the bills to be discussed, a quorum must be met. Firstly, a debate is opened on the whole bill, followed by a question and answer session. At the last stage, the articles of the bill are discussed one by one and each article is voted on individually, and finally the whole bill is voted on.[15]

3.3. The Effect of Decisions of National Supreme Courts on their National Law

3.3.1. In General

In other countries, as in Türkiye, the high courts of those countries influence their national laws with their judgements. For example, the French Council of State, with its far-sighted judgements since its establishment, has led to the development of a very important subject of administrative law, namely the negligent liability of the administration and the strict liability of the administration.

3.3.2. In Türkiye

In Türkiye, the Constitutional Court, the Court of Cassation and the Council of State fill many legal gaps with their decisions before the law is enacted.

3.3.2.1. The Turkish Constitutional Court

The Turkish Constitutional Court resolves many disputes not yet regulated by law, by following international developments, international conventions - whether we are a party or not - and using them in its judgements[16]. Article 10 of the European Code of Good Administrative Behav-

[15] Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, *Anayasa Hukuku (Constitutional Law)*, Ankara June 2023[27], 94–97.

[16] Z. Odyakmaz, B. Keskin, O. Güzel, "Avrupa Birliğinin İnsan Hakları Politikası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıması (The Human Rights Policy of the European Union and its Reflection on the Decisions of the Constitutional Court)", *Journal of Mevlâna University Faculty of Law*, V.3, No.1, June 2015, 7–48.

iour (2001) is entitled "Legitimate expectations, consistency and advice"[17]. Accordingly, the competent authority shall be consistent both in its own administrative behaviour and in the administrative action taken by the institution. The competent authority shall follow the normal administrative practice of the institution. However, individual cases are excluded where there are legitimate reasons to act differently. This provision leads us to the necessity of explaining the "principle of legal certainty".[18]

The principle of legal certainty means the knowability of the law in force. The European Court of Human Rights uses the concept of "legal certainty"[19] in its judgements, while the Turkish Constitutional Court prefers the concept of "legal determinacy" and interprets this principle broadly. The Constitutional Court states that the principle of legal determinacy is among the essential elements of the rule of law, ensures a certain stability in legal situations and contributes to public confidence in the courts. The principle of legal determinacy ensures that the administration is consistent in its activities, actions and procedures. International organisations have also declared their commitment to this principle[20]. The "Declaration on the Rule of Law"[21] issued after the G8 Foreign Ministers' meeting on 30 May 2007, the Venice Commission's study at 106th General Assembly held on 11-12 March 2016, which examined the principle of legal certainty under

[17] Z. Odyakmaz, B. Keskin, "6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda Yapılması Gereken Bazı Değişiklikler (Some Amendments to the Law No. 6328 on the Ombudsman Institution)", *Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Essays In Honor of Zafer Gören*, Ankara 2017, 687–732.

On the preparation and examination of the European Code of Good Administrative Behaviour, see.. Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, O. Güzel, *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları (T.R. Ombudsman Institution and its Decisions in the Light of the Law on Ombudsman Institution)*, Ankara September 2023, 240–242.

[18] *İbid*, 248 etc.

[19] For the Oleksandr Volkov V. Ukraine case, see. A. Gülçür, "AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi (The Examination of the Principle of Legal Certainty (Determinacy) in the Light of the Decisions of ECtHR and Turkish Constitutional Court)", *Marmara University Law Faculty Journal of Legal Research*, June 2018, V. 24, No. 1, 159–162. For examples of judgements of the European Court of Human Rights on this subject, see A. Gülçür, 154–162.

[20] This principle is referred to as "legal determinacy" in American law. It is often referred to as "legal indeterminacy", which is the opposite of this concept. In the European legal system, it is referred to as "legal certainty". The principle of legal certainty is one of the elements of the rule of law and the state under rule of law. Although legal certainty is a principle, it is accepted that it imposes an obligation on states in terms of positive law as a legal norm. A. Gülçür, 150.

[21] Declaration of G8 Foreign Ministers of the Rule of Law, Potsdam, 30 May 2007, *http://www.g8.utoronto.ca/foreign/formin070530-law.htm*, last visited 08.04.2024; A. Gülçür, 151.

eight headings[22], can be given as examples. The Court of Justice of the European Union has emphasised in its judgments that a transaction may be retroactive if it is in the party's favour[23]. The Constitutional Court emphasises the difference between the "principle of legal certainty" and the "principle of legal security" in its decisions: "The principle of legal security, which aims to ensure the legal security of individuals, requires that legal norms should be predictable, that individuals should be able to trust the state in all their actions and transactions, and that the state should avoid methods that undermine this sense of trust in its legal regulations. The principle of certainty, on the other hand, states that legal regulations should be clear, precise, comprehensible and enforceable in such a way as to leave no room for any hesitation and doubt for both individuals and the administration, and should also include protective measures against arbitrary practices of public authorities. *(Turkish Constitutional Court, E. E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).*". The Turkish Constitutional Court has developed the "principle of legal certainty" and similar concepts in its judgements by giving definitions, making comparisons, and revealing the differences between them, and has filled an important legal gap[24]. Similar concepts include the principle of legal security, the principle of legal predictability, the principle of orderly administration, the principle of legal stability, the principle of administrative stability, the principle of consistency, the principle of trust in the administration, the principle of legitimate purpose, the principle of protection of vested rights, and the principle of protection of justified expectations. There are many judgements of the Constitutional Court that utilise these principles. Again, the Constitutional Court has important decisions on the proof of mobbing, which will be analysed in more detail under the title of Turkish Court of Cassation. According to a decision of the Constitutional Court, as a rule, applicants who claim that they have been subjected to psychological abuse must prove these allegations with sufficient and convincing explanations and evidence. However, stating that it is not easy to prove psychological abuse, the Court

[22] *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=31&year=all*, last visited 08.04.2024; A. Gülçür, 153–154.

[23] Case 98/78 Firma A. Racke and Hauptzollamt (Principal Customs Office) Mainz, *http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89874&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1142690*, last visited 08.04.2024; E. Halimovski, *Avrupa Birliği Hukukunda İyi Yönetim Hakkı (Right to Good Administration in European Union Law)*, İzmir 2016, T.R. Dokuz Eylül University Institute of Social Sciences Department of Public Law European Union Law Programme, [unpublished] Master's Thesis, 21.

[24] Z. Odyakmaz, "Principle of Legal Certainty in Decisions of Turkish Constitutional Court and The Ombudsman Institution of Turkey (Türk Anayasa Mahkemesinin ve Türk Ombudsmanlık Kurumunun Kararlarında Hukukî Belirlilik İlkesi)", *Zbornik radova Kopaonike skole prirodnog prava*, Beograd 2021, Tom III, 509–529.

stated that "*...the burden of proving that such treatment does not exist or is justified will shift to the public authorities that carried out the treatment*"[25] and also adds that if mobbing is applied to a person working in a workplace, not only the individual who is subjected to these harassing behaviours, but also the personnel who witness the events are negatively affected. Therefore, mobbing causes a decrease in the productivity of not only the person who is mobbed, but also the individuals working in that workplace and witnessing this systematic practice.

3.3.2.2. The Turkish Court of Cassation

We have found it appropriate to include the decision of the Turkish Court of Cassation on "mobbing" as an example of filling the legal gap. In Türkiye, a law on mobbing has not yet been enacted. There is only a Prime Ministry Circular dated 19 March 2011.

There is no universal definition of the concept of mobbing that everyone agrees on. However, all definitions are very close to each other. Each definition includes an element of psychological and emotional attack against the individual. This attack occurs as a result of continuous criticism, exclusion, slander, abuse, preventing the individual from communicating with others, finding fault with his/her actions unjustly, and similar acts and biased behaviour.

In a decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 12/02/2013[26] it is stated that; "*In order for the behaviour to be considered mobbing, it must be systematic, continuous and intentional. In addition, the purpose of the behaviour must be determined correctly, because the purpose of mobbing is to get rid of or harm the victim with whom he/she has a business relationship and to intimidate him/her. It is done intentionally in order to exclude the person from work life. For example, the fact that the manager is authoritarian alone does not mean that mobbing is applied. It is necessary to evaluate whether personality rights are violated according to the characteristics of each concrete case. In addition, the burden of proof that the employee has been subjected to such behaviour falls on the claimant. In other words, the employee must prove that he/she has been subjected to mobbing. The incidents constituting mobbing described by the employee must be consistent and there must be a strong indication. Severe attacks on personal rights and health lead to the unquestionable acceptance of the existence of mobbing*.".

[25] Turkish Constitutional Court's decision dated 10.03.2016 and application no. 2013/6235.

[26] Decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 12/02/2013 and numbered E:2010/38293, K:2013/5360.

In the decision of the 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation dated 27/12/2013[27] it is stated that "…*For the existence of mobbing, it is not necessary to severely violate personal rights, injustice against personal rights is sufficient, in addition, in mobbing allegations, it is sufficient for the plaintiff employee to put forward facts that may arouse suspicion that mobbing was applied to him at the workplace, and the burden of proof that mobbing did not occur at the workplace falls on the defendant*".

In its another decision, 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation stated that "*.... In claims based on mobbing, one hundred per cent proof is not required ..... proof necessary enough to form a conscientious opinion is sufficient, in case of doubt in the authenticity and strength of the evidence put forward by the parties, the principle of interpretation in favour of the employee should be applied, a definite and absolute proof will not be sought in a matter such as mobbing, which is relatively more difficult to prove compared to other types of lawsuits, and it has been decided and concluded that it would be more in accordance with equity and justice to show ease of proof in favour of the employee in this matter*."[28]

3.3.2.3. The Turkish Council of State

Continuing with the example of mobbing, the Turkish Council of State has also contributed to this issue with its decisions. In a decision of 2nd Chamber of the Council of State, the most obvious examples of psychological abuse are; preventing the employee from showing himself/herself, interrupting, loudly scolding, humiliating, constantly criticising, acting as if he/she does not exist in the work environment, interrupting communication, not taking his/her ideas into consideration, unfounded rumours, unpleasant insinuations, not giving qualified work, giving meaningless work and constantly changing places, giving heavy work and all kinds of ill-treatment and threats.[29]

3.3.2.4. The Human Rights and Equality Institution of Turkey

Law No. 6332 of 2012 established the Human Rights Institution of Turkey, but this institution was abolished by Law No. 6701 of 2016 and replaced by the Human Rights and Equality Institution of Turkey

[27] Decision of the 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation dated 27.12.2013 and numbered E. 2013/693, K. 2013/30811.

[28] Decision of the 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation dated 21.02.2014 and numbered E.2014/2157, K.2014/3434.

[29] Decision of the 2nd Chamber of the Council of State dated 25.10.2017 and numbered E.2015/6046, K.2015/6537.

(TİHEK)[30]. Article 1 of the TIHEK Law explaining the purpose of the Institution reads as follows: "*The purpose of this Law is to establish the Human Rights and Equality Institution of Turkey in order to protect and promote human rights on the basis of human dignity, to guarantee the right of individuals to be treated equally, to prevent discrimination in the enjoyment of legally recognised rights and freedoms, to operate in line with these principles, to effectively combat torture and ill-treatment and to fulfil the duty of national prevention mechanism in this regard, and to regulate the principles regarding its organisation, duties and powers.*". With the Law on TIHEK, some forms of discrimination have been defined at the legal level for the first time in Türkiye. The Turkish Court of Cassation has utilised the definition of sexual harassment in some of its decisions[31]. It is particularly important that the concepts of mobbing, harassment, multiple discrimination, segregation, instruction to discriminate, discrimination based on presumed grounds and victimisation are recognised at the legal level.

3.3.2.5. The Ombudsman Institution

In Türkiye, the Public Inspection (Ombudsman) Institution was established in 2012 by Law No. 6328 "*To examine, investigate and make recommendations on all kinds of actions and transactions, attitudes and behaviours of the administration in terms of compliance with law and equity, within the understanding of justice based on human rights*" (Omb. K. art.1).[32]

Almost all of the "Principles for the Development of Ombudsman Institutions"[33] adopted by the European Commission for Democracy through

[30] For detailed information on Human Rights and Equality Institution of Turkey, see. Z. Odyakmaz, B. Keskin, Y. Deniz, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I (An Assessment on The Law No.6701 On Human Rights and Equality Institution of Turkey-I)", *Journal of the Court of Dispute*, In Honor of Serdar Özgüldür (Editor: Dr. Ufuk Yeşil), Published Semi-annually as a National Refereed Journal, Ankara June 2016, No.7, 721-761; Z. Odyakmaz, Zehra, B. Keskin, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Bazı Maddeleri (8-26. Maddeler) Üzerine Bir Değerlendirme-II (An Evaluation on Some Articles (Articles 8-26) of the Law No. 6701 on Human Rights and Equality Institution of Turkey-II)", *Essays In Honor of Zafer Gören*, Ankara 2017, 733–798.

[31] Decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 30.05.2018 and numbered E. 2015/2875 K. 2018/1142; Decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 30.05.2018 and numbered E. 2015/3171 K. 2018/1143.

[32] Türk Ombudsmanlık Kurumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Z. Odyakmaz, Zehra, Ü. Kaymak, O. Güzel: "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında…", 1–1246.

[33] At the 1345th Session of the Committee of Delegates in Strasbourg on 2 May 2019, the Committee of Ministers endorsed these principles.

Law, shortly known as the Venice Commission, at its 118th Plenary Session held in Venice on 15-16 March 2019, and the principles adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in its Recommendation CM/Rec(2019)6 dated 16 October 2019 on the same subject are present in the Turkish Ombudsman Law of 2012.

With the Ombudsman Law, the institution was assigned the task of examining and making recommendations on complaint applications according to their content, taking into account the national legislation and the Paris Principles, in particular the Universal Declaration of Human Rights, and other international conventions to which it is a party, in the perspective of "justice based on human rights" and at the same time observing the principles of "good governance".

According to the Turkish Constitution, "*Judicial remedy is open against all actions and proceedings of the administration*". However, there are some exceptions where the judicial remedy is closed. When the complainant applies to the Ombudsman Institution for some of the decisions that we will give examples of shortly, the Institution accepts this application, conducts an examination, finds the applicant right and gives a "recommendation decision" to the administration, more precisely to the complainant who is carrying out the public service, this decision of the Institution has a "deterrent" quality, it has the quality of a warning.

The judicial remedy is closed against some of the administrative acts of the Council of Judges and Prosecutors such as appointment, promotion and disciplinary punishment of judges. The Ombudsman Institution's advisory decision to the Council of Judges and Prosecutors has a deterrent effect and is considered to prevent the administrative authority subject to the complaint from taking such an administrative action again, especially for the future.

The Ombudsman Institution has another very important task. Türkiye has a very strong administrative judicial system. However, the administrative courts are restricted to only "compliance with the law" on the disputes they have to resolve. The Ombudsman Institution carries out the "compliance with the need" review, i.e. the review of whether the administrative acts or actions of the administration, even if they are in compliance with the law, are in fact in compliance with the need.

In the meantime, we should also mention the special report prepared by the Ombudsman's Office on violations of rights in child custody and poverty alimony. Until the first months of 2016, it was stated that in cases of separation and divorce, custody had to be given to one of the spouses and that it was not possible to leave custody to both spouses since there was no legal regulation on this issue. However, the ratification of "Protocol

No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11", which Türkiye signed on 14 March 1985, was approved by Law No. 6684 published in the Official Gazette dated 25 March 2016. Thus, with this international agreement that entered into force, joint custody of children in divorces has become applicable in our country. Article 5 of the aforementioned Protocol stipulates that "*In the event of dissolution of marriage, spouses shall equally enjoy their civil rights and responsibilities in their relations with their children*". Accordingly, it is considered that both spouses may have the right to joint custody in the event of the dissolution of marriage. With the ratification of Article 5 of the Additional Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights, the implementation of joint custody in the Turkish legal system has become possible.

In the 2019 "Special Report on Violations of Rights in Child Delivery and Poverty Alimony"[34] prepared by the Ombudsman Institution after the workshop on "Prevention of Violations of Rights in Child Delivery", which was among the activities of 2018, the steps that can be taken in addition to the recommendations previously made by the Ombudsman Institution in order to harmonise the current practice in our country with national and international legislation and to prevent violations of rights are included.

An amending law[35] regulates the situation with regard to places of delivery as follows:

"*Article 41/D - (1) The procedures regarding the delivery of the child and the fulfilment of the judgement or cautionary decisions on establishing a personal relationship with the child are carried out at the delivery places determined by the directorate.*

Article 52 - The phrase "The provisions stipulated in Article 25/b of the Execution and Bankruptcy Law shall be applied" in the first paragraph of Article 21 of the Law No. 5717 has been amended as "In accordance with the provisions of Part Four of the Law No. 5395, experts such as psychologists, pedagogues, social workers, child development specialists and counsellors, and if these are not sufficient, a teacher shall be present".

Let us continue with our first example of mobbing: In terms of the decisions of the Institution regarding mobbing; in our opinion, the conclusions of the Institution by taking into account the international legislation,

[34] For the Special Report on Violations of Rights in Child Delivery and Poverty Alimony, see. *https://www.kdkcocuk.gov.tr/kdk-pdf/icra-iflas.pdf*, last visited 10.03.2024.

[35] For the Law No.7343 dated 24.11.2021 on the Amendment of the Execution and Bankruptcy Law and Certain Laws, see. *OG No. 31675 dated 30 November 2021*.

the decisions of the Constitutional Court, the Court of Cassation and the Council of State and the factors identified are mostly appropriate.

In order to draw attention to the issue of illegal asylum seekers, which is a major problem in Türkiye as in many countries today, the Turkish Ombudsman Institution prepared the "Special Report on Pushback of Human Rights" on pushbacks in the Aegean Sea[36]. The Institution organised a workshop on 25 February 2024 on the inhumane push backs at the Türkiye-Greece border and stated that they will prepare the report and will send it to embassies, Ombudsman Institutions, the Council of Europe and the United Nations in order to bring the issue of push backs to the international agenda with a report. Again, the Ombudsman Institution organises symposiums for children and women's rights and tries to fill the gap.

4. FILLING LEGAL GAPS IN NATIONAL LAW BY INTERNATIONAL MEANS/LEGISLATION

4.1. Article 90 of 1982 Turkish Constitution

In the 37-year period starting from 1987, when individual application to the European Commission of Human Rights became available, the 1982 Constitution has been amended several times. These amendments were largely influenced by the Copenhagen Criteria, the articles of the European Convention on Human Rights and the judgements of the European Court of Human Rights, and these were clearly stated in the justifications of the amendments.

The most important of these amendments is the addition made in 2004 to the last paragraph of Article 90 of the Constitution. Accordingly "*International agreements duly put into effect have the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. (Sentence added on May 7, 2004; Act No. 5170) In the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail*."[37]. The general justifica-

[36] *https://english.ombudsman.gov.tr/kdk-pdf/geri-itme-ozel-raporu-ingilizce/geri-itme-ozel-raporu-ing-v04tbmmson.pdf*, last visited 08.08.2024.

[37] Law No. 5170 dated 7.5.2004.

For the history of Article 90 of the present Constitution, see. R. Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri (Place of International Conventions in Turkish Law)", *Journal of Union of Turkish Bar Associations*, No. 70, 2007, 189–193.

For detailed information, see. Ş. Gerek, A.R. Aydin, "Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim (The Future of Laws and Consti-

tion for this amendment is as follows: "*.... The need to make arrangements in our laws in order to harmonise with the new democratic openings developing in the world and to bring fundamental rights and freedoms up to the level of universally accepted standards and norms and the European Union criteria in line with the opening has led to the necessity of making amendments in our fundamental law, the Constitution*". The rationale for this very important, very advanced and civilised provision can be explained concretely as follows: In practice, international treaties on human rights duly put into force may conflict with the provisions of the law. In this case, a conflict may arise. Which one will be prioritised? This provision has been added in order to eliminate any hesitation on this issue[38]. In the event of a conflict between an international treaty provision "on fundamental rights and freedoms" and a Turkish law, the meaning of "giving precedence" to the international treaty provision has been widely interpreted in the doctrine. However, since this issue is beyond the scope of this study, it will not be emphasised[39].

4.2. International Conventions Filling the Gaps in National Law

International agreements have an important place in Turkish law. Türkiye has become a party to many international agreements, or even if it has not, it has tried to make some changes suggested by the agreement.[40]

4.2.1. The European Convention on Human Rights

4.2.1.1. The European Convention on Human Rights in Constitutional Court Decisions

The Republic of Türkiye became a party to the European Convention on Human Rights in 1954 and accepted the right of individual application to the European Court of Human Rights in 1987 and compulsory jurisdiction in 1990. In 2004, a constitutional amendment was passed to give international conventions on fundamental rights and freedoms to which Türkiye is a party, in particular the European Convention on Human Rights, supremacy over the law[41]. The last link of the amendments referring to

tutional Review in the Face of the Amendment to Article 90 of the Constitution)", *Journal of Union Turkish Bar Associations*, No. 55, 2004, 226–238.

[38] Ş. Gerek, A.R. Aydin, 226–238.

[39] R. Aybay, 199–205.

[40] For detailed information on the place of international conventions in Turkish law, see R. Aybay, 187–213.

[41] Ş. Gerek, A.R. Aydin, "Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Yeri (The Place of the European Convention on Human Rights in Turkish Constitutional Jurisdiction), *Amme İdaresi Dergisi*, V. 37, No. 3, September 2004, 83–100.

"universal criteria" in relation to fundamental rights was the opening of the individual application procedure to the Turkish Constitutional Court by the Constitutional amendment of 2010.[42]

4.2.1.2. The European Convention on Human Rights in Court of Cassation Decisions

The Court of Cassation, in one of its judgements rendered after 2004[43], clearly expressed the place of international agreements in Turkish national law. In this decision, the Court of Cassation recognised the agreements as equal to the law and applied the rule that the subsequent law abrogates the previous one.[44]

---

[42] With the introduction of the individual application, constitutional judicial review was initiated as of 23 September 2012 against violations of rights caused by individuals and institutions using public power. Accordingly, as of 23 September 2012, anyone can apply to the Constitutional Court with the claim that any of their fundamental rights and freedoms guaranteed by the Constitution and the European Convention on Human Rights has been violated by the public power.

E.1963/198, K.1965/1 (Prohibition of forced labour, Article 3):

"*....has accepted the principles of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* ....".

E. 1967/10, K.1967/49 (Right to property, Article 1 of Protocol No.1):

"*.... Our Constitution has also made a regulation in line with the Universal Declaration of Human Rights with Articles 36 and 21, and while Article 36 establishes the principle of the right to property in accordance with the principles of the Civil Code, Article 21 regulates the freedom of science and art as a fundamental right*....".

[43] Decision of the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 22.01.2007 and numbered E. 2005/13676, K.2007/521.

M.S. Çekin, "Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi (Impacts of International Rules on Civil Law and Legal Methodologies*), İÜHFM*, V. LXXIV, No. 2, 2016, 648–651.

[44] Decision of the 8th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 12.10.1998 and numbered E. 1998/10667, K. 1998/12819 (Prohibition of torture, art.3)

"*....it is inevitable to accept that the acts to which the victims were subjected were in the nature of torture*".

Decision of the 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 28.09.2005 and numbered E. 2005/4064, K.2005/6662 (Freedom and security of person, art.5)

"*...the decision to dismiss the plaintiff's case under Article 19 of the Constitution and Article 5 of the ECHR was found unlawful*."

Decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 02.07.2003 and numbered E.2003/438, K.2003/463 (Right to a fair trial, art.6)

"*....According to paragraph 1 of Article 6 of the ECHR.....this convention has the force of law according to the provision of Article 90 of our Constitution*."

Decision of the 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation dated 27.10.2004 and numbered E.2004/11405, K.2004/12644 (Right to a fair trial, Article 6)

"*It is a requirement of the right to a fair trial under Article 6 of the ECHR that persons should have a reasonable opportunity to show the necessary evidence, and the failure to*

4.2.1.3. The European Convention on Human Rights in Council of State Decisions

While the early decisions of the Council of State included the provisions of the European Convention on Human Rights together with the Universal Declaration of Human Rights, it is observed that the case chambers have directly referred to the rights protected under the Convention in their decisions in recent years.

In its advisory opinion decision of 1991[45], the Council of State had expressed the supremacy of treaties and emphasised the binding nature of treaties in another decision of the same date[46].

4.2.2. Impact of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) on National Laws

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), adopted by the United Nations General Assembly in 1979, is one of the most widely cited texts in international law when it comes to the human rights of women and girls. The CEDAW Committee monitors whether the states parties to the Convention fulfil their obligations arising from the Convention. The CEDAW Committee examines the reports submitted by the states parties every four years, interprets the articles of the Convention in line with its experience and decides on individual applications. The CEDAW Committee issues general recommendations in the context of its interpretative competence. The CEDAW Committee's recommendations interpreting the articles of the Convention are not legally binding on States Parties. However, when the individual application decisions are examined, it is seen that the recommendations are referred to.[47]

CEDAW States Parties undertake to amend their legislation. Türkiye also endeavours to amend its legislation as committed and submits an offi-

---

give this opportunity to one of the parties results in a violation of Article 6 of the Convention. It was not deemed correct to establish a judgement without giving the defendant the opportunity to show the evidence".

[45] Decision of the 1st Chamber of the Council of State dated 14.06.1991 and numbered E.1991/92, K.1991/100.

[46] Decision of the 5th Chamber of the Council of State dated 22.05.1991 and numbered E.1986/1723, K.1991/933.

[47] F.İ. Çağlar Gürgey, Ö. Yücel Dericiler, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Özen Yükümlülüğünün Dönüşümünün Bir Örneği Olarak CEDAW Komitesinin 35 Sayılı Tavsiye Kararı (Recommendation No. 35 of the CEDAW Committee as an Example of the Transformation of the Duty of Care in International Human Rights Law)", *Journal of Ankara Bar Association*, 2019/1, 243, 245.

cial report including the amendments to the CEDAW Commission every 4-5 years.[48]

4.3. Council Directives of The European Union

Directives are EU legal acts setting binding objectives to be achieved by the EU Member States to which they are addressed. Member States are bound by the terms of the directive as to the result to be achieved and the deadline by which transposition must take place. The legal basis for the entry into force of directives is Article 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union (formerly Article 249 of the Treaty on the European Community).

Transposition is the process of incorporating EU directives into the national laws of EU Member States. Unlike regulations and decisions, directives are not directly applicable in all Member States, but require national laws to incorporate their rules into national legislation. Directives are binding only on the Member States to which they are addressed, which may be a single Member State or a group of Member States. In general, however, with the exception of directives relating to the Common Agricultural Policy, directives are addressed to all Member States. EU policy can also apply to non-EU countries, depending on the arrangements they have with the EU. For example, Norway, Iceland and Liechtenstein are members of the European Economic Area (EEA), but not the EU. These EEA countries contribute to the EU budget and are subject to EU jurisprudence applied through the European Free Trade Association (EFTA) Surveillance Authority. Some other countries, such as Switzerland and Türkiye, also have bilateral agreements that commit them to implementing certain EU laws. None of these countries are directly represented in the EU institutions. Non-EU countries can also sign agreements with the EU to participate in specific programmes. These agreements may require compliance with relevant EU policies. For example, Associate Countries of Horizon 2020 must comply with certain EU regulations governing research with animals. The research must also comply with the relevant national legislation in the country where it is being conducted. Following the EU Summit of Heads of State and Government held in Helsinki on 10-11 December 1999 (Helsinki Summit), Türkiye, which was unanimously granted candidate mem-

[48] Z. Odyakmaz, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu (The Status of Turkish Women in terms of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)", *İşveren*, April- May 2005, No. 7–8, V. 43, 34–37.

ber status by the EU, has made efforts to adapt its national law to the Union law[49].

There are various examples of directives transposed into national law by the member states of the European Union[50]:

[49] Some of the arrangements Türkiye has made by transposing EU directives into national law are as follows:

- Directive 98/79/EC of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998 on medical devices for in vitro diagnosis - Regulation on Medical Diagnostic Devices Used Outside the Body / O.G. No. 26398 dated 9 January 2007.
- Directive 94/62/EC of the European Parliament and of the Council of 20 December 1994 on packaging and packaging waste - By-law on the Control of Packaging and Packaging Waste / 24.06.2004 (The By-law was renewed by taking into account the needs of the sector and took its current form in practice in 2021).
- Directive 2014/53 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to the placing on the market of radio equipment - Regulation on Market Surveillance and Inspection of Radio and Telecommunications Terminal Equipment / O.G. No. 31295 dated 05 December 2020.

[50] **Directive 2000/43/EC** of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin has been transposed by Finland as "Act of Åland amending Section 2 of the Provincial Act on collective service agreements (69/2005)", and by Sweden as "Act (2008: 568) on the Equality Ombudsman".

Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation has been transposed by Denmark as Act amending the Act on Prohibition of Discrimination in the Labour Market, etc.

Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services has been transposed by Austria as "Act of 1 February 2006 on equal treatment in the field of the Land, municipalities and associations of municipalities".

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, has been transposed by Belgium as "Order to promote diversity and combat discrimination in the Brussels regional civil service", Ministry Of The Region Of Bruxelles-Capitale – 4 September 2008 and by Czech Republic as "Act No 361/2005 amending Act No 143/2001, on the protection of competition and amending certain laws (the Competition Protection Act), as amended, and certain other laws".

Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC has been transposed by France as Decree No 2014-1340 of 6 November 2014 on the extension of voluntary insurance for accidents at work and occupational diseases to co-operating spouses, and by Greece as Definition of procedure and supporting documents for the granting of maternity allowance to the immediate insured by ETAA, in accordance with the Article 6 of Law 4097/2 012 (GG I 235).

Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC, has been transposed by France as Article 71 Law No 2012-1404 of 17 December 2012 on the financing of social security for 2013.

4.4. Equality Bodies

Equality bodies are the defenders of the EU's core values of equality and right to non-discrimination[51]. Accordingly, all Member States are obliged under Directives 2000/43/EC[52], 2004/113/EC[53], 2006/54/EC[54] and 2010/41/EU[55] to establish one or more equality bodies to independently and effectively combat discrimination. According to the United Nations (UN) Paris Principles, equality bodies have a binding international obliga-

Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Common Procedures For Granting And Withdrawing International Protection (recast) has been transposed by Italy in 2023 as Decreto interministeriale di aggiornamento periodico della lista di paesi di origine considerati sicuri per richiedenti protezione internazionale, istituita con il decreto interministeriale del 4 ottobre 2019, İtalya (Interministerial Decree regularly updating the list of countries of origin considered safe for applicants for international protection, established by the Interministerial Decree of 4 October 2019.

Directive 2014/40/EU (of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products and repealing Directive 2001/37/EC Text with EEA relevance) has been transposed by Malta in 2023 as TOBACCO (SMOKING CONTROL) ACT (CAP. 315) Manufacture, Presentation and Sale of Tobacco and Related Products (Amendment) Regulations.

Directive 2016/680/EU of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on The Protection of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data By Competent Authorities For The Purposes Of The Prevention, Investigation, Detection or Prosecution of Criminal Offences or The Execution Of Criminal Penalties, And On The Free Movement Of Such Data, And Repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, has been transposed by France as LOI n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, LAW no. 2018-493 of 20 June 2018 on the protection of personal data.

Directive 2019/790/EU of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Copyright And Related Rights in The Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (Text with EEA relevance.) has been transposed by Ireland in 2021 as S.I. No. 567/2021 - European Union (Copyright and Related Rights in the Digital Single Market) Regulations.

[51] Z. Odyakmaz, "Equality Bodies", *Pravni Zivot Casopis Za Pravnu Teoriju i Praksu*, Tematski Broj, Pravo I Univerzalne Vrednosti, Broj 12/2005, Tome IV, Godina LIV/Knjiga 496 str.1-1224, Beograd, Udruzenje Pravnika Srbije, 793-803; Z. Odyakmaz, "Eşitlik Kurumları ve Türkiye'de Durum (Equality Institutions and the Situation in Turkey)", *Journal of Selcuk University Faculty of Law*, V. 16, No. 1, Y. 2008, 93–116.

[52] Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

[53] Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services.

[54] Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

[55] Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC.

tion to protect and promote human rights, including establishing local or regional bodies. However, the current provisions on Equality Bodies leave Member States with a wide margin of appreciation regarding their mandate, independence and resources. All 27 EU Member States have at least one Equality Body. In addition, there are also Equality Bodies in non-EU Member States that have agreed to harmonise their legislation with EU equality laws. The aims and duties of these bodies can be summarised as; conducting research on equality and discrimination issues, hearing complaints, assisting victims, proposing solutions to collective disputes, and bringing cases before the courts when necessary. In addition, it is also among their duties to take the necessary initiatives to eliminate the legislative deficiencies they have identified as a result of their research or to assist the law-maker in introducing new provisions. In the Directives, non-governmental organisations working on equal opportunities and discrimination are generally invited to cooperate. National human rights institutions are now recognised as one of the main mechanisms for the protection and promotion of human rights at the national level. Although they vary from country to country, these institutions are generally structures that can be categorised as equality institutions or ombudsman offices. In Türkiye, Human Rights and Equality Institution of Turkey fulfils this role.

4.5. International Courts

4.5.1. Impact of the European Court of Human Rights on National Law

The member states of the Council of Europe are obliged to adapt their national laws to the needs of the day in the light of the principles of democratic society and the rule of law, taking as a guide the European Convention on Human Rights and the well-established jurisprudence and approach of the European Court of Human Rights (Art. 1 ECHR). Türkiye was also influenced by some ECtHR judgements and subsequently made legal amendments[56] (ECtHR, Mesutoğlu v. Turkey[57]): In the case, the relatives

[56] Akkuş v. Turkey (Expropriation law)

Application no: 19263/92 Date of application: 1992 Date of decision: 9 July 1997

Violation: Payment in accordance with the expropriation law and late payment (violation of Article 1 Protocol No. 1, right to property)

Date of legislative amendment: Expropriation law was amended by Law No. 4650 dated 24 April 2001.

[57] For the ECtHR's judgement dated 14.10.2008 and concerning application no. 36533/04, see. *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88962*, last visited 22.03.2024.

For Mesutoğlu case, see. Z. Odyakmaz, K. Azak, "The Effect Of The Decision Of The European Court Of Human Rights In The Case Of Mesutoğlu v. Turkey On The Time Limit To File A Lawsuit Within The Framework Of The Right To Access To The Court",

of the plaintiffs lost their lives in a traffic accident, and when the expert report in the criminal case found the defendant Municipality at fault, a lawsuit for compensation was filed against the Municipality in the civil court of first instance. The Civil Court of First Instance ruled that the case file would be transferred to the competent administrative court if the applicants filed a lawsuit within 10 days of the finalisation of the decision. The case file was sent to M…. Administrative Court after the applicants made the necessary application within the allocated time. The Administrative Court requested the applicants to complete their petitions in accordance with the provisions of the Administrative Procedure Act (İYUK) within thirty days of the notification of the decision. The applicants submitted new petitions duly completed. The Administrative Court dismissed the applicants' case on the grounds of procedural error and remanded the case to the Civil Court of First Instance. The ECtHR, after reminding that the right of access to court is not absolute but subject to certain limitations in terms of the circumstances of the case, that the right of access to court requires a regulation by the state by its very nature and that the contracting states have a certain margin of appreciation in this regard, emphasised that these limitations should not prevent the person from accessing the court to the extent that the essence of the right disappears. The ECtHR further concluded that, while the right to bring proceedings has inherent statutory conditions, the courts should avoid, when applying the procedures, on the one hand, excessive formalism to the extent that the fairness of the proceedings is prejudiced and, on the other hand, excessive laxity to the extent that the procedural requirements laid down by law disappear. Having thus laid down the relevant principles, the ECtHR concluded that the main purpose of Article 9 of the Administrative Jurisdiction Procedure Law in the present case was to facilitate access to the courts, whereas the Turkish administrative courts, which applied this Article very strictly, acted in an overly formalistic manner and deprived the applicants of their right of access to the courts and their right to a fair trial under Article 6(1) of the ECHR. Although the ECtHR recognises that it has no duty to interpret national legislation, it reviews the interpretations of national courts for compliance with the European Convention on Human Rights. The Mesutoğlu judgement of the ECtHR sets out an important principle in terms of the interpretation of procedural rules regarding the application to the court. Accordingly, when interpreting procedural rules, judicial authorities should avoid both excessive formalism, which would violate the right of access to a court, and excessive flexibility, which would render proce-

Proceedings Of The 35th Meeting Of Kopaonik School Of Natural Law-Slobodan Perovic, Court Proceedings-Justice And Fairness, International Scientific Conference, Kopaonik 13-17 December 2022, Tom III, Beograd 2022, 571–588.

dural rules meaningless. This criterion of the ECtHR on the interpretation of procedural rules has had a significant impact on the Turkish administrative judiciary. The Council of State has referred to the Mesutoğlu judgement in many of its decisions. The Council of State has referred to the Mesutoğlu judgement in many of its procedural decisions, such as the time limit for filing a lawsuit, the rejection of the petition, the places where the lawsuit can be filed, the attorney fee to be awarded against the plaintiff, and the decision on the non-jurisdictional jurisdiction to which the file will be sent. In this respect, this judgement of the ECtHR has affected the Turkish administrative judiciary in various ways. Although the Mesutoğlu judgement is not directly related to the time limit for filing a lawsuit, this issue is also among the issues influenced by the ECtHR. Although important jurisprudence has been developed on this issue, especially the first instance courts sometimes make an overly formalistic interpretation. For this reason, the Mesutoğlu judgement is still important in the interpretation of the rules on the time limit for filing a lawsuit.

While assessing the impact of the Mesutoğlu judgement on the "time limit for filing a lawsuit" in the Turkish administrative jurisdiction, the decisions of the Council of State referring to this judgement have been taken into consideration. As can be seen in the decisions of the Council of State, as a result of the Mesutoğlu judgement, the Turkish administrative judiciary tends to interpret procedural rules within the framework of the "right of access to court". [58]

The main task in ensuring the rights guaranteed by the ECHR to individuals falls primarily to the state parties. To the extent that the states fail, the Convention mechanism is activated and the loss of rights of the individual is tried to be prevented. Another important point is that it is obligatory for states to comply not only with the Court judgements concerning the cases to which they are a party but also with the Court judgements concerning all states and to make arrangements in their national laws in accordance with these judgements.

Examples of how ECtHR judgements are implemented in the member states of the Council of Europe are as follows:[59]

[58] S. Cengiz, Prepared for the international conference entitled "The Court of Human Rights in the New Europe: Success or Disappointment?" organised in Ankara on 8-9 March 2008 by Ankara University Faculty of Political Sciences Human Rights Centre, Ankara Bar Association, Diyarbakır Bar Association, European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights and Contemporary Lawyers Association, *Journal of the Union of Turkish Bar Associations*, No. 29, 2008.

[59] Ş. Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri (The Effects of the Judgements of the European Court of Human Rights on Turkish

In its judgment of 25.02.1997, the ECtHR found that a Finnish civil court judgement was contrary to Article 8 of the Convention on the right to privacy. Following a request by the Minister of Justice for a judicial review, the Supreme Court annulled the decision. In its judgment of 31 May 1995, the Finnish Supreme Court held that the failure to give a party to a case the opportunity to examine the evidence was grounds for annulling the judgment. The Court based its decision on the principle of a fair trial provided for in Article 6 of the Convention, despite the absence of an ECtHR judgement on the facts of the case.

In Slovakia, during the examination of Maria Samakova's application before the European Commission of Human Rights, the parties settled the dispute amicably. In this context, the Slovak government declared that it would consider the Commission's findings as grounds for renewal of the proceedings and opened the administrative remedy.

Let us briefly summarise the Sakık and Others judgment of 26 November 1997 concerning Türkiye:

In the concrete case, the complainant and his friends were detained by the police and held in custody for 12 days before their trial. The ECtHR, pointing out that Article 5(3) of the Convention aims to prevent arbitrary interference by the state with the liberty of the individual, stated that such a long period of detention without supervision is contrary to the Convention. Following this judgment of 18 December 1996, Law No. 4229 of 5 March 1997 amended the Code of Criminal Procedure, reorganised the duration of detention and allowed the detainee to meet his relatives and his lawyer.

Court judgements also have a guiding effect for states that are not party to the convention. However, states are bound by the court's judgements only in the matters of the convention they have ratified. According to Article 46, States parties to the Convention commit to abide by the judgements of the Court. The form of commitment varies according to the national law of each country. Some states have regulated their national law in accordance with the Convention, while others have only regarded the provisions of the Convention as an international text that can affect them. Only Article 46(2) states that finalised judgments of the ECtHR shall be sent to the Committee of Ministers, which shall control their execution. The State Party is obliged to inform the Committee of Ministers of the execution of the judgement of the ECtHR. However, States Parties shall take the necessary measures to ensure the free and unconstrained execution of the judgement of the ECtHR in their territory. Since the ECHR and the Rules of Procedure of the ECtHR do not stipulate how the judgments of the EC-

National Law)", *https://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unal.pdf*, last visited 24.03.2024.

tHR shall be executed in national law, it is accepted that the execution shall be in accordance with national law. The state against which a violation has been found, must take action to fulfil its obligation of restitution in accordance with the ECtHR judgement.[60]

Türkiye, in 1987,recognised the right of individual application to the European Court of Human Rights. After the individual application right was recognised, not only harmonisation between the articles of the Convention and the articles of the Constitution was tried to be ensured, but also the court decisions started to influence the changes in national law. In Turkish national law, various ways can be considered for the fulfilment of ECtHR judgements. These are; amending the provision of the law that violates the Convention, abandoning an established case-law, annulling the decision of the national courts or renewing the trial, eliminating the violations by instructing and supervising the officials under the command of the state in case of violations arising from the implementation, and opening an investigation against the officials who have committed offences in order to prevent the recurrence of violations.[61]

It is observed that the national courts of some Member States, while applying the provisions of national law, have taken into account the ECtHR's incompatibility with the ECHR and have changed their case-law in their subsequent judgements.[62]

For example, in Austria, following the ECtHR's finding that the national court's decision on the offence of defamation under Article 114 of the Criminal Code was not necessary in a democratic society in relation to the offence of insulting political figures, the Austrian Supreme Court changed its case-law in line with the ECtHR judgement. Similar changes in case law are also observed in Spain and France.

The Spanish Supreme Court has recognised the judgments of the ECtHR above national law. In this way, without the need for a new regulation, judicial decisions in national law in line with ECtHR judgements are rendered and practices that are not contrary to the Convention are realised. However, in the event that an application is made to the ECtHR against an administrative act without resorting to national judicial remedies, if the ECtHR decision is in favour of accepting the application, it is assumed that

[60] B. Akdoğan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukuka Etkisi (Decisions of the European Court of Human Rights and Their Effect On National Law)", *Genç Hukuk Okumaları: Birikimler 4*, İstanbul 2013, 107–108.

[61] *İbid.*, 109.

[62] İ. Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri (The Place of the European Convention on Human Rights in the Turkish Judicial System)", s. 178-216, *Journal of Union of Turkish Bar Associations*, No. 54, 2004, *http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-66*, last visited 24.02.2024.

the administration is obliged not to repeat similar actions and act accordingly.

Today, in the countries that are parties to the ECHR a new ground, for retrial that is not available under national law, has been accepted. This is because the signing of the Convention imposed an obligation on the Contracting Parties to comply with it and, although there is no explicit provision in the Convention, in the event that a judgement rendered by a national court is found to be contrary to the Convention or the protocols by a judgement of the ECtHR, this determination decision must be accepted as a new ground for retrial in national law. Some countries have recognised this determination as a violation of substantive law, while others have recognised it as a violation of procedural law.

4.5.2. Impact of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on National Laws

The Court of Justice of the European Union, which has a very important role in ensuring European integration, makes a significant contribution to the development of European Union law with its decisions. Many amendments to the founding treaties of the European Union have been made by taking into account the judgements of the CJEU.[63]

One of the most important, or rather one of the most impressive decisions of the CJEU is the "Google decision" on 13 May 2014 on the "right to be forgotten".[64]

The right to be forgotten became a permanent agenda item in early 2012 with the statement made by Viviane Reding, European Commissioner for Justice, Fundamental Rights and Citizenship.[65]

---

[63] A. Akgül, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: Unutulma Hakkı ve Adalet Divanının Google Kararı (A New Right in the Protection of Personal Data: The Right to be Forgotten and the Google Decision of the Court of Justice)", *Journal of Union of Turkish Bar Associations*, 2016(116), 30.

[64] Z. Odyakmaz, K. B. Çakıralp, "A Human Rights Approach To University Students' Exercise Of The "Right To Be Forgotten", Zbornik radova 36. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović, *Proceedings of the 36th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perovic*, International Legal Relations and Justice, International Scientific Conference, Kopaonik 13–17 December 2023, Beograd 2023, Tom III, 549-570; Z. Odyakmaz, K. B. Çakıralp, "Yükseköğretim Kurumları Öğrencilerinin, Disiplin Cezaları Bakımından "Unutulma Hakkı"nı Kullanmalarının İnsan Hakları Açısından Gerekliliği ve Yöntemleri (A Human Rights Approach To University Students' Exercise Of The "Right To Be Forgotten)", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2023, No. 22, (Research article), 1–23.

[65] V. Reding, 'The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age' (2012), *https://ec.europa.eu/-commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26*, last visited 14.02.2024.

Although there were some national efforts[66] to recognise the right in this process, the decisive event is the proposal of the European Union (EU) Commission to revise the Directive 95/46/EC on the Protection of Personal Data. The right to be forgotten is regulated in Article 17 of the third part of the proposal submitted to the European Parliament and the Council of Europe under the title of "Correction and Erasure".

While the draft text in question had not yet entered into force, the right to be forgotten was given a legal basis for the first time with the Google v. Costeja Gonzalez decision dated 13 May 2014 by the Court of Justice of the EU (CJEU). Upon the request of a person who faced foreclosure proceedings due to his inability to pay his social security debts, the local court ordered the deletion of news articles from 1998 from the Google search engine, and upon Google's objection, the superior court hearing the dispute requested an opinion from the CJEU. The CJEU has stated that the right to privacy overrules the economic interests of search engines and the public's right to information, with the exception of cases where there is an overriding interest for the public to obtain retrospective information. If the data subject to the request is "invalid, incomplete, completely irrelevant or subsequently rendered irrelevant", search engines are obliged to remove the links containing the data from the search results upon request, in their capacity as "data controllers"[67]. However, this right is not absolute and the exercise of this right must be balanced in light of the freedoms of expression and the press and the specific circumstances of each concrete case[68]. This balancing shall be based on the nature of the information subject to the request, its meaning for the data subject and the public interest in accessing the information[69].

After the CJEU's decision, the right in question was regulated under the title of "Right To Be Forgotten and To Erasure" in Article 17 of the General Data Protection Regulation (GDPR) dated 14.06.2016 and numbered 2016/679. Thus, for the first time, a legal basis for the right to be forgotten has been established at the norm level. Accordingly, in the cases stipulated in the Article, the data subject has the right to request the erasure

[66] İ. Laçin, "Unutulma Hakkı (Right to be Forgotten)" (2015) I, In Honor of Assoc. Prof. Melike Batur Yamaner, *Galatasaray University Journal of Faculty of Law 391*, 396-397.

[67] Google Spain SL and Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González [2014] ECJ Case C‑131/12, 41.

[68] Z. Odyakmaz, K. B. Çakıralp, "A Human Rights Approach To University Students' Exercise Of The "Right To Be Forgotten …..", 74, 76, 81.

[69] Z. Odyakmaz, K. B. Çakıralp, "A Human Rights Approach To University Students' Exercise Of The "Right To Be Forgotten…..", 81, 97, 99; H. Elmalıca, "Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten as a Fundamental Human Right Emerging from the Information Age)", (2016) 65 (4), *Ankara University Journal of Faculty of Law 1603*, 1616.

of personal data concerning him/her without undue delay. When this right is evaluated together with Article 13 of the General Data Protection Regulation, it is seen that the scope of the right to be forgotten includes not only the request for the erasure of data, but also the request not to be processed again. After this decision of the CJEU, Google started to accept applications from EU citizens wishing to exercise their right to be forgotten[70]. The CJEU's Google judgement has affected Personal Data Protection Laws in many countries.

4.6. Recommendation 77(31) of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 28 September 1977 on the Protection of the Individual Against Administrative Acts

On 28 September 1977, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a recommendation entitled "Protection of the Individual Against Administrative Proceedings" to protect individuals against administrations (administrative authorities), and in this decision, it identified five principles and recommended that member states comply with these principles and adapt their legislation accordingly.

The main principles of administrative procedure in this recommendation are the right of the individual to be heard and to participate in administrative decisions, the right to access to sources of information[71], legal assistance and representation, the justification of administrative acts and the indication of remedies against the acts[72]. Some countries have enacted a single law containing these five principles, while others have regulated each principle in a separate law.

There is Law on Right to Information in the Turkish legal system.

---

[70] A. Akgül, 32.

[71] Z. Odyakmaz, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu İşliyor mu? (Does the Right to Information Law Work?)", Turkish Law Society, Seventy-first Foundation Year Contribution, 9 April 2005, Ankara 2005, *Turkish Law Society Publications*, Armağan Kitap: 1.

[72] For detailed information on "Principles of Administrative Procedure", see. Z. Odyakmaz, "İdarî Usûlden Beklediklerimiz (Our Expectations from Administrative Procedure)", 2-5, *T.R. Prime Ministry Administrative Procedure Law Preparation International Symposium Proceedings*, 17-18 January 1998 Ankara, Ankara 1998; Z. Odyakmaz, "Demokratik Yönetim İçin İdarî Usûl Yasası (Administrative Procedure Law for Democratic Administration)", 203–208, *Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002*, 3, ABA Publications; Z. Odyakmaz, "Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar (Transparency In The Process Of Democratisation And The Rights Granted To The Individual In Terms Of The Administrative Procedure Law Being Prepared)", In Honor of Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, *Gazi University Journal of Law Faculty*, V. I, No. 2, December 1997, 1–21.

Reasoned decisions are not regulated as a general law, but are included in some laws individually.

As for the legal remedies to which persons may apply, with the amendment to the 1982 Constitution in 2001, took place in second paragraph of article 40 titled "Protection of fundamental rights and freedoms". Accordingly "*The State is obliged to indicate in its proceedings, the legal remedies and authorities the persons concerned should apply and time limits of the applications*.".

The enactment of these five principles in national laws and the application of the principles of administrative procedure in the process of administrative proceedings will reduce the number of unlawful administrative proceedings and the burden on administrative courts will be lightened.

4.7. Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000)

The "right to good administration" was not included among the existing rights of individuals in the European Convention on Human Rights, but was explicitly regulated for the first time in Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union[73] entitled "Right to good administration".[74]

Until the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000), the Treaties establishing the European Community did not include provisions on fundamental rights. However, the case law developed by the Court of Justice of the European Communities from 1960 onwards provided for a fundamental rights control based on the provisions

[73] The draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, drawn up by the Convention responsible for preparing the Charter of Fundamental Rights of the European Union, was discussed at the Biarritz Summit on 13 and 14 October 2000, debated by the members of the European Council and signed by the European Parliament, the European Council and the European Commission at the Nice Summit on 7 and 8 December 2000. The Charter was published in the Official Journal of the European Communities, Series C, No. 364, on 18 December 2000.

[74] The most important difference between the Charter and the ECHR is that the right to good administration is recognised as a fundamental right. Z. Odyakmaz, B. Keskin, O. Güzel, "Avrupa Birliği'nin İnsan Hakları Politikası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıması (The European Union's Human Rights Policy and its Reflection on the Decisions of the Constitutional Court)", *Journal of Mevlâna University Faculty of Law*, V. 3, No. 1, 35; İ. Zeyrek, "Birey – İdare İlişkisi Bağlamında İyi İdare Hakkı ve Türk Pozitif Hukukundaki Görünümü (Right to Good Administration in Terms of Individual – Administration Relationship and Its Appearance in Turkish Positive Law)", *Journal of Union of Turkish Bar Associations*, 2021(155), 297–302.

of the European Convention on Human Rights and the common constitutional traditions in the Member States[75].

Although the "right to good administration" is not explicitly mentioned in international legislation, the "principles concerning the scope of the right to good administration" were laid down in the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe long before they were regulated in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.[76]

The Charter of Fundamental Rights of the European Union is binding pursuant to Article 6(2)[77] of the Treaty on European Union as amended by the Lisbon Treaty (2009).

Accordingly, European Union law and national law falling within the field of Union law must be interpreted in the light of the Charter.[78]

The Charter of Fundamental Rights of the European Union consists of a preamble, 7 chapters and 54 provisions and, unlike the European Convention on Human Rights, it includes citizens' rights. The first six chapters

[75] Y. Metin, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (The Charter of Fundamental Rights of The European Union)", *Journal of Ankara University Faculty of Political Sciences*, V. 57, No. 4, 2002, 37; N.Ö. Öztürk, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili (Analysing the Right to Asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union)", *Journal of Inonu University Faculty of Law*, V. 3, No. 2, Y. 2012, 190–191.

[76] Resolution R(77)31 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Protection of Individuals against Administrative Actions, Recommendation R(80)2 of the Committee of Ministers on Administrative Discretion, Recommendation R(81)19 of the Committee of Ministers on the Right of Access to Information Held by the Administration, Recommendation R(84)15 of the Committee of Ministers on the Responsibility of the Administration; Recommendation R(87)16 of the Committee of Ministers on Procedure, Recommendation R(91)10 of the Committee of Ministers on the Disclosure to Third Parties of Personal Data Held by the Administration, Recommendation R(2000)6 of the Committee of Ministers on the Status of Public Officials in Europe, Recommendation R(2000)10 of the Committee of Ministers on Codes of Conduct for Public Officials.

O. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler (Understanding the Administration with Law: Legality and Administrative Actions)*, Ankara 2015[3], 687–688.

[77] "*The Union recognizes the rights, freedoms and principles enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted in Strasbourg on 12 December 2007, which has the same legal value as the Treaties*", *http://www.ab.gov.-tr/files/pub/antlasmalar.pdf*, last visited 13.06.2024.

[78] F. Arsava, "Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna Katılması, Hukukî Dayanaklar, Hukukî Sorunlar ve Hukukî Sonuçlar (European Charter of Fundamental Rights, Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Freedoms, Legal Bases, Legal Problems and Legal Consequences)", *Journal of the Justice Academy of Turkey*, Y. 4, No. 14, July 2013, 88.

relate to concrete provisions on fundamental rights and freedoms and the seventh chapter relates to general provisions[79]. The "right to good administration" is included in the section on citizens' rights[80]. In this respect, the "right to good administration" can be considered as a type of third generation rights. However, it can also be considered as a second generation right due to the obligation of the administration to comply with certain rules in its operations and the positive obligations imposed on the state[81].

The Charter relates to the European Convention on Human Rights in three separate references: In its preamble, it states that it confirms the rights deriving from the Convention. In the third paragraph of Article 52, it states that the meaning and scope of the rights contained in the Charter shall be the same as that set out in the Covenant. Article 53 on the level of protection[82] provides that nothing in the Charter shall be interpreted in such a way as to limit or impair human rights and fundamental freedoms recognised in the European Convention on Human Rights[83].

[79] These provisions are human dignity (Art. 1-5), freedoms (Art. 6-19), equality (Art. 20-26), solidarity (Art. 27-38), EU citizenship rights (Art. 39-46), judicial rights (Art. 47-50) and general provisions (Art. 51- 54). Z. Odyakmaz, B. Keskin, O. Güzel, "Avrupa Birliği'nin İnsan Hakları Politikası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıması", 22, fn. 43; N. Ö. Öztürk, 191; H. Taşdemir, H. Demir: "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of European Union)", *Ankara Journal of European Studies*, V. 2, No. 3, 95.

[80] A. Aygün, *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Çerçevesinde Bireylerin Hukukî Statüsü (The Legal Status of Individuals within the Framework of the Charter of Fundamental Rights of the European Union)*, Ankara University Institute of Social Sciences Unpublished Master's Thesis, 2007, 83–84; Z. Odyakmaz, O. Güzel, "İyi İdare Hakkı (Right to Good Administration)", *Akdeniz University Journal of Faculty of Law*, V. VII, No. II, Y. December 2017, Ankara January 2018, 13–37.

[81] Article 53 of the Charter establishes a minimum standard that does not exclude higher standards. H. Taşdemir, F. A. Güngör, " Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesi'nin Topluluk Hukukunun Üstünlüğüne Etkisi (The Effect of Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on the Supremacy of Community Law)", *Gazi University Journal of Law Faculty*, V. XII, Y. 2008, No. 1-2, 1083.

For detailed information on second and third generation rights, see. B. Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması (Protection of Economic, Social and Cultural Rights)*, Doctoral thesis, Ankara 2007, 49–54.

[82] Y. Metin, "European Union Charter of Fundamental Rights", 57; Z. Odyakmaz, B. Keskin, O. Güzel, "European Union's Human Rights Policy and its reflection on the Constitutional Court Decisions", 20–22; A. Döner, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi (The International Protection of Human Rights and the European System)*, Ankara January 2003, 127–129.

[83] Recommendation R(2002)2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Right of Access to Official Documents, Recommendation R(2003)19 of the Committee of Ministers on the Application of Court Judgements and Administrative Acts in Administrative Law, Recommendation R(2004)20 of the Committee of Ministers on Judicial Review of Administrative Acts.

Article 41 of the Charter regulates the right of everyone to be heard, the right of access to his/her file and the obligation of the administration to give reasons for its decisions.

The "right of access to documents" in Article 42 of the Charter[84] concerns access to the documents of the European Parliament, the Council and the Commission. The most important difference between the Charter and the European Convention on Human Rights is that the right to good administration is recognised as a fundamental right and included in the Charter.

The Turkish Ombudsman Institution also refers to the Charter of Fundamental Rights of the European Union in its decisions: "....*The right to good administration is also mentioned in Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which constitutes the source of the principles in the said Regulation, and similar principles are also included in the "European Code of Good Administrative Behaviour" adopted by the European Parliament*".[85]

4.8. European Code of Good Administrative Behaviour (2001)

The Ombudsman of the European Union drafted the details of the right to good governance, also known as the "right of citizenship", the European Parliament worked on the draft and it was adopted as law on 6 September 2001.[86]

In the introduction to the Law, it is stated that it is not easy to integrate a "service culture" in a diverse work environment such as the European Union institutions, and that the challenge for all organisations is to make it clear to all employees, regardless of their seniority, class and background, that a "service culture" is not just about obeying the law.

For detailed information, see. E. Halimovski, *Avrupa Birliği Hukukunda İyi Yönetim Hakkı (The Right to Good Administration in European Union Law)*, İzmir 2016, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Institute of Social Sciences Department of Public Law European Union Law Programme, [unpublished] Master's thesis, 4-15; J. Ponce, "Good Administration and Administrative Procedures", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 12, No. 2, 2005, 555-557. For the relationship between "mismanagement and illegality" see. Opinion of Advocate General Slynn in Case 64/82, Tradax v Commission [1984] ECR 1385–6.

[84] Article 42 of the Charter entitled "Right of Access to Documents": "*Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, has a right of access to documents of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union, whatever their medium*."

[85] The recommendation decision of the Ombudsman Institution dated 28/04/2017 with application number 2017/2171 and application date 17.3.2017 (S: 86171061-101.07.04-E.4153).

[86] For detailed information, see. Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, O. Güzel, *In the Light of the Law on the Ombudsman Institution*..., 240–242.

It is also emphasised that each individual official should reflect to a certain extent on how he or she should actively apply the principles of good governance on a daily basis, rather than simply preventing maladministration.

The European Code of Good Administrative Behaviour consists of 27 articles, explaining to citizens what the right to good administration in Article 41 of the Charter means in practice and what they can concretely expect from the European administration, encouraging efforts to "improve the quality of administration" and the highest standards of administration across Europe and more broadly.[87]

Article 10 of this Law regulating "justified expectations" has caused this principle to be examined and accepted over time, in addition to the protection of vested rights in many countries.

4.9. European Code of Good Administration (2007)

The Committee of Ministers of the Council of Europe at its meeting of Ministerial Representatives 999 bis of 20 June 2007, recommended a model "Code of Good Administration" to promote the right to good administration.[88]

On good governance, the Committee of Ministers recommended the Law on Good Governance to Member States in its decision CM/REC/2007/7 of 20 June 2007.

The Law on Good Administration, submitted by the Committee of Ministers of the Council of Europe as a supplement to Recommendation CM/Rec(2007)7, consists of 23 articles. Chapter 1 sets out the "Principles of Good Administration", namely legality, equality, impartiality, proportionality, legal certainty, operating within a reasonable time, participation, respect for privacy and openness.

Chapter Two of the Law on Good Administration explains the "Rules Regulating Administrative Actions". The right of private persons to be heard in individual acts, the right to participate in non-regulatory acts, and the right to participate in the cost of the act are regulated. In addition, the form of administrative acts, their announcement, the moment they take

[87] P. N. Diamandouros, For his speech on the principles of good administration as European Ombudsman, see: *https://www.ombudsman.europa.eu/en/speech/en/5436*, last visited 04.04.2024.

[88] Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, O. Güzel, *In the Light of the Law on the Ombudsman Institution*..., 242–243.

effect, their implementation, applications, modification of individual administrative acts, and compensation are also regulated in this chapter.[89]

4.10. Public Service Principles That Should Guide EU Civil Servants

Following a public consultation in June 2012, the European Union Ombudsman adopted a set of public service principles to complement the European Code of Good Administrative Behaviour. According to the European Union Ombudsman, the European Code of Good Administrative Behaviour inspired the drafting of these principles, and the principles of public service will be of value to all those who endeavour to create and maintain a culture of administrative service, both within the European Union and elsewhere in the world.[90]

In our opinion, these principles, which have been prepared quite comprehensively, will become more and more valuable in states that are recognised as the rule of law and that believe in and implement or try to implement the principle of the rule of law.

These principles to guide European Union officials are commitment to the European Union and its citizens, integrity, objectivity, respect for others and transparency.[91] [92]

5. CONCLUSION

National supreme courts and courts of first instance of states refer to various international conventions in their binding judgements and ombudsman institutions in their non-binding recommendations.

These jurisdictions also endeavour to comply, for example, with the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

International high courts also influence the national laws of various countries with their judgements. Today, with the decisions of the common courts of civilised states, the legal systems should converge.[93]

---

[89] On the Recommendation No. CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on Good Administration (Translation: Onur Karahanoğulları), see. *http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm*, last visited 13.04.2024.

[90] P. N. Diamandouros, above mentioned speech.

[91] Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, O. Güzel, *In the Light of the Law on the Ombudsman Institution...*, 244–246.

[92] For the right to good administration and its concrete appearance in Turkish law, see. İ. Zeyrek, 302–319.

[93] Z. Odyakmaz, "International Integration of Law and Its Reflection to National Law*", Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu*, Tematski Broj, Pravo I Medunarodne

As a result, the possibility of a single legislator enacting laws on its own and completely independently of other legal orders and the possibility of the implementation of the laws enacted is becoming less and less likely today. The most prominent example of this in Türkiye is the references to ECtHR judgements in the decisions of the Constitutional Court and the Court of Cassation. Therefore, the legal methodology based on a single and independent legislator is not capable of responding to today's needs.[94]

It should be the aim of all civilised states to follow the developments in various legal systems, to benefit from international knowledge on important issues, and to ensure that it is used in judicial decisions as much as possible.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. AKDOĞAN, Burhan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukuka Etkisi (Decisions of the European Court of Human Rights and the Impact on Domestic Law)", Genç Hukuk Okumaları: Birikimler 4, Istanbul 2013, 464 pages.
2. AKGÜL, Aydın: "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: Unutulma Hakkı ve Adalet Divanının Google Kararı (A New Right in the Protection of Personal Data: The Right to be Forgotten and the Google Decision of the Court of Justice)", Journal of Union of Turkish Bar Associations, 2016(116), http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1440, last visited 04.04.2024.
3. AKTAŞ, Sururi: " Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı (The Concept of Gap in Positive Law)", Journal of Erzincan University Faculty of Law, V. XIV, No. 1-2, (2010).
4. ALGAN, Bülent: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması (Protection of Economic, Social and Cultural Rights), Doctoral Thesis, Ankara 2007.
5. ARSAVA, Füsun: "Avrupa Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna Katılması, Hukukî Dayanaklar, Hukukî Sorunlar ve Hukukî Sonuçlar (European Charter of Fundamental Rights, Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Freedoms, Legal Bases, Legal Problems and Legal Consequences)", Journal of the Justice Academy of Turkey, Y. 4, No. 14, July 2013.

Integracije, 21 godine kopaonicke skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbıje, Broj 14, Beograd 2008, Tom VI, 231-258; Z. Odyakmaz, "Hukukun Uluslararası Bütünleşmesi ve İç Hukuka Yansıması International Integration of Law and Its Reflection to National Law)", *Journal of Selcuk University Faculty of Law*, V. 16, No. 2, Y. 2008, 11–44.

[94] M. S. Çekin, 646.

6. AYBAY, Rona: "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri (Place of International Conventions in Turkish Law)", 187-213, Journal of Union of Turkish Bar Associations, No. 70, 2007.
7. AYGÜN, Aybike: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Çerçevesinde Bireylerin Hukukî Statüsü (The Legal Status of Individuals within the Framework of the Charter of Fundamental Rights of the European Union), Ankara University Institute of Social Sciences Unpublished Master's Thesis, 2007.
8. CENGİZ, Serkan: Prepared for the international conference entitled "The Court of Human Rights in the New Europe: Success or Disappointment?" organised in Ankara on 8-9 March 2008 by Ankara University Faculty of Political Sciences Human Rights Centre, Ankara Bar Association, Diyarbakır Bar Association, European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights and Contemporary Lawyers Association, Journal of the Union of Turkish Bar Associations, No. 29, 2008.
9. ÇAĞLAR GÜRGEY, Fatma İrem – YÜCEL DERİCİLER Özge: "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Özen Yükümlülüğünün Dönüşümünün Bir Örneği Olarak CEDAW Komitesinin 35 Sayılı Tavsiye Kararı (Recommendation No. 35 of the CEDAW Committee as an Example of the Transformation of the Duty of Care in International Human Rights Law)", Journal of Ankara Bar Association,, 2019/1, 243, 245.
10. ÇEKİN, Mesut Serdar: "Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi (Impacts of International Rules on Civil Law and Legal Methodologies), 645-673, İÜHFM, V. LXXIV, No. 2, 2016.
11. DESCHENAUA: Schtvcizerisches Privatrecht, II, Basel und Stuttgart 1967, Einleilung.
12. DIAMANDOUROS, P.Nikiforos: For his speech on the principles of good administration as European Ombudsman, see. *https://www.ombudsman.europa.eu/en/speech/en/5436*, last visited 04.04.2024.
13. DÖNER, Ayhan: İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi (The International Protection of Human Rights and the European System), Ankara January 2003, 127-129.
14. ELMALICA, Hasan: "Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı (The Right to be Forgotten as a Fundamental Human Right Emerging from the Information Age)", (2016) 65 (4), Ankara University Journal of Faculty of Law 1603, 1616.
15. GEREK, Şahnaz – Ali Rıza AYDIN: "Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim (The Future of Laws and Constitutional Review in the Face of the Amendment to Article 90 of the Constitution)", Journal of the Union of Turkish Bar Associations, No. 55, 2004.
16. GEREK, Şahnaz – Ali Rıza AYDIN: Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Yeri (The Place of the European Conven-

tion on Human Rights in Turkish Constitutional Jurisdiction)", Journal of Public Administration, V. 37, No. 3, September 2004, 83-100.

17. GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı (General Principles of Constitutional Law Textbook), Bursa September 2010, 114-117.
18. GÜLÇÜR, Abdülkadir: "AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi (The Examination of the Principle of Legal Certainty (Determinacy) in the Light of the Decisions of ECtHR and Turkish Constitutional Court)", Marmara University Law Faculty Journal of Legal Research, 149-175, June 2018, V. 24, No. 1.
19. HALIMOVSKI, Ekrem: Avrupa Birliği Hukukunda İyi Yönetim Hakkı (Right to Good Administration in European Union Law), İzmir 2016, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Institute of Social Sciences Department of Public Law European Union Law Programme, [unpublished] Master's thesis, 4-15, viii+150 pages.
20. KANETİ, Selim: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması (Filling the Gaps in the Constitution of the Republic of Turkey by the Constitutional Court)", 77-93, Journal of Constitutional Jurisdiction, V. 8, 1991.
21. KARAHANOĞULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler (Understanding the Administration with Law: Legality and Administrative Actions), Ankara 2015[3], 687-688.
22. LAÇİN, İrem: "Unutulma Hakkı (Right to be Forgotten)" (2015) I, In Honor of Assoc. Prof. Melike Batur Yamaner, Galatasaray University Journal of Faculty of Law 391, 396-397.
23. MEIER - HAYOZ: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einletitung, Artikel 1-10, Bern, 1966, Art. 1, cited in N. 251/254).
24. METİN, Yüksel: "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (The Charter of Fundamental Rights of The European Union)", Journal of Ankara University Faculty of Political Sciences, V. 57, No. 4, 2002.
25. ODYAKMAZ, Zehra – Ümit KAYMAK: Anayasa Hukuku (Constitutional Law), Ankara June 2023[27], xix+260 pages, Themis, Seçkin/Hukuk No: 2442.
26. ODYAKMAZ, Zehra- Bayram KESKİN: "6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda Yapılması Gereken Bazı Değişiklikler (Some Amendments to the Law No. 6328 on the Ombudsman Institution)", 687-732, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Essays In Honor of Zafer Gören, Ankara 2017, 822 pages, Yetkin Yayınları.
27. ODYAKMAZ, Zehra – Bayram KESKİN – Yusuf DENİZ: "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I (An Assessment on The Law No.6701 On Human Rights and Equality Institution of Turkey-I)", Journal of the Court of Dispute, In Honor of Serdar Özgüldür (Editor: Dr. Ufuk Yeşil), Published Semi-

annually as a National Refereed Journal, Ankara June 2016, No.7, 721-761.

28. ODYAKMAZ, Zehra – Bayram KESKİN – Oğuzhan GÜZEL: "Avrupa Birliğinin İnsan Hakları Politikası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıması (The Human Rights Policy of the European Union and its Reflection on the Decisions of the Constitutional Court)", Journal of Mevlâna University Faculty of Law, V.3, No.1, June 2015, 7-48.
29. ODYAKMAZ, Zehra – Kerim AZAK: "The Effect Of The Decision Of The European Court Of Human Rights In The Case Of Mesutoğlu v. Turkey On The Time Limit To File A Lawsuit Within The Framework Of The Right To Access To The Court", Proceedings Of The 35th Meeting Of Kopaonik School Of Natural Law-Slobodan Perovic, Court Proceedings-Justice And Fairness, International Scientific Conference, Kopaonik 13-17 December 2022, Tom III, Beograd 2022, 571-588.
30. ODYAKMAZ, Zehra - Ümit KAYMAK - Oğuzhan GÜZEL: Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları (T.R. Ombudsman Institution and its Decisions in the Light of the Law on Ombudsman Institution), Ankara September 2023, LXIV+1246 pages, Yetkin Yayıncılık.
31. ODYAKMAZ, Zehra – Bayram KESKİN: "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Bazı Maddeleri (8-26. Maddeler) Üzerine Bir Değerlendirme-II (An Evaluation on Some Articles (Articles 8-26) of the Law No. 6701 on Human Rights and Equality Institution of Turkey-II)", Essays In Honor of Zafer Gören, Ankara 2017, 733-798.
32. ODYAKMAZ, Zehra – Kadircan Berkay ÇAKIRALP: "Yükseköğretim Kurumları Öğrencilerinin, Disiplin Cezaları Bakımından "Unutulma Hakkı"nı Kullanmalarının İnsan Hakları Açısından Gerekliliği ve Yöntemleri (A Human Rights Approach To University Students' Exercise Of The "Right To Be Forgotten)", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2023, No. 22, (Research article), 1-23.
33. ODYAKMAZ, Zehra – Kadircan Berkay ÇAKIRALP: "A Human Rights Approach To University Students' Exercise Of The "Right To Be Forgotten", Zbornik radova 36. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović, Proceedings of the 36th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perovic, International Legal Relations and Justice, International Scientific Conference, Kopaonik 13-17 December 2023, Beograd 2023, Tom III, 549-570.
34. ODYAKMAZ, Zehra – Oğuzhan GÜZEL: "İyi İdare Hakkı (Right to Good Administration)", Akdeniz University Journal of Faculty of Law, V. VII, No. II, Y. December 2017, Ankara January 2018, 13-37.
35. ODYAKMAZ, Zehra: "Demokratik Yönetim İçin İdarî Usûl Yasası (Administrative Procedure Law for Democratic Administration)", pp.203-208, Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002, 3, ABA Publications.

36. ODYAKMAZ, Zehra: "Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar (Transparency In The Process Of Democratisation And The Rights Granted To The Individual In Terms Of The Administrative Procedure Law Being Prepared)", In Honor of Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, Gazi University Journal of Law Faculty, V. I, No. 2, December 1997,1-21.
37. ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Usûlden Beklediklerimiz (Our Expectations from Administrative Procedure)", 2-5, T.R. Prime Ministry Administrative Procedure Law Preparation International Symposium Proceedings, 17-18 January 1998 Ankara, Ankara 1998.
38. ODYAKMAZ, Zehra: "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu İşliyor mu? (Does the Right to Information Law Work?)", Turkish Law Society, Seventy-first Foundation Year Contribution, 9 April 2005, Ankara 2005, Turkish Law Society Publications, Armağan Kitap: 1.
39. ODYAKMAZ, Zehra: "Equality Bodies", Pravni Zivot Casopis Za Pravnu Teoriju i Praksu, Tematski Broj, Pravo I Univerzalne Vrednosti, Broj 12/2005, Tome IV, Godina LIV/Knjiga 496 str.1-1224, Beograd, Udruzenje Pravnika Srbije, 793-803.
40. ODYAKMAZ, Zehra: "Eşitlik Kurumları ve Türkiye'de Durum (Equality Institutions and the Situation in Turkey)", Journal of Selcuk University Faculty of Law, V. 16, No. 1, Y. 2008, 93-116.
41. ODYAKMAZ, Zehra: "Hukukun Uluslararası Bütünleşmesi ve İç Hukuka Yansıması International Integration of Law and Its Reflection to National Law)", Journal of Selcuk University Faculty of Law, V. 16, No. 2, Y. 2008, 11-44.
42. ODYAKMAZ, Zehra: "International Integration of Law and Its Reflection to National Law", Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Medunarodne Integracije, 21 godine kopaonicke skole prirodnog prava, udruzenje pravnika srbıje, Broj 14, Beograd 2008, Tom VI, 231-258.
43. ODYAKMAZ, Zehra: "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu (The Status of Turkish Women in terms of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)", İşveren, April-May 2005, No. 7-8, V. 43, 34-37.
44. ODYAKMAZ, Zehra: "Principle of Legal Certainty in Decisions of Turkish Constitutional Court and The Ombudsman Institution of Turkey", Zbornik radova Kopaonike skole prirodnog prava, Beograd 2021, Tom III, 509-529.
45. ÖZTÜRK, Neva Övünç: "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili (Analysing the Right to Asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union)", Journal of Inonu University Faculty of Law, V. 3, No. 2, Y. 2012, 190-191.
46. PONCE, Julio: "Good Administration and Administrative Procedures", Indiana Journal of Global Legal Studies, V. 12, No. 2, 2005, 555-557.

47. REDING, Viviane: 'The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age' (2012), *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26* , last visited 04.04.2024.
48. ŞAHBAZ, İbrahim: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri (The Place of the European Convention on Human Rights in the Turkish Judicial System)", pp. 178-216, Journal of Union of Turkish Bar Associations, No. 54, 2004, *http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-66*, last visited 24.02.2024.
49. TAŞDEMİR, Hakan - Fatma Akkan GÜNGÖR: "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesi'nin Topluluk Hukukunun Üstünlüğüne Etkisi (The Effect of Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on the Supremacy of Community Law)", Gazi University Journal of Law Faculty, V. XII, Y. 2008, No. 1-2, 1083.
50. TAŞDEMİR, Hakan-Hasan DEMİR: "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of European Union)", Ankara Journal of European Studies, V. 2, No. 3, 95.
51. TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku - Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş (Constitutional Law - General Principles, Revised and Expanded), İstanbul September 2012[14], 177-178.
52. ÜNAL, Şeref: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri (The Effects of the Judgements of the European Court of Human Rights on Turkish National Law)", *https://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unal.pdf*, last visited 24.03.2024.
53. ZEYREK, İlker: "Birey – İdare İlişkisi Bağlamında İyi İdare Hakkı ve Türk Pozitif Hukukundaki Görünümü (Right to Good Administration in Terms of Individual – Administration Relationship and Its Appearance in Turkish Positive Law)", 295-329, Journal of Union of Turkish Bar Associations, 2021(155).
54. Special Report on Violations of Rights in Child Delivery and Poverty Alimony, Ankara December 2019, 112 pages, KDK Ombudsman Publications, No.34, *https://www.kdkcocuk.gov.tr/kdk-pdf/icra-iflas.pdf*, last visited 10.03.2024.
55. Pushback of Human Rights, Floating Tents, Special Report on Drowned Human Rights, Ankara June 2022, 488 pages, Ombudsman Institution, *https://english.ombudsman.gov.tr/kdk-pdf/geri-itme-ozel-raporu-ingilizce/geri-itme-ozel-raporu-ing-v04tbmmson.pdf*, last visited 08.08.2024.

Legal documents

1. Declaration of G8 Foreign Ministers of the Rule of Law, Potsdam, 30 May 2007, *http://www.g8.utoronto.ca/foreign/formin070530-law.htm* last visited 08.04.2024.

2. *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=31&year=all*, last visited 08.04.2024.
3. Law No.7343 dated 24.11.2021 on the Amendment of the Execution and Bankruptcy Law and Certain Laws, (*OG No. 31675 dated 30 November 2021).*
4. Law No. 5170 dated 7.5.2004.
5. Turkish Constitutional Court's decision dated 10.03.2016 and application no. 2013/6235.
6. Decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 12/02/2013 and numbered E:2010/38293, K:2013/5360.
7. Decision of the 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation dated 27.12.2013 and numbered E. 2013/693, K. 2013/30811.
8. Decision of the 2nd Chamber of the Council of State dated 25.10.2017 and numbered E.2015/6046, K.2015/6537.
9. Decision of the 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation dated 21.02.2014 and numbered E.2014/2157, K.2014/3434.
10. Decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 30.05.2018 and numbered E. 2015/2875 K. 2018/1142.
11. Decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 30.05.2018 and numbered E. 2015/3171 K. 2018/1143.
12. Decision of the 8th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 12.10.1998 and numbered E. 1998/10667, K. 1998/12819 (Prohibition of torture, art.3)
13. Decision of the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 22.01.2007 and numbered E. 2005/13676, K.2007/521.
14. Decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 02.07.2003 and numbered E.2003/438, K.2003/463 (Right to a fair trial, art.6)
15. Decision of the 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 28.09.2005 and numbered E. 2005/4064, K.2005/6662 (Freedom and security of person, art.5)
16. Decision of the 8th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 12.10.1998 and numbered E. 1998/10667, K. 1998/12819 (Prohibition of torture, art.3)
17. Decision of the 5th Chamber of the Council of State dated 22.05.1991 and numbered E.1986/1723, K.1991/933.
18. Decision of the 1st Chamber of the Council of State dated 14.06.1991 and numbered E.1991/92, K.1991/100.
19. Decision of the 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation dated 27.10.2004 and numbered E.2004/11405, K.2004/12644 (Right to a fair trial, Article 6).
20. Google Spain SL and Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González [2014] ECJ Case C‑ 131/12, 41.

21. The recommendation decision of the Ombudsman Institution dated 28/04/2017 with application number 2017/2171 and application date 17.3.2017 (S: 86171061-101.07.04-E.4153).
22. Recommendation No. CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on Good Administration (Translation: Onur Karahanoğulları), *http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm*, last visited 13.04.2024.

Prof. dr. Zehra Odyakmaz, LL.D.
Ufuk University Faculty of Law, Head of Public Law Department
Ankara, Turkey

FILLING LEGAL GAPS IN LAW SYSTEMS THROUGH VARIOUS INTERNATIONAL OR NATIONAL FACTORS OTHER THAN LAWS AND CONSTITUTIONS

Summary

In a state of law, legal gaps are usually filled by constitutional amendments, enactment of new laws, or amendments to laws. It is very difficult for a country to fulfill the necessary conditions for a new constitution. It also takes a long time for laws to be passed by parliaments.

The subject of this study is to demonstrate with concrete examples how a legal gap can be filled not only by legislation but also by the decisions of international courts, equality bodies, and ombudsman institutions. Countries have analyzed rights and principles like the right to be forgotten and legal certainty in constitutional courts and ombudsman institutions and implemented them by administrative authorities before including them in the constitution and laws.

The aim of this study is to show that even institutions such as the ombudsman, which issue only advisory decisions, may change the practices of administrative authorities in a country. From an international perspective, EU Council directives, the EU Charter of Fundamental Rights, judgments of the Court of Justice of the EU, and the ECtHR directly or indirectly fill the gaps in domestic law. The point that we would like to emphasize in this study is that the decisions of such institutions, especially on human rights or human rights-related issues, can influence, over time, even the decisions of that country's high courts.

The question of ensuring integrity can be divided into two parts: ensuring integrity in international law or ensuring integrity in national law. However, in this article, we will not restrict the subject to ensuring only

national or international integrity. Because, in our opinion, the binding judgments of the Court of Justice of the EU in terms of international law are implemented in the EU member states and these countries are already integrated. Countries that accept the ECtHR's jurisdiction also ensure integration in practice in accordance with this high court's decisions. In conclusion, this study will show with examples that, before the laws are drafted and come into force, legal gaps, especially in administrative law, which is a case law, can be satisfactorily filled through the decisions of international high courts, equality bodies in countries, and non-binding advisory decisions of ombudsman institutions.

Keywords: *Legal gap*; *High courts*; *Equality bodies*; *Ombudsman*; *Integrity*.

УДК/UDC 342.5
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Драган Гоцевски

Правни факултет „Јустинијан Први“,
Универзитет „Св. Кирил и Методије“ у Скопљу,
Сјеверна Македонија

ИЗАЗОВИ СТРАТЕШКОГ НАЦИОНАЛНОГ РАЗВОЈА РЕПУБЛИКЕ СЈЕВЕРНЕ МАКЕДОНИЈЕ – КВАЛИТАТИВНА ПРАВНА АНАЛИЗА СТУДИЈЕ СЛУЧАЈА РЕПУБЛИКЕ СЈЕВЕРНЕ МАКЕДОНИЈЕ

Рад представља квалитативну студију, применом правне анализе основа доношења националне развојне стратегије у Републици Сјеверна Македонија. Рад обрађује правне надлежности носилаца државне власти и њихове капацитете за доношење националних стратешких докумената Скупштине Републике Сјеверне Македоније, Владе и потенцијалну улогу и ограничења Предсједника државе. Затим, рад обрађује специфичне изазове мулти секторског обухвата националног развоја и сарадње са локалном самоуправом. Други фокус рада су модели механизама координације између органа власти са другим чиниоцима у процесима националног развоја, те рад излаже моделе хоризонталне координација: постојаних тијела, ad hoc тијела и опције интра-секторске сарадње; и моделе вертикалне комуникације између владе и органа државне управе са друштвеним чиниоцима попут организација цивилног друштва. Трећи фокус рада је анализа стратегије као механизма за координацију и обезбеђења кохерентних јавних развојних политика.

Кључне речи: Стратегија; Стратешки национални развој; Координација јавних политика.

Драган Гоцевски, *d.gocevski@pf.ukim.edu.mk.*

1. УВОД

Влада Републике Сјеверне Македоније отпочела је поступак израде Националне стратегије за развој у јануари 2021 године, са међународном помоћи и асистенцијом.[1]

Идеја Националне развојне стратегије је да на дуг рок одреди развојни пут државе кроз широке консултације, укључујући све друштвене чиниоце, градећи међугенерацијски, међуетнички, међустраначки и родов консензус међу њих. Кључне стратешке области и смјернице треба да одражавају главни циљ стратегије да створи могућност, али и да допринесе јачању отпорности друштва на повећану неизвјесност и ризике у свијету. Изазови су такође повезани са климатским промјенама и дигиталном трансформацијом друштва. Осмог марта 2022. усвојен је методолошки оквир Националне развојне стратегије, као дугорочан стратешки плански документ за период од двадесет година.[2] Усвојене су и кључне смјернице и начела на којим се темељи документ као и посебна у специфична улога у однос на друге стратешке документе, у смислу да ова стратегије треба бити хијерархијски највиши дугорочни стратешки плански документ, са којим се остали плански документи морају усаглашавати.[3] Уз то постоји ограничење да тренутно влада може прописати структуру, садржај и начин припреме, спровођење, праћење и извјештавање само за стратешке документе које доноси сама влада, органи државне управе и других институција који су законом одговорни пред владом.

Влада је 2022. године усвојила подзаконске прописе који предвиђају и омогућавају спровођење поменуте стратегије, међутим, закључно са тренутком припреме овог рада, стратегија и правни основ за њено доношење су још у припреми. Њихово доношење очекује се почетком 2024. године, те опсервација, нормативна анализа

[1] Project “Support for development of National Developmet Strategy (NDS) of North Macedonia” у три фазе, закључно са 2023. годином. Подршка за пројект је обезбеђена у оквиру Програма за развој Уједињених нација, UNDP, у координацији са сталним координатором Уједињених нација у Сјеверној Македонији, а са финансијском подршком из Фонда за добро управљање Уједињеног Краљевства.

[2] Записник 22. тематске сједнице Владе Републике Сјеверне Македоније, 8. март 2022, доступан на: *https://vlada.mk/file/65060/download?token=bFgUDOZI*.

[3] Упутство о структури, садржини и начину припреме, спровођења, праћења, извештавања и оцењивања секторских и мултисекторских стратегија, *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 122/2022 и Методологија за начин припреме, спровођења, праћења, извештавање и оцењивање секторских стратегија, *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 122/2022.

нити емпиријска анализа ефекта примјене стратегије нису могуће.[4] Стога, рад излаже изазове и критичке коментаре (аутора) којим се суочавају држава и државни чимбеници у доношењу стратегије, са специфичним фокусом на њен смјерни обухват, уз идеју да је по својој природи и садржини развојна стратегија.

2. НАДЛЕЖНОСТ ИНСТИТУЦИЈА

2.1. Надлежност Предсједника Републике Сјеверне Македоније

Предсједник Републике представља Републику, врховни је командант оружаних снага[5] и потписује указ за проглашавање закона,[6] а своја права и дужности обавља у складу са Уставом и законом.

Друге уставне надлежности предсједника републике су: опредељује мандат за састав Владе Републике Сјеверне Македоније; указом поставља и опозива амбасадоре и посланике Републике у иностранству; прима акредитивна и опозивна писма иностраних дипломатских представника; предлаже двоје судија Уставног суда; предлаже два члана Републичког судског савјета; именује три члана Савјета безбедности; предлаже чланове Савјета за међунационалне односе; именује и разрјешује и друге носиоце државних и јавних функција; додељује одликовања и признања; даје помиловање и врши друге функције утврђене Уставом и законом. [7]

Према томе, предсједник по функцији може утицати на питања унутрашње политике, ванјске политике, одбране и безбедности државе.

Предсједник нема изричиту надлежност, која би имплицитно упутила на утврђивање других националних политика и њиховог спровођења. Предсједник може да утиче, али не да одређује националне политике.[8] Из тога доношење акта обавезујућег карактера

[4] Приједлог Закона о Националној развојној стратегији поднесен је од групе посланика и усвојен на сједници Скупштине Републике Сјеверне Македоније 22. децембра 2023. године, са 78 гласова у скраћеном поступку.

Приједлог је предат на разматрање у матичном тијелу Комисије за економска питања и стављен на дневни ред 135. сједнице Скупштине, заказане (али не и окончане) за 26. децембар 2023. Очекује се окончање сједнице почетком 2024. године.

[5] Устав Републике Сјеверне Македоније – Устав РСМ, чл. 79.

[6] *Ibid.*, чл. 75.

[7] *Ibid.*, чл. 84.

[8] Уколико се узме и обзир шире тумачење надлежности председника, оне обухватају и право да иницира одређене поступке, да разговара са страначким лидерима, евентуално и право законодавне иницијативе.

за друге органе државне власти, органе управе и друге органе државе није у надлежности предсједника државе.

2.2. Надлежност Владе Републике Сјеверне Македоније

Влада је носилац извршне власти, а своја права и дужности обавља на основу и у оквиру устава и закона.[9] Владу сачињавају предсједник и министри,[10] а организација и начин рада Владе су уређени законом.[11]

Уставне надлежности Владе су: утврђује политику извршавања закона и других прописа Скупштине и одговара за њихово спровођење; предлаже законе, републички буџет и друге прописе које доноси Скупштина; предлаже просторни план Републике; предлаже одлуку о резервама Републике и брине се о њиховом спровођењу; доноси уредбе и друге прописе о извршавању закона; утврђује начела унутрашње организације и рада министарстава и других органа управе, усмјерава и спроводи надзор над њиховим радом; даје мишљење о приједлозима закона и других прописа које скупштини подносе други овлашћени предлагачи; одлучује о признавању држава и влада; успоставља дипломатске и конзуларне односе са другим државама; доноси одлуке за отварање дипломатско-конзуларних представништва у иностранству; предлаже именовање амбасадора и посланика републике у иностранству и именује шефове конзуларних представништва; предлаже јавног тужиоца; обавља именовања и разрешења носиоца јавних функција и обавља друге послове утврђене уставном и законом.[12]

Влада утврђује економску и развојну политику државе, утврђује мјере за остварење политике и Скупштини предлаже мјере у њеној надлежности, утврђује политику спровођења закона и других прописа скупштине и прати њихово спровођење.[13]

Уставне надлежности Владе прописане су клаузулом позитивне енумерације чл. 8 Закона о Влади:

1) утврђује развојну и економску политику;

2) утврђује програм активности у области одбране и безбедности и обезбеђује њихово спровођење;

---

[9] Устав РСМ, чл. 88.

[10] *Ibid.*, чл. 89, ст. 1.

[11] *Ibid*., чл. 89, ст. 6 и Закон о Влади Републике Сјеверне Македоније – ЗоВ, *Сл. лист РМ*, бр. 59/00, 12/03, 55/05, 37/06, 115/07, 19/08, 82/08, 10/10, 51/11, 15/13, 139/14, 196/15, 142/16 и 140/18.

[12] Устав РСМ, чл. 91.

[13] Чл. 4, ст. 1 ЗоВ.

3) подузима мјере за омогућавање слободе тржишта и предузетништва, као и мјере против монополског положаја и монополског понашања на тржишту;

4) подстиче економски напредак у остваривању равномјерног просторног и регионалног развоја и бржег развоја недовољно развијених подручја;

5) утврђује стратегију за привлачење иностраних инвестиција;

6) одлучује о располагању и коришћењу државног капитала, сагласно законом;

7) подстиче и помаже научни и технолошки развој;

8) утврђује и преузима мјере за укључивање у европске и евроатлантске интеграције и у друге међународне структуре;

9) прати и анализира стања о остваривању и унапређењу људских права и грађанских слобода;

10) подстиче развој институција и цивилног друштва;

11) предузима мјере стварања услова за остварење права грађана на образовање, здравствену заштиту, социјалног осигуравања и развоја људских ресурса;

12) подузима мјере за стварање услова за социјалну заштиту и сигурност грађана и

13) обавља друге послове утврђене законом.

Из тога, влада и само влада има изричиту надлежност да утврђује јавне политике развоја републике, о чему уставом и законом одговара пред скупштином.

О извршавању закона, влада доноси уредбе законске снаге, уредбе, одлуке, упутства, програме, рјешења и закључке.[14] Уредбама законске снаге влада уређује питања из надлежности скупштине у случају ратног или ванредног стања, уколико не постоји могућност да се скупштина сазове. Уредбама влада уређује извршавање закона, утврђује начела унутрашње организација министарстава и других органа управе и уређује друге односе према уставу и законима. Одлукама влада рјешава о појединим питањима и мјерама за извршавање закона, оснива стручне и друге службе за своје потребе и заједничке службе за потребе владе, министарстава и других органа државне управе. Упутством влада прописује начин рада министарстава и органа државне управе. Програмима се уређују поједина питања из надлежности владе за која је потребно утврђивање динамике и рокова. Програм као акт који доноси влада

[14] *Ibid.*, чл. 35.

садржи и финансијски план за његову реализацију. Рјешењем влада врши именовање и назначивање, те разрешавање са дужности директора који руководе органима државне управе, државне и генералне секретаре и друге носиоце јавних функција у надлежности владе и одлучује у управним пословима и о другим питањима. Закључцима влада заузима ставове о питањима које је претресала на сједници владе, утврђује мишљења о приједлогу закона и о другим прописима и материјалима које подноси скупштини итд.[15]

Важно је напоменути да је сама стратегија, документ који представља израз владине воље да определи конкретне циљеве и приоритете развоја у опредељеним областима. Обавезе које вежу органе управе да спроводе стратешке циљеве и произлазе из других аката, а којима су укључени односно запажени циљеви и приоритети из стратегије попут: закључака којим влада задужује органе управе да поступају према акцијском плану, те стратешки планови владе и појединих стратешки планови органа управе, а у крајњем нивоу у одлукама о раду владе.

2.3. Надлежности Предсједника Владе Републике Сјеверне Македоније

Предсједник владе представља владу,[16] руководи радом владе и одговара за њене послове (...) усмјерава деловање владе у цјелини и њеним члановима према програмским одредницама које влада доноси, потписује акте владе и брине се о њиховом спровођењу, (...) остварује сарадњу са органима других власти, са трговачким друштвима, грађанским организацијама и са другим правним лицима.[17] Из тога, иницијативу за доношење стратешког документа може дати предсједник владе и након његовог доношења он ће је потписати.

2.4. Надлежност других чланова Владе Републике Сјеверне Македоније

Чланови Владе имају право и дужност да учествују у рад владе. Имају право да дају иницијативе за припрему закона и других прописа за чије предлагање је надлежна влада, да иницирају доношење смјерница и ставова.[18] Члан владе који је опредељен да

[15] *Ibid.*, чл. 36.
[16] *Ibid.*, чл. 15.
[17] *Ibid.*, чл. 11, ст. 1, 2 и 5.
[18] *Ibid.*, чл. 12.

учествује у раду других органа и тијела дужан је поступати према овлашћењу, насокама и ставовима владе.[19]

Предсједник владе из реда министара опредељује замјенике. Само замјеник предсједника владе га може мијењати, у обављању послова које му он повјери, а који произлазе из права и дужности предсједника владе.[20] А по овлашћењу предсједника владе сваки члан владе може заступати став владе у скупштини, а на приједлог министра то може и државни секретар или руководилац сектора из надлежног министарства.[21]

2.5. Надлежност Скупштине Републике Сјеверне Македоније

Надлежности скупштине утврђене су Уставом,[22] а организација и рад скупштине уређени су уставом и Пословником за рад Скупштине.[23]

Скупштина доноси и мијења устав; доноси законе и даје аутентично тумачење закона; утврђује јавне дажбине; доноси републички буџет и завршни рачун буџета; доноси просторни план републике; ратификује међународне уговоре; одлучује о рату и миру; доноси одлуку о промјени границе републике; доноси одлуку о ступању и иступању из савеза или заједнице са другим државама; расписује референдум; одлучује о резервама републике; оснива савјете; бира владу; бира судије Уставног суда; врши избор и разрешава судије; врши избор, именовање и разрешавање других носиоца јавних функција према уставу и закону; врши политичку контролу и надзор над владом и над другим носиоцима јавних функција који су одговорни пред скупштином; даје амнестију и обавља друге послове утврђене уставом.

За обављање послова из своје надлежности скупштина доноси декларације, резолуције, одлуке и препоруке.[24]

Декларацијама скупштина изражава општи став о питању општег политичког значаја. Резолуцијама указује на стања, проблеме и мјере које треба подузети у одређеној области. Препорукама даје насоке за превазилажење текућих стања у одређеној области.[25]

---

[19] *Ibid.*, чл. 13.

[20] *Ibid.*, чл. 16.

[21] *Ibid.*, чл. 18.

[22] Чл. 68 Устав РСМ.

[23] *Ibid.*, чл. 61.

[24] *Ibid.*, чл. 68, ст. 2.

[25] Чл. 183, Пословник за рад Скупштине Републике Сјеверне Македоније – Пословник за рад СРСМ, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 60/2002,

Изричиту надлежност, која имплицитно упућује на утврђивање националних политика и њиховог спровођења нема. Скупштина може да оснива стална и привремена радна тијела за потребе посла скупштине[26] за разматрање приједлог закона и других аката које доноси скупштина, као и за друга питања надлежности скупштине. Радна тијела оснивају се одлуком скупштине, а анкетне комисије могу се оснивати за све области и за свако питање од јавног интереса.[27]

Из тога, скупштина може утврдити којим ће се смјером кретати република у оквиру устава и закона, може донети декларацију којим ће утврдити специфичне интересе за државу итд. Међутим, специфичне мјере којим би се ови циљеви испунили нису у надлежности скупштине. Односно, да би скупштина донијела документ којим се изражава, те утврђује смјер развоја конкретних политика, стварајући обавезу за друге органе власти да их спроводе, неопходна је изричита надлежност и обавеза прописана законом. Стратегије су документи, којим се изражава насока кретања односно развоја јавних политика. Па тако, стратешки документи које доноси скупштина су прописани у одговарајућим законима који уређују област јавних политика за које се стратешки документи доносе. Другим речима, да би скупштина донијела стратегију за развој државе, основ те стратегије и надлежност скупштине мора бити закон.

2.6. Надлежност Предсједника Скупштине Републике Сјеверне Македоније

Предсједник скупштине представља скупштину,[28] сазива сједнице скупштине и предсједава њима, брине о примјени пословника и даје појашњења о везаним питањима, опредељује радно тијело надлежно за разматрање појединих питања поднесених скупштини (матично радно тијело), испитује уредност законодавних иницијатива, брине се о усаглашавању активности скупштине са Предсједником републике, сарађује са координаторима посланичких група, у име скупштине остварује међународну сарадњу (...), прати рад скупштине (...), повјерава обављање опредељених послова генералном секретару

91/2008, 119/2010, 130/2010, 23/2013 и *Службени лист Републике Сјеверне Македоније* бр. 152/2019.

[26] Чл. 76, ст. 1 Устава РСМ, и чл. 117 Пословника за рад СРСМ.

[27] Чл. 118 Пословника за рад СРСМ.

[28] Чл. 67, ст. 2 Устав РСМ, чл. 18 Закона о Скупштини Републике Сјеверне Македоније – Закон о СРСМ, чл. 6, чл. 60, ст. 1, ал. 1 Пословника за рад СРСМ.

скупштине, формира радне групе за проучавање, доноси акте утврђене пословником[29] (...) и обавља друге послове.

Из тога, на основу пословнички утврђених надлежности, Предсједник скупштине не може сам формирати радну групу за утврђивање стратешких циљева државе, већ само радне групе за проучавање опредељених питања. Тако што, истраживање и извјештај који обрађује па и препоручује, чак и врло прецизно, како да стратешки циљеви личе, је у надлежности предсједника скупштине, али такав акт-документ нема и не може да има обавезујући карактер. Морао би доставити надлежном органу власти, влади, да га разгледа и донесе односно да на основу њега донесе стратешки акт.

3. МЕХАНИЗМИ КООРДИНАЦИЈЕ

Специјализација у јавној управи се најчешће јавља као специјализација на професионалном нивоу, што манифестује у подјели рада у управи и постојању опредељених-специфичних организационих форми за обављање опредељених дејности. За сваку сферу друштвеног и економског живота државе формирају се специјализоване организације са стручним кадровима да би се справљали са конкретном проблематиком. Свака је организација и унутрашње функционално диференцирана, према специфичним потребама. На ова начин, професионализација, ствара комплексност, унутрашњу и системску на нивоу државе у цјелини. У спровођењу јавних политика укључују се бројне организације на различитом нивоу власти централне и локалне, бројне организационе јединице сектори и одељења (или друга унутрашња организација).

Јавна управа (у ширем смислу) у Сјеверној Македонији садржи исте карактеристике организационе комплексности: органе државне власти, органе државне управе, самосталне органе државе, органе јединица локалне самоуправе, организације са јавним овлашћењима из области здравства, културе, рада, науке, образовања, социјалне заштите, заштите дјеце, спорта (установе) и комуналне дјелатности (јавна предузећа и друштва са јавним овлашћењима).[30] Сама организација јавног сектора имају унутрашњу организациону комплексност сачињену од кабинета, сектора, одељења, самосталних

[29] Чл. 60, ст. 1, ал. 2–12 Пословника за рад СРСМ.

[30] За примјер вид. Извештај из Регистра запослених у јавном сектору за 2021, март 2022, Министарство информатичког друштва и управе, *https://www.mioa.gov.-mk/sites/default/files/pbl_files/documents/reports/finalen_izveshtaj_za_2022_godina_30.03.2022_godina.pdf*.

одељења, регионалних канцеларија, подручних јединца итд.[31] Демократске државе попут Сјеверне Македоније садрже и додатни елемент комплексности, а то је променљивост и флуктуација политичког руководства путем избора. Све организације и њихови саставни елементи у остваривању јавних политика ослањају се на професионалну кадровску структуру запослених у јавном сектору, те на лица са посебним овлашћењима, административним службеницима, на пружаоце јавних услуга и на друге запослене.[32]

За да се овозможи усогласеност на активностите на бројните чинители во овие процеси најчеста практика е стандардизација на формите на комуникација и усвојување на механизми за координација. Стандардизацијата, т.е. постоење на определени технички поставки за вршење на определени дејности, усвојување на униформни процедури, обрасци и сл. Процесот, со помош на кој така расчленетите дејности се поврзуваат во една целина, се нарекува координација.[33]

Лексички координација се дефинише на неколико начина, као: уређивање различитих елемената у интегрисану и хомогену операцију (или подухват),[34] *да се подстиче* више разноликих да нешто раде ефективно као једна цјелина,[35] међусобно усаглашавања дејстава, појма, функција и сл.[36] Оперативнија дефиниција координације је управљање међусобно зависних активности и управљање активностима различитих актера који зависе једни од других (нпр. један актер мора прибавити одобрење или сагласност другог да би започео, продужио и завршио активност).[37] Од изложених дефиниција могу се извести неколико елемената. Прво, израз ко-ординација (ко-обављање, ко-спровођење, ко-деловање) у свим дефиницијама има

[31] За примјер вид. Уредба о начелима унутрашње организације органа државне управе, Влада Републике Македоније, 29. август 2007 (и прикладне измјене и допуне).

[32] Чл. 14 Закона о запосленим у јавном сектору, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 27/14, 199/14, 27/16, 35/18 и 198/18 и *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 143/19 и 14/20.

[33] Н. Гризо, Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, *Јавна администрација*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2011, 84.

[34] „American Heritage Dictionary“, *https://www.ahdictionary.com*.

[35] „The Cambridge Dictionary“, *https://dictionary.cambridge.org*.

[36] Дигитални рјечник македонског језика: координација, анг. Coordination (co-ordinate), алб. Koordinim (*https://makedonski.gov.mk*).

[37] M. Ben-Gera, „Co-ordination at the Center of Government: The Functions and Organization of the Government Office“, *https://www.oecd-ilibrary.org/co-ordination-at-the-centre-of-government_5kml60v4x2f6.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F5kml-60v4x2f6-en&mimeType=pdf*.

позитивну конотацију, асоцирајући координацију са „усаглашености“, „хармоничности“ и „учинковитости-ефективности“. У свим дефиницијама са изразом се имплицира да се координација не догађа сама по себи, спонтано већ да је резултат неопходног управљања и прописивању (правна компонента), односно свесног дјеловања актера са циљем да се одређене активности спроведу на уговорен/утврђен начин. Даље, координација је дефинисана као процес, а не као исход/резултат. Коначно, координирање омогућава компонентним актерима да остану многобројни и различити, а да резултати њиховог деловања буду усаглашени и да имају учинак. [38]

ОЕЦД је 2004. објавила документ са осам алата за дизајнирање кохерентне организације и одлучивање влада, међу којим за потребе овог рада изложићемо успостављање оквира за стратешко креирање јавних политика, путем којег поједине политике требају бити конзистентне са циљевима и приоритетима владе.[39]

У продужетку на рада изложене су неке праксе и препоруке чланица ОЕЦД за унапређивање координације међу органа управе:

1) Хоризонтална координација: централни органи државне управе (нпр. министарства),

2) Вертикална координација: између централних органа управе и локалних власти,

3) Координација између централне власт (нпр. влада и органи управе) и друштвени партнери и

4) Координација између централне власти и других засегнутих страна (*stakeholder*).

Посебан осврт даће се на улогу стратегија као планске документе у унапређењу координације међу актерима и грађење кохезије у креирању јавних политика.

3.1. Хоризонтална координација

У парламентарним политичким системима односно системима у којим извршну власт у цјелини или претежно извршава влада, она је сачињена од предсједника (премијера) и савјета министара (у неком облику). Министри самостално руководе централним органима државне управе, организованим као министарства. Министри су по правилу чланова министарског савјета односно чланови владе. Одговарају за свој посао, за друштвена стања у надлежности

[38] *Ibid.*
[39] *Ibid.*, 14.

министарства, а одговарају пред владом као чланови владе и пред скупштином. За јавне политике које задиру у области из више министарских ресора као и за политике владе, одлуке и акте везане за политике носи влада, а координацију активности везане за спровођење политика обављају: 1) стручна служба владе; 2) предсједник владе путем властите стручне службе у виду кабинета или канцеларије, или 3) задужује се једно од министарстава одговорно да прати спровођење политика, а одлуке доноси влада. Позната је и пракса, да предсједник владе за питања својих надлежности која обухватају неколико ресора, овласти замјеника који ће поступати у оквиру овлашћења и законских надлежности предсједника владе.

За питања у надлежности министарстава, сваки је министар самосталан у свом послу. Из тога се често наглашава и потреба јачања и унапређивања координације активности између министарстава. Развијена хоризонтална координација циља треба да обезбеди кохерентне односно усаглашене јавне политике, да спријечи преклапање надлежности између институција и да смањи појаву нежељених празнина у политикама.

Ван сједница владе, хоризонтална координација међу институција истог „ранга“ односно институција међу којих не постоји формална хијерархијска организација, попут министарстава, координација се остварује преко сталних и повремених односно *ad hoc* тијела формирана као радне групе, комитети, одбори, савјети, комисије и сл.

3.1.1. Стална тијела

Развојне политике су најчешће мултидимензионалне и мултисекторске.[40] Само за примјер, политике за образовање одраслих, задиру у политике из области рада, образовања, социјалне заштите, а могу обухватити широк опсег мјера, промјене у националном оквиру квалификација, мјере за стимулисање послодаваца да инвестирају у одрасле раднике, промјене у старосној граници за пензионисање, развој породичних политика попут повољних мјера за породиљско одсуство за родитеље/старатеље, доступно рано образовање итд. Поред тога што се носе на националном нивоу често је неопходна и сарадња са локалним властима.

[40] Прихваћена терминологија: мултисекторски, вид. Упутство о структури, садржини и начину припреме, спровођења, праћења, извјештавања и оцјењивања секторских и мултисекторских стратегија, *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 122/2022.

У државама чланицама ОЕЦД-а срећу се различити приступи хоризонталној координацији у развоју јавних политика. Неке су формално институциолизоване као што су међусекторска савјетодавна тијела, чије је формирање и састав прописан законом или другим подзаконским актом, уредбом или пословником за рад владе или скупштине, могу бити предвиђени у систематизацији организације и сл.[41] Радна тијела чије је постојање прописано сматрају се сталним. Међусекторска савјетодавна тијела типично су састављена од представника различитих министарстава, а зависно од ширине политике и од представника других институција и стејкхолдера. У оквиру тијела размјењују се информације и успјешне праксе, али могу имати и улогу да прате спровођење активности и мјера које произлазе из политике, да учествују у изради или да буду задужени да израде стратегије, планове и сл.[42] Активности међу секторских савјетодавних тијела могу обухватити широк обим различитих јавних политика и могу циљати дефинисању дугорочних циљева.[43] Примјер овог модела тијела у Сјеверној Македонији су Савјет за равномјерни регионални развој[44] и Савјет за одрживи развој.[45]

Међусекторска тијела могу се формирати и за уже односно специфичне политике, а укључивање представника других институција има циљ размјену информација и координисање надзора

[41] На примјер: обухват програма за развој образовања у Јужној Кореји је прописан оквирним законом о политикама запошљавања, а у Швајцарској у Закону о образовању одраслих и уређује сарадњу међу институција у области здравства, рада, културе и миграција; A. Kozyra, R. Motschilnig, G. Ebner, *The Status of Adult Learning and Education in Europe and North America, Regional Report*, UNESCO Institute for Lifelong Learning, Hamburg 2017.

[42] На примјер: „*Inter-Departmental Team for Lifelong Learning* is led by the Ministry of Education and is composed of ten other ministries as well as the Prime Minister office“ у Пољској, вид. European Commission, *Lifelong learning programme, implementation of the European Agenda for Adult Learning: Poland* или у *Getting Skills Right: Future-Ready Adult Learning Systems*, *https://www.oecd-ilibrary.org/sites/9789264311756-10-en/index.html?itemId=/content/component/9789264311756-10-en#wrapper*.

[43] На примјер: *Council for Designing 100-Year Life society*, у Јапану, основан 2017. године, циља да повеже разне стејкхолдере да дискутују о изазовима становништва које стари, види *Ibid*.

[44] Савјет за равномјерни регионални развој (чл. 17 и 18, Закон о равномјерном регионалном развоју, *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 24/21 и 174/21).

[45] Напомена: нема законски основ, формиран је Одлуком Владе (*Службени лист Републике Македоније*, бр. 8/2010 и 186/2018), међутим, будући да нема утврђен временски период за који се формира, сматра се да је сталног карактера.

над спровођењу.[46] У Сјеверној Македонији примјери ових тијела врјеменог карактера су Савјет за реформу јавне управе, Савјет за реформу правосуђа и сл.

Хоризонтална сарадња може бити и неформална, односно у контексту конкретне политике или програма кабинети министара да одржавају честу или периодичну директну комуникацију путем *tete-a-tete* сусрета, разговора, кварталних састанака, трибина или слично. На сусретима могу присуствовати и представници других засегнутих страни.

3.1.2. Ad hoc тијела

Међу секторска сарадња међу министарствима може се обављати и на *ad hoc* основи, типично за адресирање конкретних мјера, политика или програма. Типичан формат ове сарадње су директни сусрети (неформални састанци) или формирање радних група. Карактеристика ових радних тијела је ограничени мандат и опредељен временски период њиховог постојања и рада.[47] У пракси Сјеверне Македоније ова тијела носе назив „радна група за...“ и најчешће их формира министар, а у саставу су укључени представници друге или других институција.

3.1.3. Интра-секторска сарадња

У пракси Сјеверне Македоније све чешће су радне групе за интрасекторску сарадњу, којим се стејкхолдери укључују у активности министарства.

Унутар министарства, координација активности одвија се на два принципа: путен редовне организационе структуре односно хијерархије или путем активности овлашћених посебних савјетника министра.

[46] На примјер: *The National Guidance Forum* (NGF) у Чешкој, основан од министра за образовање, младе и спорт и министра за рад и социјалне политике, у 2010. години, вид. *Ibid*.

[47] На примјер: у Португалији чврсте сталне структуре за координацију између министарстава нису видљиве, иако различна министарства сарађују у спровођењу националних стратегија, пр. *InCode* 2023 стратегија, донесена у 2017. за подизање дигиталних вјештина одраслог становништва. Види: *Skills Strategy Implementation Guidance for Portugal: Strengthening the Adult-Learning System*, OECD Skills Studies, OECD Publishing, Paris 2018.

У оквиру редовне хијерархије, политике владе односно министра типично се извршавају путем распоређивања задатака које државни секретар издаје руководиоцима организационих јединица.[48]

Иако је ређа пракса, одржавају се и састанци руководиоца сектора и помоћника руководиоца сектора са министром. Начин унутрашње координације није изричито прописан и већином зависи од начина организације рада које министар сам успостави.[49]

Комуникација која се односи на формалне надлежности министарства у однос на владу, одвија се преко кабинета министра, сачињен од такозваних кабинетских службеника који достављају материјале влади.

Посебни савјетници министра могу добити задужења да координишу активности у вези са одређеним политика, у ком случају сваки посебни савјетник има текућу и директну комуникацију са запосленим у министарству а по потреби и директну комуникацију са другим институцијама. Посебни савјетници могу да чланују или да воде радне групе.[50]

Примјер за стручно, интра-секторско стално радно тијело са конкретним законским задужењем је Комисија за ревизију поступака за селекцију административних службеника у склопу Агенције за администрацију,[51] у којој чланују представници из Министарства информатичког друштва и управе, Агенције за администрацију и један представник из стручне јавности.

3.2. Вертикална координација

Надлежности за спровођење развојних политика су имплицитно међусекторске, а развојне политике за унапређење макроекономских показатеља и смањење ефеката неједнаког економског раста су експлицитно међусекторске и вертикалне, односно дотичу надлежност локалних власти.

[48] Није доступан податак колико се често одржавају састанци на нивоу државног секретара са руководиоцима сектора и одељења.

[49] Нпр. брифинг и распредјела задужења на почетку мјесеца, седмице и дебриф на крају седмице – Мила Царовска, бивша министарка за рад и социјалну политику, и бивша министарка за образовање и науку, Интервју, 20. децембар 2022.

[50] Примјер из праксе Министарства финансија, Интервју: Бранимир Јовановић, 12. јануар 2022.

[51] Чл. 19-а, Закон о административним службеницима, *Службени лист Републике Македониј*е, бр. 27/14, 199/14, 48/15, 154/15, 5/16, 142/16 и 11/18 и *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 275/19, 14/20 и 215/21.

У израженије централизованим државама централна власт одређује развојне смјернице законима, подзаконским актима, дизајнирањем развојних политика, спровођењем и финансирајући бројне политике. (нпр. Португалија). У децентрализованим државама централна власт дизајнира стратешки оквир државе а локалне власти (региони, општине и сл.) га спроводе (нпр. Италија и Јужна Кореја). У федералним системима, федерална власт дефинише широке националне циљеве, а нижи нивои власти, државе, региони и сл., операционализују и спроводе (нпр. САД, Канада, Аустрија, Њемачка).

Не постоји идеални модел управљања и владања, сваки приступ има своје предности и недостатке. Централизованији системи су једноставнији, имају јасније линије одговорности и транспарентности, али су изложени ризику неусаглашености између националних политика и локалних потреба. Децентрализованији системи имају потенцијал да унапреде усаглашеност међу локалних потреба, могућности и вјештина, али су изложени ризику великих разлика међу разним јединицама локалне власти, посебно у њиховим економским потенцијалом, изворима финансирања, радне снаге, специфичних потреба становништва итд.[52]

Специфичности вертикалне координације, произлазе како из реалних могућности локалних власти тако и из уставног уређења државе. Локалне власти су по правилу засебна уставна категорија и уживају одређену аутономију, па тако и утицај централне власти на рад локалних власти је ограничен.

Најчешћа пракса у државама ОЕЦД-а за координацију политика међу централне и локалних власти је формирање формалних или неформалних тијела кроз које локалне власти усаглашавају заједничке политике. У Сјеверној Македонији Заједница јединица локалне самоуправе (ЗЕЛС) је формално тијело које уједињује осамдесет општина и град Скопље као њене чланице, формирано као удружење. ЗЕЛС остварује сарадњу са владом и има право на законодавну иницијативу за питања интереса локалне самоуправе.[53]

Други формални облици укључивања и координације локалних власти у развојне политике су радно тијело за припрему стратегија за

[52] *Getting Skills Right: Future-Ready Adult Learning Systems***.**

[53] Чл. 81 Закон о локалној самоуправи, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 5/2002) и Закон о удружењима и фондацијама, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 52/10, 135/11 и 55/16.

локални развој руралних средина,[54] Национална стратегија за оперативне програме за рад,[55] Савјет за регионални развој Републике Сјеверне Македоније,[56] осам планских региона,[57] локалне акцијске групе[58] и други.

3.3. Координација међу Владе, друштвених партнера и грађанског друштва

Сарадња са друштвеним партнерима у неким државама чланицама ОЕЦД-а остварује се чланством у радним тијелима за развој јавних политика. На примјер, представници бизнис заједнице, синдикати, академска заједница или други сектори могу се позвати да учествују у радну групу за измјене и законе, припрему програма и планова и сл.

Поред наведених друштвених партнера, кључан актер у развоју јавних политика имају и грађанске организације. У Сјеверној Македонији од 2012. године доноси се Национални акцијски план за отворено владино партнерство, а значајније активно учешће грађанске организације добијају од 2016. године. До данас заступљене су у скоро свим радним тијелима владе и министарствима.[59]

3.4. Стратегија као механизам за координацију и обезбеђење кохерентности

Доношење дугорочних планских докумената попут стратегија је начин којим се може обезбедити кохерентно стварање јавних политика. Стратегија дјелује као путоказ у ком смјеру различити нивои власти и различите институције требају развијати политике, које мјере и које активности требају подузет и омогућују пројектирање потребних ресурса за постизање стратешких циљева. Препоручљиво је учешће свих засегнутих актера и стејкхолдера у припреми стратешког документа, како би се обезбедио политички легитимитет, али и неформално прихватање утврђених циљева, те постизање доследне примјене.

---

[54] Чл. 88 Закона о земљорадњи и руралним развоју, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 49/2010, 53/2011, 126/2012, 15/2013, 69/2013, 106/2013, 177/2014, 25/2015, 73/2015, 83/2015, 154/2015, 11/2016, 53/2016, 120/2016 и 163/2016.

[55] *Ibid.*, чл. 130.

[56] *Ibid.*, чл. 2, ст. 1.

[57] *Ibid.*, чл. 2, ст. 1, т. 4.

[58] *Ibid.*, чл. 88.

[59] Партнерство за отворену власт: *https://ovp.gov.mk/*.

Влада Сјеверне Македонија у 2022. години донијела пропис, у смјеру хармонизације начина стратешког планирања доношењем дугорочног стратешког планског документа за период од двадесет година.[60]

3.5. Преглед праксе доношења развојних стратегија у Републици Сјеверној Македонији

Табела 1. Пример развојних стратегија и правни основ њиховог доношења		
Стратегије за локални развој руралних средина	Чл. 88 Закона за земљорадњу и рурални развој	Доноси Влада
Национална стратегија за оперативне програме за рад	Чл. 130 Закона за земљорадњу и рурални развој	Доноси Влада, на приједлог на Министра за земљоделство, шумарство и водопривреду
Стратегија за иновације	Чл. 8 Закона за иновацијско занимање	Припрема Министарство образовања и науке, доноси Влада
Стратегија за регионални развој РСМ	Чл. 2, ст. 1, Закон за равномјеран регионални развој	Израђује Министарство за локалну самоуправу, на приједлог на Владе, доноси Скупштина
Национална стратегија за одрживи развој	Чл. 186, ст. 2 Закон за животну околину	Дискрециono овлашћење Владе, доноси је Влада, а доставља на претходно разматрање Скупштини
Табелу је израдио аутор.		

Развојне стратегије у Сјеверној Македонији *de lege lata*, типично су ношене у областима локалног развоја и одрживог развоја, иако и друге секторске стратегије садрже развојне компоненте. Пракса је разнолика, Стратегију за локални развој доноси влада, оперативне програме за рад и Националну стратегију за оперативне програме за рад доноси влада на приједлог надлежног министра, на основу надлежности утврђеној Законом о земљорадњи и руралном развоју. Стратегију за иновације која такође садржи развојне компоненте

[60] Упатство за структурата, содржината и начинот на подготвување, спроведување, следење, известување и оценување на секторските и мултисекторските стратегии, *Сл. Весник на РСМ*, бр. 122/2022.

доноси влада на приједлог надлежног министра. Стратегију за регионални развој која дефинише развој државе као равномјерни регионални развој израђује надлежно министарство, приједлог стратегије усваја влада, а саму стратегију доноси скупштина, за шта такође постоји изричита надлежност у Закону о равномјерном регионалном развоју. Националну стратегију за одрживи развој, израђује влада преко Савјета за одрживи развој, али за њено доношење Закон о животној околини не предвиђа изричиту обавезу, већ само надлежност, а оставља дискрециону могућност да влада сама одлучи хоће ли донети стратегију. Једина обавеза је да пре доношења достави стратегију скупштини на разматрање.[61]

Карактеристика Закона о равномјерном регионалном развоју и Закона о земљорадњи и руралном развоју је прописани организациони облик, сталног савјетодавног тијела и његов састав, које израђује (или дјелимично) стратешки документ. Иако изричито није прописано, може се извести да скупштина има одлучујућу улогу у ношењу или у претходној расправи, у однос на стратешки документ када у његовој изради, а даље и у спровођењу учествују институција из различних нивоа власти, односно представници органа управе, органа државе, органа локалне самоуправе и других организација на локалном нивоу.

Из тога, дугорочни стратешки плански документ са широким обухватом оправдава и налаже да га донесе законодавни дом.

3.6. Примјена и значења израза „развој“

Табела 2. Примјена израза ”Развој” у позитивном праву	
Закон о Бироу за развој образовања	развијање
Закон за оснивање Агенције за подстицај развоја земљоделства	Раст, развијање, иновације
Закон о земљоделству и руралном развоју	Раст, одрживост, квалитет живота, економска диверсификација, унапређивање
Закон о иновацијском занимању	Иновације, развијање
Закон за оснивање Агенције за финансијску подршку земљоделства и руралног развоја	Финансијска подршка (помоћ)
Закон за развој, производњу и промет ратне робе	Развијање
Закон о Развојној банци Сјеверне	Подршка (помоћ)

Македоније	
Закон о туристичким развојним зонама	Помоћ, инвестиције, раст
Закон о равномјерном регионалном развоју	Раст, одрживост, смањивање диспаритета, инвестиције
Закон о животној околини	Раст, одрживост, квалитет живота
Табелу је израдио аутор.	

Табела 3. Значење израза ”Развој” у позитивном праву	
Раст	Економски раст, унапређивање макроекономских показатеља
Развијање	Стварање и производња технологија и робе (производа)
Одрживост	1) Само одрживост, дугорочни опстанак властитим капацитетима 2) Смањивање штетних утицаја индустријског и урбаног раста, на животну околину
Смањивање на диспаритет	Смањивање неједнакости унутар и између планских региона, насељених мјеста (урбаних и руралних) у макроекономским показатеља, смањивање неједнакости у квалитету живота и приступа услугама
Инвестиције	Улагање капитала, средстава у неки посао
Квалитет живота	Показатељи благостања појединаца, приходи, очекивани животни вијек, образовање и сл.
Помоћ, подршка, финансијска подршка	Мјере јавних органа за обезбеђивање финансијских средстава, стручна помоћ или други облик асистенције
Табелу је израдио аутор.	

Појам „развој“ најчешће се дефинише као макроекономска категорија и обухвата мјере благостања у држави, односно „колико је људима добро“. Уобичајено се економски развој не мјери само монетарним показатељима који су типични за мјерење економског раста, нпр. бруто домаћи производ, већ низ призму образовања, здравља и социјалних аспеката. Друга честа дефиниција развоја је смањивање диспаритета који се јавља као последица неједнаког економског раста. Показатељи економског развоја најчешће су композитни индекси: индекси људског развоја,[62] индекс родовог

[62] Вид. *https://hdr.undp.org/data-center/human-development-index#/indicies/HDI*.

развоја,[63] мјерила родовог јачања,[64] глобални мултидимензионални индекс сиромашности[65] итд.

У грађењу развојних политика и мјера на националном нивоу, есенцијално питање је како су дефинисане надлежности из којих се очекује да се они реализују. Затим, неопходно је да правно оквир препознаје и дефинише „развој“ у оквиру појединих сектора и на националном нивоу, зато што адекватност надлежности институција које мјере могу/морају преузети, произлази из адекватности правног оквира. Из тога, и питање садржаја и обухвата дугорочног планског документа који циља определити развојне циљеве државе зависи од тога како је развој дефинисан у позитивном праву, хоће ли се јавити потреба промјене у правном оквиру или је потребно ново нормирање односно нови пропис.

Закључно са 2023. годином, у Сјеверној Македонији *de lege lata* израз развој наводи се у више прописа, на нивоу закона и подзаконских аката (види табелу 2), а препознаје се као: развијање технологија, инвестиције у технологије и други облик инвестицијских мјера, финансијска подршка (за развој), одрживост, квалитет живота, економска диверсификација, унапређивање, раст, помоћ, смањивање диспаритета и иновације. У неким формулацијама имплицитно се наводи да је ријеч о развоју, док га друге формулације експлицитно утврђују (види табелу 3).

Позитивно правни оквир се мора узети у обзир, посебно када прописује шта је развој, како се постиже, дали изричито прописује постојање/доношење стратешког документа, дали изричито утврђује организациону форму како ће се припремити и ко ће донијети стратешки документ, као што је случај са надлежностима Министарства локалне самоуправе, Савјета за равномјерни развој, Владе и Скупштине у доношењу Стратегије за равномјерни регионални развој.

Уколико (други) стратешки документ циља обухватити шири обухват, који обухвата и предмет постојећег стратешког документа прописаног законом, тада начело *lex specialis derogat legi generali* даје примат посебном законом. Примјера ради, за питања које је Закон о регионалном развоју већ утврдио, те и начин на који развој већ утврђен, како се остварује и који су органи надлежни за његово

[63] Вид. *https://hdr.undp.org/gender-development-index#/indicies/GDI*.

[64] Вид. *https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/tr/K-Gender-empowerment-measure-and-its-components.pdf*.

[65] Вид. *https://hdr.undp.org/content/2022-global-multidimensional-poverty-index-mpi#/indicies/MP*I.

спровођење, нити један други пропис се не може јавити као матични. Исто важи за све законе који су у снази. Из тога, нови пропис који циљ опредијелити развојне насоке има три опције да би био примењив:

1) Да дефинише развој на начин различит од већ дефинисаног у важећим прописима. Рецимо, прописивањем дужег временског периода стратешког документа или општијих циљева;

2) Да се посебни прописи измијене и усагласе са новим прописом како не би били у колизији или противрјечности;

3) Или алтернативно, један од важећих прописа да се допуни новим одредбама којима би задовољили циљ, доношења новог дугорочног планског документа.

Табела 4.

Национална	**Развојна стратегија**	**Републике Сјеверне Македоније**	**Временски период на спровођења**
Изражава опсег документа, на цијелој територији државе и над свим субјектима обухваћеним политикама које произлазе из документа	Специфична развојна насока. (табела 2 и 3).	Дефинише субјекта који доноси документ	Предвиђен временски период од када се планира почетак увођења политика када се очекује мјерљив учинак
Примјер: **Национална развојна стратегија Републике Сјеверне Македоније 2023-2033** **Национална развојна стратегија Републике Сјеверне Македоније 2023-2043**			

Табелу је израдио аутор.

Препоручљиво је да дугорочни плански документ са примјеном од двадесет година опредијели циљеве, а средњорочни и краткорочни плански документи да обезбиједе операционализацију спровођења, односно „како“ да се дугорочни циљеви остваре, према расположивим могућностима и околностима, чиме би се олакшало усаглашавање мјера, активности и циљева из секторских и мултисекторских стратегија са националном развојном стратегијом (види табеле 4 и 5).

Табела 5.		
Национална развојна стратегија Републике Сјеверне Македоније 2023-2043		
Садржи стратешке циљеве и показатеље ефекта		
Хоризонталне мултисекторске стратегије	Националне секторске стратегије	Локалне стратегије
Циљеви се усаглашавају са стратешким циљеви из НРС 2023–2043 Садрже показатеље резултата и показатеља исхода који одговарају актуелним програмским приоритетима и циљевима „Владе“ и/или локалних власти у тренутку и за период за који се доносе. Садрже показатеље ефекта који морају бити усаглашени/јединствени са показатељима ефекта из НРС 2023-2043.		
Табелу је израдио аутор.		

4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Колико је дужи временски период примјене документа, толико постаје сложеније планирање његовог спровођења. Период у којем се ефективно могу планирати мјере је до три године, а у изузетно стабилним политичким системима и повољним социо-економским околностима до пет година. Па тако, типично акцијско планирање и стратешко планирање обухвата период од три до пет година, са свјесном намјером да ће се задња планирана година текуће ажурирати и мијењати према околностима, могућностима и потребама доба. На дужи рок, могуће је и пожељно је дефинисање циљева, односно кључних промјена у држави које „желимо“ постићи без разлике на текуће околности, а даље мјере и активности путем којих ће се циљеви остварити да се дефинишу у краткорочним и средњорочним документима.

Други аспект дугорочног планирања, у смислу детаљног утврђивања конкретних мјера и активности *de lege ferenda*, које треба преузети владин састав након десет, петнаест или двадесет година је и недемократски, јер доводи у питање легитимитет будућег саставе владе да креира и спроводи јавне политике.

Из прагматичних разлога препоручљиво је да дугорочни плански документ који се доноси за период од двадесет година определи опште дугорочне циљеве, а да средњорочни и краткорочни плански документи спроведу операционализацију и определе како ће се дугорочни циљеви остварити.

Опстанак дугорочно опредељених циљева зависи од њихове прихваћености од свих засегнутих страна, због чега је неопходна

широка консултација током израде дугорочне стратегије. Процес мора обезбеди подршку од сваке тренутне власти. Имајући у виду ширину развојне стратегије, која уколико за „развој“ прихвати све макроекономске аспекте: стални економски раст, једнак економски раст свих планских региона, општине и насељена мјеста, урбана и рурална, да интегрише подстицање иновације, смањивање сиромаштва, инклузију маргинализованих заједница (у најширем смислу), приступ јавним услугама и приступ правди, суочиће се са великим и хетерогеним спектаром стејкхолдера и импликује ефективну сарадњу више институција, локалних власти, бизнис заједнице, грађанских организација и ширу јавност.

Коначно, најшири политички легитимитет овако предвиђен дугорочан плански документ може постићи уколико прође кроз јавну расправу и ако га донесе законодавни дом. Усвајање стратегије од законодавног дома је и *sine qua non* да она буде извор будућих јавних политика централних, али и локалних власти, које уживају аутономију у креирању и спровођењу локалних политика.

Шири друштвени консензус и широка расправа може се обезбедити у оквиру сталног савјетодавног тијела, којег формира влада. У саставу тог савјета, са минималним политичким присуством, био би широки спектар засегнутих страна: научну заједницу, стручне коморе, грађанске организације и маргинализовани заједнице, локалне власти, бизнис заједницу и друге стејкхолдере.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ben-Gera, Michal, „Co-ordination at the Center of Government: The Functions and Organization of the Government Office“, *https://www.-oecd-ilibrary.org/co-ordination-at-the-centre-of-government_5kml60-v4x2f6.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F5kml60v4x2f6-en&mi-meType=pdf*;
2. Гризо Наум, Давитковски Борче, Павловска-Данева Ана, *Јавна администрација*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2011;
3. European Commission, *Lifelong learning programme, implementation of the European Agenda for Adult Learning: Poland*, *https://www.oecd-ilibrary.org/sites/9789264311756-10-en/index.html?itemId=*;
4. Getting Skills Right: Future-Ready Adult Learning Systems, *https://www.oecd-ilibrary.org/sites/9789264311756-10-en/index.html?itemId=*;

5. Kozyra, Aleksandra, Motschilnig, Ricarda, Ebner, Gina, *The Status of Adult Learning and Education in Europe and North America, Regional Report*, UNESCO Institute for Lifelong Learning, Hamburg 2017;
6. *Skills Strategy Implementation Guidance for Portugal: Strengthening the Adult-Learning System*, OECD Skills Studies, OECD Publishing, Paris 2018.

Правни извори

1. Закон о административним службеницима, *Службени лист Републике Македониј*е, бр. 27/14, 199/14, 48/15, 154/15, 5/16, 142/16 и 11/18 и *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 275/19, 14/20 и 215/21;
2. Закон о Влади Републике Сјеверне Македоније, *Сл. Лист РМ*, бр. 59/00, 12/03, 55/05, 37/06, 115/07, 19/08, 82/08, 10/10, 51/11, 15/13, 139/14, 196/15, 142/16 и 140/18;
3. Закон о запосленим у јавном сектору, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 27/14, 199/14, 27/16, 35/18 и 198/18 и *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 143/19 и 14/20;
4. Закон о земљорадњи и руралним развојом, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 49/2010, 53/2011, 126/2012, 15/2013, 69/2013, 106/2013, 177/2014, 25/2015, 73/2015, 83/2015, 154/2015, 11/2016, 53/2016, 120/2016 и 163/2016;
5. Закон о локалној самоуправи, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 5/2002;
6. Закон о равномјерном регионалном развоју, *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 24/21 и 174/21;
7. Закон о удружењима и фондацијама, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 52/10, 135/11 и 55/16;
8. Методологија за начин припреме, спровођења, праћења, извештавање и оцењивање секторских стратегија, *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 122/2022;
9. Одлука за формирање Савјета за одрживи развој, *Службени лист Републике Македоније*, бр. 8/2010 и 186/2018;
10. Пословник за рад Скупштине Републике Сјеверне Македоније, *Службени лист Републике Македоније* бр. 60/2002, 91/2008, 119/2010, 130/2010, 23/2013 и *Службени лист Републике Сјеверне Македоније* бр. 152/2019;
11. Упутство о структури, садржини и начину припреме, спровођења, праћења, извештавања и оцењивања секторских и мултисекторских стратегија, *Службени лист Републике Сјеверне Македоније*, бр. 122/2022;
12. Уредба о начелима унутрашње организације органа државне управе;
13. Устав Републике Сјеверне Македоније, *https://www.sobranie.mk/-content/Odluki%20USTAV/UstavSRSM.pdf*;

Остали извори

1. „American Heritage Dictionary“, *https://www.ahdictionary.com*;
2. „The Cambridge Dictionary“, *https://dictionary.cambridge.org*;
3. Gender Development Index, UNDP, *https://hdr.undp.org/gender-development-index#/indicies/GDI*;
4. Gender Empowerement Measure, UNDP, *https://www.undp.org/-sites/g/files/zskgke326/files/migration/tr/K-Gender-empowerment-measure-and-its-components.pdf*;
5. Global Multidimensional Poverty Index, UNDP, *https://hdr.undp.-org/content/2022-global-multidimensional-poverty-index-mpi#/indicies/MPI*;
6. Дигитални рјечник македонског језика, *https://makedonski.gov.mk*;
7. Записник 22. тематске сједнице Владе Републике Сјеверне Македоније, доступан на: *https://vlada.mk/file/65060/download-?token=bFgUDOZI*;
8. Извештај из Регистра запослених у јавном сектору за 2021. годину, Министарство информатичког друштва и управе *https://www.mioa.-gov.mk/sites/default/files/pbl_files/documents/reports/finalen_izveshtaj_za_2022_godina_30.03.2022_godina.pdf*;
9. Партнерство за отворену власт, *https://ovp.gov.mk/*;
10. Human Development Index, UNDP, *https://hdr.undp.org/data-center/-human-development-index#/indicies/HDI*.

Full Professor Dragan Gocevski, LL.D.

Faculty of Law „Iustinianus Primus”, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, North Macedonia

CHALLENGES OF STRATEGIC NATIONAL DEVELOPMENT – QUALITATIVE LEGAL ANALYSIS IN THE CASE STUDY OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Summary

The paper represents a qualitative study conducted using legal analysis of competencies in developing and adopting a national development strategy in the Republic of North Macedonia. The paper addresses the legal competencies of state actors and their capacities for adopting national strategic documents: parliament, government, and the potential role and limitations of the chief of state. Furthermore, the paper gives an overview of the challenges of multisectoral scope of national development and collaboration with local government. The paper focuses on coordination mechanisms between central authorities and social partners, including horizontal coordination such as permanent bodies, ad hoc bodies, and intra-sectoral collaboration, as well as vertical coordination between the government and civil society organisations. The paper also analyzes strategies as mechanisms for coordination and the provision of coherent public development policies.

Key words: *Strategy; Strategic national development; Coordination of public policies.*

УДК/UDC 35.077.3
364
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Вук Цуцић

Правни факултет Универзитета у Београду

(У)СКРАЋИВАЊЕ ПРАВА НА ПОМОЋ И НЕГУ ДРУГОГ ЛИЦА – ОГРАНИЧЕНА РЕТРОАКТИВНОСТ РЕШЕЊА

Право на помоћ и негу другог лица припада лицима којима је због природе и тежине стања повреде или болести, односно због телесног или сензорног оштећења, интелектуалних потешкоћа или промена у здравственом стању потребна помоћ и нега другог лица како би задовољили своје основне животне потребе. То право се у Републици Србији остварује као једно од права проистеклих из пензијског и инвалидског осигурања (за осигуранике и кориснике пензија), а у случају да неко лице не може да оствари поменуто право по том правном основу, онда му се пружа као вид социјалне заштите. Прописи који уређују ово право не признају га од тренутка од кад су се стекли услови за остваривање овог права. Наиме, Закон о пензијском и инвалидском осигурању признаје право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица од дана подношења захтева за његово остваривање, а најраније шест месеци пре тог дана. Закон о социјалној заштити је још круђи, те право на додатак за помоћ и негу другог лица и право на увећани додатак за помоћ и негу другог лица признаје од дана подношења захтева ако су у моменту подношења захтева испуњени услови за признавање права. Аутор испитује могућност за отклањање проблема који је настао временским ограничавањем ретроактивности решења којима се ова права признају. Разматрају се de lege ferenda решења како на нивоу посебних закона који уређују ова права, тако и на нивоу правила општег управног поступка, путем одговарајуће измене Закона о општем управном поступку.

Кључне речи: Право на помоћ и негу другог лица; Декларативни управни акти; Ретроактивност.

Вук Цуцић, *vukcucic@ius.bg.ac.rs.*

1. УВОД

Научни скуп на којем је представљен резиме рада који следи носио је назив ”Правне празнине и пуноћа права”. Између правне празнине и пуноће права постоји још нешто – *одсуство пуноће права*. Реч је о ситуацији кад су прописи уредили одређено правно питање, али не један непотпун начин, не обухватајући га у целини.

Ради се о мањкавости правног уређења које по субјекте датог правног односа, нарочито ако је у питању признавање одређеног права, може бити погубнија од правне празнине. Наиме, означавањем одређеног пропуста законодавца правном празнином наводи на потребу да се таква нормативна недореченост отклони. Правна празнина је позив онима који право примењују да употребе доступне механизме – примера ради, аналогију, *argumentum a contrtario*, општа начела, било правног поретка као целине, било одређене гране права – како би изнедрили решење за изазове које је живот поставио, а законодавац није предвидео.

За разлику од правне празнине, *одсуство пуноће права – (у)скраћено правно уређење*, не даје прилику за реаговање на нивоу уобличавања појединачне правне норме. Онај који примењује норму на конкретан случај везан је њом, без могућности креативног (на)дограђивања норме на начин који би јој омогућио да обухвати предметну животну ситуацију у целини. Једини простор за реакцију налази се на општенормативном плану. Може се покренути поступак измена и допуна одговарајућих прописа.

Редови који следе баве се једним таквим случајем – *неодговарајућим законодавним уређењем права на помоћ и негу другог лица*. Поред описивања и анализе проблема, циљ рада је двострук. Рад тежи давању одговора на питање да ли се дати проблем може решити изменом конкретних посебних управних прописа, који уређују то право, као и питање да ли се проблем који се јавља – ограничене ретроактивности декларативних управних аката – може решити на генералном плану, изменом правила општег управног поступка,[1] садржаних у Закону о општем управном поступку[2] (у даљем тексту: **ЗУП**).

[1] Како у једном од уводних излагања са овог научног скупа примећује Хамза (*Gabor Hamza*), кодификовање права не осигурава одсуство правних празнина, G. Hamza, “Legal Gaps and the Completeness of Law – Introductory Remarks“, *Collection of Abstracts “Legal gaps and the completeness of law“* (ed. D. Ćeranić), East Sarajevo 2023, 3.

[2] Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 и 2/2023.

2. НЕДОСТАЦИ ЗАКОНСКОГ УРЕЂЕЊА ПРАВА НА ПОМОЋ И НЕГУ ДРУГОГ ЛИЦА

Право на помоћ и негу другог лица уређена је у два закона, *Закону о пензијском и инвалидском осигурању*[3] (у даљем тексту: **ЗПИО**) и *Закону о социјалној заштити*[4] (у даљем тексту: **ЗСЗ**). Правило је да се право на помоћ и негу другог лица остварује само по једном основу, дакле, или као право из пензијског и инвалидског осигурања или као вид социјалне заштите, за лице које није осигураник.[5]

Према чл. 41а ЗПИО, *право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица*, има осигураник и корисник пензије, коме је због природе и тежине стања повреде или болести утврђена потреба за помоћи и негом за обављање радњи ради задовољавања основних животних потреба, а сматра се да потреба за помоћи и негом другог лица постоји код лица које је непокретно, или које због тежине и природе трајних болести и болесног стања није способно да се самостално креће ни у оквиру стана уз употребу одговарајућих помагала, нити да се само храни, свлачи, облачи и да одржава основну личну хигијену, код слепог лица које је изгубило осећај светлости са тачном пројекцијом и код лица које постиже вид са корекцијом до 0,05.

Готово истоветно су услови за остваривање права дефинисани и у ЗСЗ. *Право на додатак за помоћ и негу другог лица* има лице коме је

---

[3] Закону о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019, 86/2019, 62/2021, 125/2022, 138/2022 и 76/2023.

[4] Закон о социјалној заштити, Службени гласник РС, бр. 24/2011 и 117/2022.

[5] Чл. 124а Закона о пензијском и инвалидском осигурању и чл. 92, ст. 2 Закона о социјалној заштити прописују да се новчана давања (у првом случају новчана накнада, а у другом додатак) за помоћ и негу другог лица не могу остварити по оба основа.

Изузетак прописује чл. 92, ст. 3 ЗСЗ, према којем корисник новчане накнаде за помоћ и негу другог лица који је то право остварио као инвалидно дете у организацији за пензијско и инвалидско осигурање по прописима о пензијском и инвалидском осигурању, који су били на снази до 1. јуна 1992. године, остварује право на додатак за помоћ и негу другог лица у висини разлике између износа додатка за помоћ и негу другог лица утврђеног у складу са овим законом и износа остварене новчане накнаде за помоћ и негу другог лица. Други изузетак садржи чл. 94, ст. 2 ЗСЗ, који прописује да лице из члана 92. став 3. овог закона и лице које је по прописима о пензијском и инвалидском осигурању остварило право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица и испуњава услове из става 1. овог члана може остварити право на увећани додатак за помоћ и негу другог лица у висини разлике између износа увећаног додатка за помоћ и негу другог лица утврђеног у складу са овим законом и износа новчане накнаде за помоћ и негу другог лица остварене по прописима о пензијском и инвалидском осигурању.

због телесног или сензорног оштећења, интелектуалних потешкоћа или промена у здравственом стању неопходна помоћ и нега другог лица да би задовољило своје основне животне потребе, с тим да потреба за помоћи и негом другог лица постоји код лица коме је услед телесног оштећења, оштећења чула вида које узрокује губитак осећаја светлости са тачном пројекцијом или се вид постиже са корекцијом 0.05, интелектуалних потешкоћа или промена у здравственом стању неопходна помоћ и нега другог лица ради задовољења основних животних потреба и које не може да устане из кревета, да се креће унутар стана без употребе помагала, да се храни, свлачи, облачи или да одржава основну личну хигијену без помоћи другог лица (чл. 92, ст. 1 и 5 ЗСЗ). ЗСЗ познаје и *право на увећани додатак за помоћ и негу другог лица* (чл. 94 ЗСЗ), али оно неће бити предмет посебне обраде у раду, јер закон прописује исти поступак за остваривање ова два права. На комплементарност права из ЗПИО и ЗСЗ указује и одредба чл. 92, ст. 4 Закона о социјалној заштити, у којем стоји да се потреба за помоћи и негом другог лица утврђује на основу прописа о пензијском и инвалидском осигурању.

Разлике између два права огледају се у основу остваривања, начину покретања поступка за њихово признање и, што је за тему рада најважније, тренутку од којег се она признају. Право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица припада осигуранику пензијског и инвалидског осигурања и кориснику пензије, док додатак за помоћ и негу другог лица остварује лице које не спада ни у једну од те две категорије (чл. 41а ЗПИО и чл. 92 ЗСЗ). Поступак за остваривање права на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица пред Републичким фондом за пензијско и инвалидско осигурање покреће странка својим захтевом (чл. 88 ЗПИО), док се поступак за стицање права на додатак за помоћ и негу другог лица може покренути како захтевом странке, тако и по службеној дужности (чл. 95, ст. 1 ЗСЗ). Право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица се остварује најраније шест месеци пре дана кад је захтев за покретање поступка поднет (чл. 84, ст. 1 ЗПИО), док се додатак за помоћ и негу другог лица признаје најраније од дана покретања поступка[6] (чл. 95, ст. 5 ЗСЗ).

[6] Наведена одредба, заправо, помиње само дан од кад је поднет захтев за признање права. Аналогно, у поступку који је покренут по службеној дужности, право би се могло признати најраније од тренутка покретања поступка. Пошто је овде реч о поступку који је покренут по службеној дужности, а који је у интересу странке, сагласно чл. 91, ст. 2 ЗУП, поступак се у тој ситуацији сматра покренутим кад орган предузме било коју радњу ради вођења поступка.

Управо *тренутак од којег се најраније признаје право* новчану накнадну, односно додатак за помоћ и негу другог лица представља поменуто одсуство пуноће права.

Наиме, законодавац је требало да има у виду лица којима би једно од датих права могло бити признато. Реч о лицима која спадају у *најрањивије групе*, која се не могу самостално о себи старати, нарочито ако је реч о оним особама које остварују ово право као вид социјалне заштите. Постоји значајна вероватноћа да лица у таквој ситуацији *неће бити у прилици да правовремено сазнају за могућност* добијања овог вида новчане помоћи. Исто важи и за лица на које терет вођења рачуна о њима падне, имајући у виду да највећи број лица која се јављају као странке у управном поступку спада у правне лаике. Другим речима, постоји вероватноћа да ће у знатном броју случајева лица која испуне услове за остваривање једног од ова два права, односно лица која се о њима старају, поднети одговарајуће финансијске издатке ради обезбеђивања помоћи и неге потребне за обављање радњи ради задовољавања основних животних потреба погођених лица (на пример, почеће да плаћају смештај у дому или здравственој установи, ангажоваће неговатеља или друго лице које ће пружати помоћ или ће, пак, сами почети да се старају о њима, ускраћујући себи могућност да то време и труд искористе за стицање прихода), те да ће сазнати за могућност добијања новчане накнаде или додатка за помоћ и негу другог лица тек пошто макар у једном делу буду преклудирани да остваре дата права.

Законодавац је то имплицитно и признао прописавши да се поступак за признавање права на додатак за помоћ и негу другог лица, као вид социјалне заштите, може покренути и по службеној дужности (чл. 95, ст. 1 ЗСЗ). Свест законодавца да је то могуће (ако не и вероватно) очитује се и у одредби чл. 97 ЗПИО, према којој се као дан настанка инвалидности, телесног оштећења и потребе за помоћи и негом другог лица узима се дан када је на основу прегледа дат налаз, мишљење и оцена органа вештачења, односно неки ранији дан за који постоји одговарајућа медицинска документација.

Нагласимо на овом месту колико је мало вероватно да ће лице успети да оствари ово право у целости, то јест, од дана од кад је испунило законске услове за његово стицање.

Кад је реч о додатку за помоћ и негу другог лица, као виду социјалне заштите, готово је извесно да макар одређени временски период у којем је лице испуњавало услове за стицање тог права неће моћи да буде признат у поступку, јер се право признаје *најраније од тренутка покретања поступка.* Могућност да лице оствари дато право у потпуности, то јест, за читав период током којег је испуњавало законске

услове за његово признање, постоји искључиво под условом да лице истог дана кад се испуне услови поднесе захтев. Узимајући у обзир услове који доводе до могућности признања овог права - телесно или сензорно оштећење, интелектуалне потешкоће или промене у здравственом стању због којих је лицу неопходна помоћ и нега другог лица да би задовољило своје основне животне потребе – готово да је немогуће да лице буде спремно на тако нешто у животном смислу, да буде свесно могућности признања датог права и да буде приправно да истог дана поднесе захтев или да истог дана орган за све то сазна и поступак покрене по службеној дужности.

Исто вреди и за остваривање права на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица према ЗПИО. Чињеница је да је законодавац омогућио да се права из пензијског и инвалидског осигурања остварују *најраније шест месеци пре подношења захтева* за њихово признање (чл. 84, ст. 1 ЗПИО). Ипак, држимо да је законодавац направио пропуст стављајући сва права из пензијског и инвалидског осигурања у исту раван, упркос њиховим очигледним разликама. Лице које испуни услове за старосну или инвалидску (па чак и породичну) пензију је унапред упознато са чињеницом да испуњава услове за то право. Томе их подучава и послодавац приликом констатације о престанку радног односа због испуњавања услова за пензију. Штавише, систем је устројен тако да поменута лица добијају средства за финансирање својих потреба док не почну да примају појединачне оброке пензије. У том смислу, чл. 119, ст. 1, тач. 1 Закона о раду[7] прописује да је послодавац дужан да запосленом при одласку у пензију исплати отпремнину, у складу са општим актом, а најмање у висини две просечне зараде. У таквој ситуацији, не постоји вероватноћа да лице пропусти да поднесе захтев за остваривање права на пензију у року од шест месеци од дана испуњавања услова за исту, те да добије од Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање све појединачне оброке пензије од дана од кад су услови за одлазак у пензију испуњени. Другачије ствар стоји са правом на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица. Нема послодавца који поучава странку да је испунила услове за стицање права, нити је реч о чињеници, која је и сваком правном лаику позната. Одатле произлази ризик да ни шест месеци није довољно да лице које има основа за признање права то и сазна на време.

[7] Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 и 95/2018.

3. ИЗМЕНА ПОСЕБНИХ ЗАКОНА – РАЗОРОЧАВАЊЕ РЕТРОАКТИВНОСТИ

Један од начина да се отклоне недостаци у регулисању права на новчану накнаду, односно додатак за помоћ и негу другог лица јесте *измена посебних прописа* којима су уређени – *ЗПИО и ЗСЗ.*

У оба случаја законодавац је препознао могућност доношења декларативног управног акта, то јест, управног акта који не би производио дејство само за убудуће, од тренутка његовог издавања, већ од неког ранијег тренутка, конкретно од дана покретања поступка (ЗСЗ) или до шест месеци пре тог тренутка (ЗПИО).

Ratio доношења (позитивног) декларативног акта јесте да само констатује (утврди) да су одређено право или обавеза настали по самој сили закона[8] и да произведе правно дејство од тренутка кад су законски услови за признање права, односно одређивање обавезе били испуњени. Како је *цео проблем и настао ограничавањем ретроактивности* декларативних управних аката којима се признаје једно од ових права, то се проблем уклањањем тог ограничења може и решити. Другим речима, чл. 84, ст. 1 ЗПИО, према којем се сва права из пензијског и инвалидског осигурања остварују од дана поднетог захтева, а најраније шест месеци пре тог дана, требало би изменити тако да се не односи на право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица. Изнет је већ став да се наведено право разликује од осталих права из пензијског и инвалидског осигурања (права на старосну пензију, права на превремену старосну пензију, права на инвалидску пензију, права на породичну пензију, права на новчану накнаду за телесно оштећење – чл. 18 ЗПИО) по томе што ће о могућности њиховог коришћења странка бити упозната од стране послодавца или надлежног органа, а и реч је о правима која су и правним лаицима ближе позната. То, како смо рекли, није случај са правом на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица. У погледу додатка за помоћ и негу другог лица, неопходно је изменити одредбу чл. 95, ст. 5 ЗСЗ, тако да се дато право признаје не од дана подношења захтева, већ од дана кад су били испуњени услови за признавање права.

Дакле, законодавац би требало да уреди ову ситуацију тако да се *наведено право стиче по сили закона*, те да се то накнадно само констатује декларативним управним актом, који би производио дејства од дана кад је лице испунило услове за признање права на помоћ и негу другог лица.

[8] З. Томић, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 210.

Теоретски би се таквом начину уређења поступка признавања права на помоћ и негу другог лица могао супротставити аргумент забринутости у погледу *начина доказивања тренутка испуњења услова за стицање овог права*. Ипак, ускраћивање датог права из наведеног разлога не би било оправдано из неколико разлога. Прво, моменат испуњења услова за стицање права, то јест, моменат од којег је одређеном лицу због природе и тежине стања повреде или болести, односно због телесног или сензорног оштећења, интелектуалних потешкоћа или промена у здравственом стању постала неопходна помоћ и нега другог лица да би задовољило своје основне животне потребе, могао би се доказивати налазима лекара, болничким извештајима и другом медицинском документацијом, као и доказима о плаћању установа за смештај лица или о накнадама неговатељима или другим лицима које пружају услуге помоћи и неге. Друго, ЗПИО већ дозвољава да доказивање наступања услова за стицање права на помоћ и негу другог лица пре дана подношења захтева за признање датог права, с тим да накнаду ограничава на до шест месеци пре тог тренутка. Треће, ако је законодавац био забринут у погледу начина доказивања тренутка испуњења услова за стицање овог права, могао је да створи обориву законску претпоставку, према којој би се у одсуству доказа о ранијем наступању услова за остваривање права, оно признавало од тренутка покретања поступка. Штавише, ЗПИО већ садржи такву норму. Ради се о цитираној одредби чл. 97, којом је прописано да се као дан настанка инвалидности, телесног оштећења и потребе за помоћи и негом другог лица узима дан када је на основу прегледа дат налаз, мишљење и оцена органа вештачења, односно неки ранији дан за који постоји одговарајућа медицинска документација.

4. ИЗМЕНА ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ – ПРОПИСИВАЊЕ ОПШТИХ УСЛОВА ЗА ИЗДАВАЊЕ ПОЗИТИВНИХ ДЕКЛАРАТИВНИХ УПРАВНИХ АКАТА

У овом одељку долазимо на терен сличан правној празнини – *изостанку уређења позитивних декларативних управних аката ЗУП-ом*. Пре него што објаснимо у чему се циљани недостатак ЗУП-а огледа, потребно је детаљније разјаснити шта су декларативни управни акти, које врсте декларативних управних аката постоје, колико и којих управних аката би по својој природи испуњавало услове да буде сврстано у ову категорију и каква су њихова правна дејства.

4.1. Појам, врсте, учесталост и правна дејства декларативних управних аката

Једна од подела управних аката је на конститутивне и декларативне.

Конститутивни (стваралачки,[9] *стварајући)*[10] *управни акти* су они који сами по себи стварају неку промену у правном систему, то јест, стварају, мењају или гасе одређени управни однос.[11] Како увек доводе до промене у правном систему, сви конститутивни управни акти спадају у категорију позитивних управних аката.

Декларативни управни акти само констатују (утврђују) да до услова за настанак одређене промене у правном систему (стварање, мењање или гашење управног односа) јесте раније дошло по сили закона или да се услови за промену нису стекли.[12]

Декларативни управни акти могу бити негативни и позитивни. *Негативни (или одбијајући) управни* акти су они који само констатују да се услови за промену у правном систему нису стекли.[13] Због тога су сви негативни управни акти декларативни.[14] Како негативни управни акти не доводе до промена у правном систему, то они немају правна дејства, изузев стицања одређене правне сигурности, која није непроменљива (в. испод).[15] С друге стране се налазе *позитивни декларативни управни акти*, којима се констатује да су одређена права и/или обавезе настали по сили закона или којима се констатује постојање одређене чињенице која производи правне последице.[16] Као пример могу се навести акти којима се констатује да је одређено лице од рођења стекло држављанство пореклом или да је одређено лице остварило услове за признавање права на старосну пензију. Таквим актима може се констатовати и да је неко лице раније испунило услове за утврђивање одређене обавезе. То је случај са решењем

[9] *Ibid.*, 209.

[10] Д. Милков, *Управно право II – Управна делатност*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2012, 30.

[11] Л. Костић, *Административно право*, ЗИПС СРС, Београд 2000, 373–378; З. Томић, 209; Д. Милков, 30; П. Димитријевић, *Управно право*, Медивест КТ, Ниш 2022, 210–211; Д. Васиљевић, З. Вукашиновић Радојичић, *Управно право*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд 2019, 211.

[12] Л. Костић, 387; З. Томић, 210; Д. Милков, 30; П. Димитријевић, 212; Васиљевић, Вукашиновић Радојичић, 211.

[13] Л. Костић, 368–371.

[14] З. Томић, *Управно право – Систем*, Београд 2002, 283.

[15] Д. Милков, 31–32.

[16] Д. Милков, 32; П. Димитријевић, 212; Д. Васиљевић, З. Вукашиновић Радојичић, 212.

којим се одређује порески дуг за порез на имовину. Њиме се констатује да је одређено лице стицањем права својине на непокретности постало обвезник плаћања пореза на имовину и да је дужно да плати порески дуг који је настао од дана стицања тог стварног права. Пример акта којим се констатује постојање чињенице која производи правне последице је акт којим се утврђује способност лица за служење војног рока.[17]

Ради одређивања *учесталости управних аката* који би се поступањем законодавца и/или доносиоца акта могли *подвести под категорију декларати*вних управних аката, неопходно је одговорити на два питања. Који је тренутак према којем се утврђује чињенично стање на основу којег ће бити донет управни акт? Колико често странке испуњавају прописима установљене услове за стицање права или утврђивање обавезе пре тренутка покретања управног поступка?

Да ли се решење у управном поступку доноси на основу *чињеница које постоје у тренутку покретања поступка* или у *оних које постоје у тренутку његовог издавања*?

ЗУП имплицитно прописује да се решење доноси на основу *правних прописа који су на снази у тренутку покретања поступка*. У оквиру начела помоћи странци, прописано је да је орган, ако у току поступка дође до измене прописа који је од значаја за поступање у управној ствари, дужан да о томе обавести странку (чл. 8, ст. 3 ЗУП). Тиме се омогућава странци да, ако сматра да јој то одговара, одустанком од захтева доведе до обустављања поступка, те да подношењем новог захтева у истој управној ствари обезбеди примену измењених прописа.[18] Наравно, то све важи под претпоставком да нови пропис није предвидео сопствено повратно дејство (ретроактивну примену) у складу са чл. 197 Устава Републике Србије.[19]

ЗУП, нажалост, не пружа једнако јасан одговор на питање да ли је за утврђивање чињеничног стања на основу којег се доноси управни акт пресудан тренутак покретања или окончања поступка.

У упоредном праву сусрећу се правни системи у којима се пракса по том питању јасно определила. Тако је у *француском праву* суду дато овлашћење да, кад одлучује у *спору пуне јурисдикције*, то јест, кад ће његова пресуда да замени поништени акт органа управе, приликом решавања предмета узме у обзир и чињенице и околности које

[17] Д. Милков, 32.

[18] З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд 2017, 29.

[19] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

су настале након доношења оспореног акта.[20] Накнадна измена чињеничног стања може да доведе како до незаконитости оригинално законитог управног акта, тако и до конвалидације иницијално незаконитог акта, с тим да се у првом случају акт може уклонити само од тренутка кад се догодила измена чињеничног стања која је довела до његове незаконитости.[21] Како суд у спору пуне јурисдикције ступа на место доносиоца оспореног акта, то проистиче да дато овлашћење поседује и орган приликом доношења акта, те да он своју одлуку заснива на чињеничном стању које постоји у тренутку издавања управног акта којим се окончава поступак.

У *пракси домаћих органа* управе јављали су се случајеви у којима је управна ствар решена према стању које је постојало у *тренутку доношења решења*. Наиме, Комесаријат за избеглице је расписао конкурс за поделу станова избегличким породицама, ради решавања њиховог стамбеног питања. Ранг листа је формирана на основу броја чланова домаћинства учесника на конкурсу. Та чињеница се током времена мењала (услед смрти и селидбе постојећих, као и досељавања и рађања нових чланова домаћинства), те самим тим се и ранг листа учесника на конкурсу мењала. Томе свему треба додати и чињеницу да одлука о додели станова није донета у законом предвиђеном року, већ је наступило ћутање управе.[22] Управо дати пример показује неке од изазова које одлучивање на основу чињеничног стања постојећег у тренутку доношења одлуке може донети.

Тумачење према којем су одлучне чињенице оне које су постојале у тренутку покретања поступка доприноси правној сигурности за странку и олакшава утврђивање чињеничног стања. Наиме, стање ствари се посматра према тачно одређеном тренутку, не мења се у току поступка, на сличан начин на који покретање поступка „замрзава“ меродавно право на основу којег ће ствар бити решена. Супротно тумачење отвара низ питања на која није једноставно дати одговор. У примеру везаном за конкурс, промена чињеничног стања мењала је исход поступка, то јест, ранг листу. Потенцијал за процесну злоупотребу у таквој ситуацији знатно расте. На пример, странка која зна да ће ускоро добити новог члана домаћинства могла би да покуша да одуговлачи поступак, како би исход био повољан по њу. Још је већа могућност подешавања исхода поступка од стране органа који исти води. Поставља се питање шта да се ради у ситуацији у којој орган

[20] В. Цуцић, *Управни спор пуне јурисдикције – модели и врсте*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 122.

[21] *Ibid.*

[22] V. Cucić, „The Impenetrable Wall of Administrative Silence in Serbia“, *Collection of Papers of the Faculty of Law in Niš* 93/ 2021, 64-65.

није одлучио у року, те је након наступања ћутања управе дошло до измене чињеничног стања. Да ли би незадовољна странка, нарочито ако је користила правно средство против ћутања управе, могла да тражи накнаду штете? Такође, како би чињенично стање при том тумачењу представљало ”покретну мету”, поставља се питање да ли је орган способан да у складу са начелом истине правилно, истинито и потпуно утврди све чињенице и околности које су од значаја за законито и правилно поступање у управној ствари (чл. 10, ст. 1 ЗУП) и то несумњиво на дан доношења одлуке. Где су гаранције да се чињенично стање неће изменити у последњем тренутку? Најзад, замислива је још једна нелагодна ситуација. Шта ако се током поступка измене прописи на основу којих треба донети одлуку, а део одлучних чињеница се измени након доношења тог новог прописа? Онда бисмо имали ситуацију да се на чињенице настале након измене прописа примењују прописи који су раније важили. Наведени изазови не јављају се у ситуацији у којој тражимо пресек чињеничног стања на дан покретања поступка.

С друге стране, одлучивање на основу чињеничног стања које постоји на дан доношења одлуке може се посматрати као израз начела делотворности и економичности (чл. 9, ст. 1 и 2 ЗУП), сагласно којима је орган дужан да странкама омогући да успешно и целовито остваре и заштите права и правне интересе и да осигура да се поступак води без одуговлачења и уз што мање трошкова по странку и другог учесника у поступку. Чињеница је да би се одлучивањем на основу чињеничног стања на дан доношења решења спречило покретање новог управног поступка, те да би се ствар уредила према ”најсвежијем” чињеничном стању. Наведено се може узети за предност овог тумачења. Може се, пак, тумачити и као његов недостатак. Наиме, зашто би се пренебрегавали сви проблеми везани које проузрокује овакав приступ у погледу правне сигурности ако се накнадно може водити нови управни поступак, јер се изменом одлучних чињеница ствара нова управна ствар?

На основу изнетог, става смо да је погодније тумачење према којем се у поступку одлучује на основу прописа и чињеница које су постојале у тренутку покретања поступка.

Чак и кад би одговор законодавца на ово питање био да се засигурно одлучује на основу чињеничног стања које је постојало у тренутку доношења решења, остаје друго постављено питање - колико често странке испуњавају прописима установљене услове за стицање права или утврђивање обавезе пре тренутка покретања управног поступка? И даље би у већини случајева услови за признавање права које странка захтева били испуњени пре покретања поступка. Тешко да

може да постоји оправдан разлог за странку да покрене захтевом поступак ако захтев не испуњава услове да буде усвојен. Странка би тиме ризиковала одбијање захтева. Па и у случају да је странка сигурна да ће услове за усвајање захтева испунити од тренутка покретања поступка до тренутка доношења одлуке, опет се поставља питање странкиног интереса да то учини. Замисливо би било да странка томе тежи у ситуацији у којој би постојала конкурентски захтеви о којима се одлучује према редоследу пријема, као што је случај код уписа хипотеке или другог заложног права на ствари. Али, таква разлог онда не би био оправдан. Давање предности подносиоцу захтева који је први поднео захтев, али касније испунио услове за стицање права (први поднео захтев, а касније стекао правни основ за упис заложног права) не би било правично.

Потанко разматрање ова два питања треба да укаже на учесталост случајева у којима су услови за признавање права и утврђивање обавеза испуњени пре него што је поступак покренут, те у којима би се потенцијално могли донети декларативни управни акти. Ако би се прихватио став да се у управном поступку одлучује на основу чињеничног стања које постоји у тренутку покретања поступка, онда би у свим предметима постојала могућност доношења декларативних аката. Тамо где нису испуњени услови, опет би били донети декларативни акти, али негативни. Чак и кад то не би био случај, ради избегавања ризика да им захтев буде одбијен, странке би покретале поступак тек онда кад су услови за усвајање захтева испуњени. Другим речима, и тој ситуацији би у већини случајева постојала могућност доношења декларативних управних аката.

Треба додати да постоје акти који не би могли да се подведу под категорију декларативних, односно којима се не би смело доделити ретроактивно дејство. *Дискрециони управни акти* ни под којим условима не би могли да се ставе у категорију декларативних због тога што је воља органа којом врши дискрециону оцену, то јест, избор између законом понуђених опција, конститутивни елемент акта, а изражава се управо доношењем управног акта. Дакле, услови за признавање права, односно утврђивање обавеза не би могли да се испуне пре тренутка доношења акта, те би он могао да производи дејство само за убудуће. У категорију декларативних управних аката, не би смели да се ставе *акти уписа у јавне регистре*. Наиме, уписом у јавни регистар, примера ради, у катастар непокретности, трећа лица могу да се поуздају у такав упис и не могу да докажу своју савесност у погледу чињеница које су биле уписане у регистар. Ако би се упис вршио

ретроактивно, онда би се институт савесности обесмислио.[23] Из наведеног примера произлази да код декларативних управних аката нарочито треба бити опрезан онда кад његово ретроактивно дејство, може утицати на права, обавезе и правне интересе трећих лица.

Правна дејства декларативних управних аката разликују се у зависности од њихове врсте.

Негативни управни акти немају правна дејства у смислу стварања промена у правном систему. Они једино дају одређени степен правне сигурности, мада он није апсолутан, јер је могуће поновно одлучивање у истој управној ствари без њиховог уклањања (в. наредни одељак).[24]

Позитивни декларативни управни акти су они којима се признају права и утврђују обавезе које су претходно настале *ex lege* и наводи се да они имају повратно (ретроактивно) дејство.[25] Држимо да то, ипак, није увек случај. Илустроваћемо то на примеру *стицања држављанства пореклом*.

За пример узимамо *Закон о хрватском држављанству*,[26] јер, за разлику од Закона о држављанству Републике Србије,[27] садржи одредбу према којој одређене категорије лица могу да стекну држављанство пореклом без обзира на године живота. Тако су у одређеном временском року од ступања на снагу датог закона, хрватско држављанство могла да стекну и лица старија од 21 године живота, која су рођена у иностранству, под условом да је један њихов родитељ у тренутку њиховог рођења био хрватски држављанин и да није било законом предвиђених сметњи за стицање држављанства (чл. 5, ст. 2 тог закона). Лица која су на тај начин стекла држављанство сматрају се хрватским држављанима од тренутка рођења (чл. 24а, ст. 1 тог закона).

Замислимо да је на наведени начин држављанство стекло лице које би до одређених година живота било војни обвезник. Замислимо да је лице стекло држављанство тим путем након што је навршило

[23] Милков сматра да је акт о упису у регистар удружења декларативни акт који нема ретроактивно дејство, већ делује само за убудуће, Д. Милков, 31. Држимо да је овде ипак реч о конститутивном управном акту, управо зато што удружење не постоји пре уписа у регистар и што акт делује само за будућност.

[24] Д. Милков, 30.

[25] З. Томић, 209; П. Димитријевић, 212; Д. Васиљевић, З. Вукашиновић Радојичић, 212.

[26] Закон о хрватском држављанству, *Народне новине*, бр. 53/91, 70/91, 28/92, 113/93, 4/94, 130/11, 110/15, 102/19 и 138/21, доступно на *https://www.zakon.hr/z/446/Zakon-o-hrvatskom-državljanstvu*, приступљено 1. августа 2024. године.

[27] Закона о држављанству Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 135/2004, 90/2007 и 24/2018.

године живота у којима више војна обавеза за њега не важи. Да ли ће дато лице, пошто се сматра да је од свог рођења било хрватски држављанин и пошто није одслужило војни рок онда кад је то требало да учини, бити казнено санкционисано због тога? Неће. Који би онда био интерес да се лица које на такав начин стиче држављанство да се сматра да је од свог рођења био држављанин? Интерес би могао да постоји. Према већ наведеној одредби чл. 5, ст. 2 Закона о хрватском држављанству, деца тог лица би могла да стекну хрватско држављанство, јер се сматра да је то лице, њихов родитељ, било хрватски држављанин у тренутку њиховог рођења.

Наведени пример показује да *ретроактивно дејство* овакве врсте декларативних управних аката јесте *само фикција*. Пре ће бити да такви акти имају ретроспективно дејство. *Ретроспективно дејство* значи да одређени правни акт уређује будуће последице догађаја који се десио пре његовог доношења.[28] За разлику од праве ретроактивности, такво дејство правног акта се назива и *псеудоретроактивност*.[29] У описаном примеру то се јасно види. Фикција да је то лице од рођења било хрватски држављанин омогућава остваривање права његове деце на стицање држављанства, то јест, омогућава уређивање будућих последица тог догађаја.

Питање је и да ли и код друга два примера ове врсте аката, који су поменути у раду – признање права на старосну пензију и права на новчану накнадну, односно додатак за помоћ и негу другог лица – постоји право ретроактивно дејство. Код њих лице стиче право да добије оно што је пропустило – изостале појединачне исплате по основу датих права. Ипак, истинско ретроактивно дејство би подразумевало довођење њихове имовине у стање у којем би била да су исплате заиста извршене у периоду пре доношења декларативног управног акта којим је констатовано раније стицање права. То би укључивало и исплату камате на накнадно исплаћене појединачне оброке, а чега на основу овог права нема.

Да сумирамо. *Немају сви декларативни управни акти исте правне последице*. Једни их уопште не производе (негативни акти), док други имају ретроспективно или макар ограничено (по обиму, не временском домашају) ретроактивно дејство. Важно је обрадити и рашчланити правне последице различитих врста декларативних управних аката, како би се сагледало њихово *de lege ferenda* уређење правилима општег управног поступка.

[28] Д. Поповић, Г. Илић-Попов, „Ретроактивност закона у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015, 10.

[29] *Ibid.*

4.2. *De lege ferenda* уређење декларативних управних аката Законом о општем управном поступку

ЗУП уређује негативне управне акте. Негативни акти су уређени посредно *начелом правноснажности решења* из чл. 14 ЗУП. Према датој одредби, решење против кога не може да се изјави жалба, нити покрене управни спор (правноснажно решење), а којим је странка стекла одређена права, односно којим су јој одређене обавезе, може да се поништи, укине или измени само у случајевима који су законом одређени. Дакле, за позитивне управне акте важи начело *ne bis in idem*, то јест, да би се о истој управној ствари поново одлучивало, такви акти морају претходно да се уклоне употребом одговарајућег правног средства. То *не важи за негативне управне акте*. Како они не стварају промену у правном систему, те немају нову правну супстанцу, они не представљају сметњу за покретање новог поступка и доношења другачијег решења у истој управној ствари.[30]

ЗУП пак није непосредно уредио позитивне декларативне управне акте. Чл. 17 ЗУП прописује да управни акт почиње да производи правна дејства од када је странка о њему обавештена, ако њиме није одређено да правна дејства почињу касније. Дакле, према ЗУП-у, сви управни акти су конститутивни, то јест, производе дејства за убудуће, од тренутка доношења, ако нису додатно модификовани одложним условом или роком. *Декларативни управни акти се могу сусрести само као изузетак предвиђен посебним законима*, као што је случај код права на помоћ и негу другог лица, стицање држављанство пореклом или плаћање пореза на имовину.

Изостанак уређења ове врсте декларативних управних аката ЗУП-ом је у оштрој супротности са учесталошћу аката који би могли да се подведу под ову категорију, то јест, учесталошћу аката код којих су услови за доношење испуњени пре покретања поступка (в. претходни одељак).

De lege ferenda законодавац би могао *ЗУП-ом да уреди могућност доношења ове врсте декларативних управних аката*. Другим речима, могао да би да пропише да би под одређеним условима доносилац акта могао да призна право од тренутка кад су били испуњени законом прописани услови за његово стицање. Имајући у виду ранија разматрања учесталости оваквих ситуација и правних дејстава таквих аката, држимо да би *услови за то могли бити следећи*. Било би, најпре, неопходно да су законом прописани услови за доношење управног акта испуњени пре покретања поступка. Тиме би били искључени

[30] З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 36; Д. Милков, 30; П. Димитријевић, 210.

дискрециони управни акти. Затим би странка требало да докаже да постоји интерес за признавање права од неког ранијег тренутка, примера ради, у циљу остварења неког другог права или правног интереса (пример са стицањем држављанства) или како би примили изостале исплате по основу тог права (старосна пензија, право на помоћ и негу другог лица). Напокон, пример са уписом у јавне регистре указује на могућност да ретроактивно (или ретроспективно) признање права може да утиче на права, обавезе и правне интересе трећих лица, те би се као услов требало поставити забрана негативног утицаја на правни положај трећих лица, односно сагласност тих лица за давање повратног дејства акту.

5. ЗАКЉУЧАК

Право на помоћ и негу другог лица припада лицима којима је због природе и тежине стања повреде или болести, односно због телесног или сензорног оштећења, интелектуалних потешкоћа или промена у здравственом стању потребна помоћ и нега другог лица како би задовољили своје основне животне потребе. То право се у Републици Србији остварује као једно од права проистеклих из пензијског и инвалидског осигурања (за осигуранике и кориснике пензија), а у случају да неко лице не може да оствари поменуто право по том правном основу, онда му се пружа као вид социјалне заштите. Прописи који уређују ово право *не признају га од тренутка од кад су се стекли услови за остваривање овог права*. Наиме, ЗПИО признаје право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица од дана подношења захтева за његово остваривање, а најраније шест месеци пре тог дана. ЗСЗ је још крући, те право на додатак за помоћ и негу другог лица и право на увећани додатак за помоћ и негу другог лица признаје од дана подношења захтева ако су у моменту подношења захтева испуњени услови за признавање права.

Сматрамо да је законодавац *требало да призна право на помоћ и негу другог лица од тренутка кад су се стекли услови за његово остваривање*, то јест, од кад је лице којем се оно признаје изгубило способност да самостално, без туђе помоћи и неге, задовољава своје основне животне потребе, без обзира колико времена је протекло између наступања тог услова и покретања поступка за признање права. Држимо да би то требало учинити зато што је реч о лицима која спадају у најрањивије групе, која се не могу самостално о себи старати, нарочито ако је реч о оним особама које остварују ово право као вид социјалне заштите. Постоји значајна вероватноћа да лица у таквој ситуацији, као и лица на које терет вођења рачуна о њима падне, неће бити у прилици да правовремено сазнају за могућност добијања овог

вида новчане помоћи. Законодавац је то имплицитно и признао прописавши да се поступак за признавање права на додатак за помоћ и негу другог лица, као вид социјалне заштите, може покренути и по службеној дужности.

Проблем настао прописивањем временски ограничене ретроактивности управних аката којима се признају ова права може се *решити на два нивоа* – на нивоу посебних прописа којима су дата права уређена, као и на нивоу правила општег управног поступка изменом ЗУП-а.

У погледу *посебних прописа – ЗПИО и ЗСЗ*, законодавац је требало да уреди ову ситуацију тако да се наведено право стиче по сили закона, те да се то накнадно само констатује декларативним управним актом, који би производио дејства од дана кад је лице испунило услове да му се дато право призна. Евентуална забринутост у погледу начина доказивања тренутка испуњења услова за стицање овог права (а које би се могло доказивати на различите начине – налазима лекара, болничким извештајима, доказима о плаћању установа или лица за услуге пружања помоћи и неге), може се отклонити прописивањем правила према којем ће се у одсуству доказа о ранијем наступању услова за остваривање неког од ових права, оно признати од тренутка покретања поступка (такво решење, али уз временско ограничење ретроактивности на шест месеци пре покретања поступка, већ садржи ЗПИО).

ЗУП уређује једну врсту декларативних управних аката – негативне (одбијајуће) управне акте, којима се констатује да нису испуњени услови да дође до промене у правном систему (то јест, да се створи, измени или угаси одређени управни однос).

ЗУП не уређује *позитивне декларативне управне акте,* којима се утврђује да странка по сили закона стекла права, односно обавезе пре доношења решења. Примери таквих аката су решења којима се признају права на старосну пензију или новчану накнаду, односно додатак за помоћ и негу другог лица или обавеза плаћања пореског дуга за порез на имовину. Уређење таквих управних аката у потпуности је препуштено посебним прописима. Ситуације у којима су услови за доношење одређеног управног аката испуњени пре него што је управни поступак покренут представљају правило у пракси. То значи да простор и потреба за уређење датог питања на нивоу правила општег управног поступка постоји. Законодавац би могао да пропише да се на захтев странке може признати одређено право од тренутка кад су законски услови за то бити испуњени, под условом да странка докаже да су услови били испуњени пре доношења решења, да странка има интерес за такво признање права (примера ради, у циљу стицања

неког другог права или добијања појединачних исплата на основу тако признатог права за период пре доношења решења) и да то не иде на штету трећих лица.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Васиљевић, Драган, Вукашиновић Радојичић, Зорица, *Управно право*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд 2019;
2. Димитријевић, Предраг, *Управно право*, Медивест КТ, Ниш 2022;
3. Костић, Лазо, *Административно право*, ЗИПС СРС, Београд 2000;
4. Милков, Драган, *Управно право II – Управна делатност*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2012;
5. Поповић, Дејан Илић-Попов, Гордана, ”Ретроактивност закона у пореском праву”, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015;
6. Томић, Зоран, Миловановић, Добросав, Цуцић, Вук, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд 2017;
7. Томић, Зоран, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018;
8. Томић, Зоран, *Управно право – Систем*, Београд 2002;
9. Hamza, Gabor, “Legal Gaps and the Completeness of Law – Introductory Remarks“, *Collection of Abstracts “Legal gaps and the completeness of law“* (ed. D. Ćeranić), East Sarajevo 2023;
10. Cucić, Vuk, „The Impenetrable Wall of Administrative Silence in Serbia“, *Collection of Papers of the Faculty of Law in Niš* 93/2021;
11. Цуцић, Вук, *Управни спор пуне јурисдикције – Модели и врсте*, Правни факултет Универзитета у Београду 2016.

Правни извори

1. Закон о држављанству Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 90/2007 и 24/2018;
2. Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 и 2/2023;
3. Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019, 86/2019, 62/2021, 125/2022, 138/2022 и 76/2023;
4. Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 и 95/2018;
5. Закон о социјалној заштити, *Службени гласник РС*, бр. 24/2011 и 117/2022;

6. Закон о хрватском држављанству, *Народне новине*, бр. 53/91, 70/91, 28/92, 113/93, 4/94, 130/11, 110/15, 102/19 и 138/21;
7. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Associate Professor Vuk Cucić, LL.D.

Faculty of Law, University of Belgrade

DENIAL OF THE RIGHT TO ASSISTANCE AND CARE OF ANOTHER PERSON–LIMITED RETROACTIVITY OF THE DECISION

Summary

Those who, due to the nature and severity of their injury or illness, such as physical or sensory impairment, intellectual difficulties, or changes in health, require the assistance and care of another person to meet their basic needs, are entitled to the assistance and care of another person. This right is recognized in the Republic of Serbia as one of the rights derived from the pension and disability insurance (for insured persons and pension beneficiaries) or, in the event that a person cannot realize the said right on that legal basis, as a form of social protection. The regulations governing this right do not recognize it from the moment when the conditions for its realization have been met. Namely, the Law on Pension and Disability Insurance recognizes the right to financial compensation for the assistance and care of another person from the date of submission of the request for its recognition or, at the earliest, six months before that day. The Law on Social Protection is even stricter, and the right to an allowance for the assistance and care of another person and the right to an increased allowance for the assistance and care of another person are recognized from the date of submission of the application if the conditions for recognition of the right were met at the time of application submission. The author examines the possibility of eliminating the problem that arose by limiting the retroactivity of decisions recognizing these rights. *De lege ferenda* solutions are considered both at the level of special laws regulating these rights and at the level of the rules of general administrative procedure, through the appropriate amendment of the Law on General Administrative Procedure.

Key words: *Right to assistance and care of another person; Declarative administrative acts; retroactivity.*

УДК/UDC 352.07(497.6РС)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Невенко Врањеш

Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци

АНАЛИЗА ПРИМЈЕНЕ ЕВРОПСКЕ ПОВЕЉЕ О ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Европска повеља о локалној самоуправи (engl. European Charter of Local-Self Government) – у даљем тексту Повеља је кључни документ Савјета Европе донесен 15. октобра 1985. године, а на снагу ступио 1. септембра 1988. године. Ратификована је од стране свих 47 земаља чланица Савјета Европе. Повеља је пројектовала стандарде за најважније сегменте локалне самоуправе као што су позитивноправни третман односно концепт, организација, контрола, финансирање, однос према централној власти, и др. Наведени стандарди доприносе развоју, али и демократизацији локалне самоуправе. Повеља суштински схвата локалну самоуправу као елемент децентрализације власти и демократизације друштва. Повеља не садржи прецизан и универзалан, а још мање јединствен модел, већ даје општа начела локалне самоуправе. Начела су довољно широка да земље потписнице изграде национално препознатљиве и специфичне моделе локалне самоуправе, који ће ипак уважавати исте демократске принципе односно учинити законитим оно што се данас сматра стандардом у овој области. Босна и Херцеговина је 12.07. 2002. године ратификовала Повељу, а иста је ступила на снагу 01. 11. 2002. године чиме се и обавезала на њену имплементацију. Ваља нагласити, да је према Уставу БиХ и Дејтонском мировном споразуму локална самоуправа у надлежности ентитета. У том смислу, Република Српска има право да уреди своју локалну самоуправу али и да је усклади са Повељом. Предмет рада је Анализа примјене Повеље у Републици Српској. У раду је истражен ниво односно степен имплементације Повеље у локалној самоуправи у Републици Српској по њеним кључним параметрима. У истраживању се користи упоредноправна метода као основна, а биће коришћене и метода анализе садржаја, историјска метода, квалитативна метода са бинарним индикаторима и метода правне синтезе.

Кључне ријечи: Европска повеља о локалној самоуправи; Принципи Европске повеље о локалној самоуправи; Локална самоуправа; Децентрализација и локална власт.

Невенко Врањеш, *nevenko.vranjes@fpn.unibl.org*.

1. ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Локалну самоуправу није једноставно одредити нарочито једнозначно. Одређења углавном зависе од провенијенције теоретичара (правници, социолози, политиколози и слично). Конституционалисти локалну самоуправу схватају као облик власти која се јавља на ужем подручју државе и то као производ децентрализације. Тако, Ратко Марковић одређује локалну самоуправу као ”облик одлучивања и управљања у локалним заједницама, конституисаним на ужим дијеловима државне територије, и то непосредно од стране њених становника или путем њиховог представништва, које они непосредно бирају, као и других локалних органа. То је локална власт коју врше локални органи, самовлада грађана у локалним заједницама. Локална самоуправа је оригинерна, својствена, па и основна организација власти.”[1] Рајко Кузмановић истиче конститутивне елементе локалне самоуправе наводећи да она зависи од облике владавине, унутрашњег уређење државе, расподјеле надлежности између централних и локалних органа и другог.[2] Да је локална самоуправа елемент децентрализације власти тврди и Александар Ђурђев, који сматра да грађани кроз локалну самоуправу у већој или мањој мјери самостално управљају пословима своје заједнице.[3] Слично цитиранима, Милан Влатковић детаљно наводи правне и политичке елементе локалне самоуправе истичући да је локална самоуправа најприје право грађана, затим, да она има организациону и персоналну самосталност, да постоје локални послови које требају да врше локални органи те да ти послови требају бити лишени било какве тутеле централних власти и најзад да локална самоуправа мора имати сопствени управни и нормативни оквир.[4] Не треба заборавити да је локална самоуправе политичка али и правна категорија, власт, право али и обавеза. Затим, локална самоуправа је и социолошка категорија будући да у себи садржи заједницу људи који заједно живе на одређеном локалитету. Тако Војислав Становчић наводи, да локална самоуправа има социолошко-политичко обиљежје будући да се развија у условима конкретног друштвено-политичког уређења.[5]

---

[1] Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције, двадесет друго поновљено издање*, Правни факултет, Београд, 2017, 405.

[2] Р. Кузмановић, *Уставно право, треће измијењено и допуњено издање*, Правни факултет, Бања Лука, 2002, 538.

[3] А. Ђурђев, *Локална самоуправа*, Правни факултет, Нови Сад, 1997, 5.

[4] М. Влатковић, *Право локалне самоуправе*, Бесједа и Бањалука колеџ, Бања Лука, 2008, 16-17.

[5] В. Становчић, *Комунални систем и комунална политика*, Научна књига, Београд, 1966, 43-44.

Повеља, дефинише локалну самоуправу као право и способност локалних власти да, у оквиру законских ограничења, уређују послове и управљају битним дијелом јавних послова под својом одговорношћу и у интересу локалног становништва.[6] Слично, готово идентично одређење локалне самоуправе налазимо у позитивном законодавству Републике Српске па и земља региона. Тако, важећи Закон о локалној самоуправи у Републици Српској, прописује да је локална самоуправа право грађана да непосредно и преко својих слободно и демократски изабраних представника учествују у остваривању заједничких интереса становника јединице локалне самоуправе, као и право и способност органа јединице локалне самоуправе да регулишу и управљају, у границама закона, јавним пословима који се налазе у њиховој надлежности, а у интересу локалног становништва.[7] Трагом интерпретираних одређења сматрамо да у најважнија обиљежја локалне самоуправе спадају: ”1) да је локална самоуправа право грађана законом прописано, а често и уставом гарантовано те међународним правом подржано; 2) да се кроз право на локалну самоуправу становницима одређеног подручја (најчешће општине или града), али и њиховим властима даје могућност да самостално уреде и управљају одређеном групом, за живот на локалном нивоу, витално важних послова, које централна власт не може квалитетно организовати и вршити; 3) да се у локалној самоуправи обављају како изворни послови односно послови које планира и организује локална власт ради задовољавања потреба локалног становништва, тако и послови које држава препусти вршењу локалним властима за потребе државе, али и самих грађана; 4) да се за потребе вршења локалне самоуправе формирају локална представничка тијела (скупштине или вијећа) која се попуњавају на демократским непосредним изборима; 5) да се извршни слој локалне власти састоји од стране народа директно бираног градоначелника града или начелника општине који се налази на челу градске односно општинске управе или се извршно тијело бира од стране представничког тијела; 6) да представнички и извршни органи локалне власти имају надлежност доношења прописа (изузев закона), којима се ближе одређује вршење послова власти на локалном нивоу те да ти прописи морају подлијегати принципима уставности и зако-

[6] *Evropska povelja o lokalnoj samoupravi*, Kongres lokalnih i regionalnih vlasti Savjeta Evrope, Strazbur, 2020, 12.

[7] *Чл. 3 Закона о локалној самоуправи*, Службени гласник Републике Српске, бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2021. Идентично одређење налазимо у Србији у *чл. 2 Закона о локалној самоуправи*, Службени гласник Републике Србије, бр. 129/2007, 83/2014 - др. закон, 101/2016 - др. закон 47/2018 і 111/2021 - др. закон). Затим, у *чл. 2 Закона о принципима локалне самоуправе у Федерацији БиХ*, Службене новине Федерације БиХ, бр. 49/06.

нитости по сваком основу; 7) да локална самоуправа, поред других, има и своје сопствене изворе прихода којима самостално располаже; 8) да се на простору локалне самоуправе без организације од стране централне власти спроводе институти непосредне демократије на основу којих грађани могу артикулисати своје ставове, потребе и захтјеве како према локалним тако и према централним властима; 9) да код расподјеле надлежности између централних и локалних власти преовладава принцип супсидијарности, по коме послове треба препустити оним органима који су ближи грађанима; 10) да надзор централних над властима локалне самоуправе буде законом прописан и интензитетом одмјерен сразмјерно врсти послова; 11) да локалне власти и заједнице имају могућност како међусобне тако и регионалне и међународне сарадње; 12) да је локална самоуправа одраз функционалности територијалне подјеле и организације државе и најзад (13) да је локална самоуправа израз демократичности државе и друштва.”[8]

Локална самоуправа данас све више постаје инструмент за сагледавање степена демократизације одређеног друштва. Остваривање права на локалну самоуправу поред слободе избора, слободе медија и права националних мањина индикатор је стања владавине права модерних демократија. Наведеном претходи чињеница да локална самоуправа данас представља израз децентрализације власти и демократизације друштва. Другим ријечима, демократија се најдосљедније и најпотпуније остварује у локалним заједницама. Полазећи од претпоставке да је са даљине могуће владати али не и управљати,[9] локална самоуправа представља оперативно нужан институт јер је немогуће у држави ма које величине она била, сву власт сконцентрисати у једном центру. Надаље, локална самоуправа је инструмент који омогућава грађанима датог подручја да самостално и у сарадњи са својим изабраним представницима уреде односе и створе инфраструктуру као и услове живота који ће њима омогућити најбољи могући животни амбијент. Данас не постоје државе демократске орјентације које немају организовану локалну самоуправу.

Битно је нагласити, да је локална самоуправа у Босни и Херцеговини у надлежности ентитета и Устав БиХ локалној самоуправи не посвећује нити једну одредбу. Ово није непознато у упоредноправној пракси за шта најизразитији примјер налазимо у чињеници да Устав САД нема одредаба о локалној самоуправи, препуштајући њено уре-

[8] N. Vranješ, *Lokalna samouprava*, Fakultet političkih nauka, Banja Luka, 2020, 22.

[9] ”Колико је могуће владати из далека, толико се може добро управљати само изблиза” - образложење декрета од 25. марта 1852. године у Француској које се приписује Lammennaisu (B. Kostadinov, "Ogranienje ovlasti vlade u tranzicijskom razdoblju u parlamentarnim demokracijama", *Informator*, 6469/17, Zagreb, 2018, 9).

ћење федералним јединицама.[10] Такође, преовладава пракса да се у федерацијама локална самоуправа препушта федералним јединицама. Поред поменутих САД, оваква рјешења налазимо и у Њемачкој, Аустрији, Швајцарској и многим другим сложеним државама.

2. ЕВРОПСКА ПОВЕЉА О ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ

Као што смо већ нагласили Повеља је документ Савјета Европе који на оквиран начин прописује принципе, стандарде, оквирни концепт и правни основ локалне самоуправе. Значај Повеље огледа се у чињеници да су је прихватиле и ратификовале све земље чланице Савјета Европе (њих 47).

Повеља је структуирана на начин да се састоји од преамбуле и три дијела. Преамбула садржи циљеве. Циљеви повеље су 1) постизање већег јединства међу земљама чланицама; 2) усмјеравање на прекограничну сарадњу, јачање сусједских односа и уклањање административних и техничких баријера у прекограничној сарадњи; 3) постизање већег нивоа споразумијевања на административном плану; 4) поштовање принципа демократије када је у питању право грађана на учествовању у вођењу јавних послова и 5) стварање ефикасне и грађанима блиске управе на локалном нивоу, у сагласности са начелима демократије и децентрализације власти.[11] Суштински, Повеља замишља локалну самоуправу као право грађана и њихових локалних представника (пожељно уставом гарантовано и обавезно законом прописано), да самостално уреде послове своје локалне заједнице односно јединице локалне самоуправе на начин да имају директно биране представнике и представничко тијело. Потом то представничко тијело може изабрати извршно тијело, али извршно тијело може да да буде и директно бирано од стране народа (модел директно бираних начелника односно градоначелника). Одлуке се требају доносити уз широке консултације са грађанима, посредством облика непосредне локалне демократије (зборови грађана, референдуми, грађанске иницијативе и др.). Најзад, јединице локалне самоуправе требају имати сопствене изворе финансирања који морају бити стабилни и одрживи и који ће бити прикупљани и пројектовани без утицаја централних власти (својеврсна финансијска самосталност локалне самоуправе). Укратко, ово би била замисао модела локалне самоуправе према одредбама Повеље.

[10] Г. Марковић, *Уставни лавиринти, Апорије уставног система Босне и Херцеговине*, Службени гласник, Београд, 2011, 515.

[11] Ђ. Блажић, *Sistem lokalne samouprave*, Fakultet za državne i evropske studije, Podgorica, 2011, 109.

Очекивања земаља Централне и Источне Европе, а у свјетлу Повеље, била су усмјерена ка локалним властима, као промотерима демократије и ефикасности. Када је дошло до колапса комунистичког режима оријентисаног на централизовану власт, локална и регионална демократија је виђена као снага која ће поново изградити декомпоноване политичке институције на локалном нивоу, одговорити на потребе грађана и реформисати корумпирану владу.[12] Такође, очекивања од локалне самоуправе су велика и од стране грађана који највећи дио својих права остварују али и обавеза измирују у локални самоуправама.

Повеља има свој субјективитет у смислу праћења реализације. Тако постоји Конгрес локалних и регионалних власти Савјета Европе (*Congress of Local and Regional Authorities*) који у свом саставу има Комисију за мониторинг (*The Monitoring Committee*) која сваких пет година обавља анализу имплементације повеље од стране сваке земље потписнице и о томе сачини одговарајући извјештај са препорукама. Значајан је то корективни фактор за сваку земљу и за њену локалну демократију.

Босна и Херцеговина у дејтонском облику релативно је касно приступила Савјету Европе (24. априла 2002. године) али је ускоро након тога потписала Повељу (12. јула 2002. године) која је ступила на снагу 1. новембра 2002. године. Од ступања на снагу до данас мониторинг Повеље је извршен у шест наврата (2000., 2001., 2006., 2012., 2014., и 2019. године). Уз Повељу постоје још и Додатни протокол о праву на учествовање у пословима локалне власти, потписан у Утрехту 2009. године, који је ступио на снагу 2012. године, а који јача право учешћа грађана у пословима локалних власти кроз механизме признања права држављана потписнице да, као бирачи или кандидати, учествују у изборима чланова савјета или скупштина локалних власти у локалној заједници у којој имају пребивалиште. Босна и Херцеговине није потписница овог додатног протокола.

У наставку рада, у табели дајемо Преглед одредби Повеље по члановима.

[12] A. Haveri, Introduction to Twenty Years of Capacity Building in LocalGovernment, In: de Vries, M. S. & Nemec, J. (eds.) *Public Sector Dynamics in Centraland Eastern Europe*, Bratislava, pp. 95-98, према: C. Lääne, C. Mäeltsemees & V. Olle, Challenges of the Implementation of the European Charter of Local Self-Government in EstonianLegislation, *Lex localis - Journal of local self-government*, Vol. 16, No. 4, Rotherham, 2018, p. 984.

ОДРЕДБЕ ПОВЕЉЕ	ЧЛАНОВИ ПОВЕЉЕ
Уставни и законски основ локалне самоуправе	Чл. 2
Концепт локалне самоуправе	Чл. 3.1; Чл. 3.2
Дјелокруг локалне самоуправе	Чл. 4.1; Чл. 4.2; Чл. 4.3; Чл. 4.4; Чл. 4.5 и Чл. 4.6
Заштита дјелокруга локалне власти	Чл. 5
Одговарајућа организација управе и извори средстава за обављање послова локалних органа власти	Чл. 6.1 и Чл. 6.2
Услови вршења функција локалних органа власти	Чл. 7.1; Чл. 7.2 и Чл. 7.3
Управни надзор над радом локалних органа власти	Чл. 8.1; Чл. 8.2 и Чл. 8.3
Извори финансирања локалних органа власти	Чл. 9.1; Чл. 9.2; Чл. 9.3; Чл. 9.4; Чл. 9.5; Чл. 9.6; Чл. 9.7 и Чл. 9.8
Право локалних органа власти на удруживање	Чл. 10.1; Чл. 10.2 и Чл. 10.3
Законска заштита локалне самоуправе	Чл. 11

Табела 1. *Преглед одредби Повеље по члановима*

3. ПРИНЦИПИ ЕВРОПСКЕ ПОВЕЉЕ О ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ

Сáма Повеља не даје егзактан приказ принципа односно начела већ до њих долазимо аналогијом. Тако различити аутори наводе различите принципе чији број и врста варирају од аутора до аутора.[13] Европска повеља садржи основне принципе о улози, положају и организацији локалне самоуправе.[14] Ове принципе државе потписнице треба да угради у њихово национално законодавство као и да их оперативно примјењују у пракси у конкретним системима. Принципи су имали значајну улогу јер су унаприједили системе локалне самоуправе нарочито оних држава које су имале традиционално централизован систем власти, каквим се имају сматрати бивше социјалистичке земље Централне и Источне Европе. Принципи представљају минимум стандарда демократских друштава у области локалне демократије.

[13] N. Vranješ, *Op. cit*., str. 61.

[14] П. Димитријевић, З. Лончар, Д. Вучетић, *Право локалне самоуправе*, Службени гласник, Београд, 2020, 24.

Према, Димитријевићу и Вучетићу Повеља има сљедеће принципе: 1) јемство локалне самоуправе; 2) самосталност, самоорганизовање и демократски избор органа; 3) самосталност, дјелокруг и право на консултовање; 4) заштита граница локалних заједница; 5) одговарајућа и професионална организација локалне управе; 6) услови вршења функција у локалним органима власти; 7) ограничен управни надзор централних власти над радом локалне самоуправе; 8) извори финансирања; 9) право на сарадњу и удруживање и 10) законска заштита локалне самоуправе.[15]

Блажић наводи чак 11 принципа Европске повеље о локалној самоуправи. ”Иако сматрамо да сви ови принципи не произилазе директно из Повеље, стајемо на становиште да су они на директан или индиректан начин ипак оно што је Повеља настојала пројектовати у европском простору локалне самоуправе. Стога ћемо у наставку навести и описати садржај ових принципа. Дакле, Европска повеља о локалној самоуправи подразумијева сљедеће принципе: 1) принцип децентрализације; 2) принцип законитости; 3) принцип супсидијарности; 4) принцип деполитизације; 5) принцип аутономности; 6) принцип професионализације; 7) принцип међусобне сарадње државне и локалне самоуправе; 8) принцип ефикасности и економичности рада органа локалне самоуправе; 9) принцип једнакости; 10) принцип јавности рада (транспарентности) и 11) принцип инкомпатибилности јавних функција.”[16]

4. ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА ПРИНЦИПА ЕВРОПСКЕ ПОВЕЉЕ О ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

У наставку рада анализираћемо примјену принципа Европске повеље о локалној самоуправи у Републици Српској, а с ослонцем на горе наведену прихваћену детерминацију принципа.

Принцип децентрализације

Принцип децентрализације подразумијева да локална власт буде другачија и различита од централне власти. То је готово једна потпуно нова власт која се више приближава својеврсној аутономији него деконцентрацији власти. Разликујемо територијалну и политичку децентрализацију. Територијална децентрализација подразумијева постојање одређених нивоа (општина, градова, срезова, округа и сл.), а политичка децентрализација се односи на одлучивање, финансирање, фискалитете, имовину и сл. Такође, наведено би значило прено-

[15] П. Димитријевић и Д. Вучетић, *Систем локалне самоуправе*, Правни факултет у Нишу и Службени гласник Републике Србије, Ниш, Београд, 2011, 25-26.
[16] N. Vranješ, *Op. cit*., str. 61.

шење одлучивања на локалне органе. У свијетлу овог принципа можемо рећи да је обим локалних послова је у Републици Српској прописан Законом те да нема суштинске децентрализације. Прије би се дало говорити о деконцентрацији власти имајући у виду територијалну дисперзију републичких органа и организација. Једностепеност локалне самоуправе, њена „омнибус“ надлежност и монотипска организација, фактори су који указују да се не ради о децентрализацији власти кроз локалну самоуправу.

Принцип законитости

Повеља налаже да локална самоуправа земаља мора бити прописан законом, а пожељно је да буде и уставом гарантована. У том погледу, Устав Републике Српске не гарантује право на локалну самоуправу али постоји Закон о локалној самоуправи који уређује систем локалне самоуправе, јединице локалне самоуправе, начин и услове њиховог формирања, послове локалне самоуправе, органе јединица локалне самоуправе, међусобне односе скупштине јединице локалне самоуправе и градоначелника, односно начелника општине, имовину и финансирање јединица локалне самоуправе, акте и јавност рада органа јединица локалне самоуправе, поступак надзора над радом органа јединица локалне самоуправе, облике непосредног учешћа грађана у локалној самоуправи, сарадњу органа јединица локалне самоуправе, однос републичких органа и органа јединице локалне самоуправе, заштиту права локалне самоуправе, као и друга питања од значаја за остваривање права и дужности јединица локалне самоуправе. Дакле један свеобухватан и систематичан закон. Ово је по реду четврти закон који Република Српска доноси од свог настанка. Први је донесен 1994. године, други 1999., трећи 2004. године и најзад, тренутно важећи, четврти по реду, 2016. године.[17]

Принцип супсидијарности

Супсидијарност се огледа у чињеници да локалне власти имају нормативну, извршну, финансијску, управљачку и друге облике самосталности. Кључно правило је да се сви послови који су ближи грађанима извршавају у јединицама локалне самоуправе те да у дилеми да ли је неки посао у надлежности централних или локалних власти има се сматрати надлежношћу локалних власти. Конкретније, супсидијарност означава да у вршење јавних послова предност имају ниже

[17] N. Vranješ, Novi zakon o lokalnoj samoupravi u Republici Srpskoj - izazovi i očekivanja, *Зборник радова са научног скупа „(Ре)конструкција друштвене стварности“*, ур. Здравко Злокапа, Факултет политичких наука, Бања Лука, 2018, 85-98.

инстанце власти односно инстанце које су ближе грађанима.[18] У погледу афирмације овог принципа у локалној самоуправи Републике Српске, можемо рећи да он није нигдје уставом, а ни законом изричито признат у смислу норме која би указивала да у дилеми, да ли неки посао припада локалним или централним властима, има се сматрати да је у надлежности локалних власти. Чињеница јесте да локална самоуправа у Републици Српској има своју нормативну самосталност која се огледа у нормама да локална представничка тијела имају могућност доношења свих подзаконских општих правних аката како правне природе (статут, пословник, буџет, рјешења и закључци), тако и програмске природе (стратегије, планови и програми), али и оних политичке природе (резолуције и препоруке).[19] Из овако постављене нормативне дјелатности произилази и јака извршна дјелатност која се огледа у актима начелника односно градоначелника који има законско овлашћење да доноси одлуке, правилнике, наредбе, упутства, рјешења, закључке, планове и програме[20] као и надлежности општинске односно градске управе која кроз појединачне правне акте рјешава о правима, обавезама и правним интересима физичких и правних лица у различитим управним стварима. Најзад, финансијска самосталност јединица локалне самоуправе у Републици Српској огледа се у постојању сопствених финансијских прихода које јединице локалне самоуправе у Републици Српској посједују те са њима суверено располажу.[21] Према важећем Закону о локалној самоуправи, јединице локалне самоуправе имају право на властите финансијске ресурсе, којима њихови органи могу слободно располагати у оквиру своје надлежности, у складу са Законом. Другачије речено, властити извори прихода припадају искључиво јединицама локалне самоуправе. То олакшава јединицама локалне самоуправе да планирају своје приходе и расходе. Такође, јединице локалне самоуправе имају право и на приходе из републичког буџета. Расподјела прихода између Републике и јединица локалне самоуправе, у складу са степеном развијености јединица локалне самоуправе утврђује се законом.[22] Трагом наведе-

[18] M. Pejanović, E. Sadiković, *Lokalna samouprava u Bosni i Hercegovini*, Šahinpašić, Sarajevo, Zagreb, 2010, 23.

[19] *Чл. 82 Закона о локалној самоуправи*, Службени гласник Републике Српске, бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2021.

[20] *Ibid.*

[21] Видјети: *Чл. 74 Закона о локалној самоуправи* (приходи и примици јединица локалне самоуправе) и *Чл. 11 Закона о буџетском систему Републике Српске* (приходи буџета општина и градова), Службени гласник Републике Српске, бр. 121/2012, 52/2014, 103/2015 и 15/2016.

[22] Шире видјети: N. Vranješ, T. Prorok, *Report on the compliance of local self-government financing in*

ног, можемо закључити да се локална самоуправа у Републици Српској у високом степену базира на принципу супсидијарности.

Принцип деполитизације

Деполитизација је друштвени термин супротан од термина политизација. Уколико је политизација бављење политиком, утолико је деполитизација лишавање те могућности. Политизација у локалној самоуправи најизразитије погађа локални службенички систем и службенике јединица локалне самоуправе. У демократским друштвима, минимална примјена овог начела подразумијева, да процес селекције и запошљавања службеника локалне самоуправе, њихов рад, поступање, доношење одлука и правних аката као и сам рад градске односно општинске управе мора бити изван домашаја политичког утицаја. Деполитизација процеса селекције кадрова у општинске односно градске управе императив је њене професионализације. Немогуће је извршити потпуну деполитизацију локалне самоуправе на начин да се потпуно елиминише политика у локалној самоуправи. ”Политички утицај је неминован у демократским друштвима. Тај политички утицај, међутим, мора да буде сведен на пројектовање и реализацију прогресивних политика које се артикулишу у локалним представничким органима у складу са уставним и законским надлежностима будући да је логично да владајући политички субјекти проводе њихове политике на основу којих су добили повјерење грађана. Спорно је утврдити границу између политике и политизације, затим између изабраних и именованих те између изабраних и постављених кадрова. Другачије речено, нужно је утврдити, до којег хијерархијског нивоа локалне управе се смјењују кадрови промјеном и доласком нових политичких структура”.[23] Елементе политизације *inter alia* налазимо код попуне извршилачких мјеста у општинској односно градској у нормама Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе по којима приликом спровођења поступка за пријем службеника градоначелник, односно начелник општине именује конкурсну комисију, при чему конкурсна комисија има пет чланова, од којих су два члана службеници који имају одговарајуће професионално искуство, један члан је службеник за управљање људским ресурсима, а два члана су са листе стручњака коју утврђује скупштина.[24] Јасно је да градоначелник односно начелник може имати утицај на овако име-

Republika Srpska with the European Charter of Local Self-Government, https://www.alvrs.com/UcitaneSlike/admin/Dokumenti/report-on-the-compliance_eng-final-1.pdf, 29.05. 2024. godine.

[23] N. Vranješ, *Lokalna samouprava*, Fakultet političkih nauka, Banja Luka, 2020, 62-63.

[24] *Чл. 79 Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе*, Службени гласник Републике Српске, бр. 97/16.

новане чланове комисије која је производ његовог дискреционог избора и који имају већински број гласова у укупном саставу комисије и у односу на стручњаке. У овако постављеној норми препознајемо елементе политизације чињеницом да су начелници односно градоначелници политички диспониране личности.

Принцип аутономности

Смисао аутономије локалне самоуправе према схватању Повеље не заснива се на територијалној нити на персоналној као ни било којој трећој аутономији локалне самоуправе већ се огледа у могућности да локалне власти обављају одређен круг изворних послова који не подлијежу контроли цјелисходности од стране централних органа власти док контрола законитости остаје у потпуности под надзором централних органа било да се ради о изворним и/или пренесеним пословима. Овај принцип је садржан у одредби Повеље која налаже, да тамо гдје су локалним властима додијељена овлашћења од стране централних власти, локални органи власти ће, у мјери у којој је то могуће, имати пуну слободу одлучивања те прилагођавати своје активности локалним условима.[25] У Републици Српској је ово право законом уређено па можемо говорити о поштовању принципа аутономности локалне самоуправе јер Министарство управе и локалне самоуправе проводи управни надзор само над законитошћу послова који су од изворног дјелокруга не улазећи у њихову цјелисходност док послови пренесеног дјелокруга подлијежу како провјери законитости тако и провјери цјелисходности. Код овог принципа важно је напоменути, да Влада Републике Српске не може поништавати акте јединица локалне самоуправе Републике Српске.

Принцип професионализације

Овај принцип је уско повезан са принципом деполитизације и принципом инкомпатибилности јавних функција. Конкретније овај принцип значи да организација, рад и контрола рада локалне самоуправе остају изван домашаја политике. Овај принцип долази до изражаја приликом изградње службеничког система локалне самоуправе.[26] Конкретније, службенички систем треба да се заснива на интегритету, објективности, непристрасности, ефикасности, креативности, мотивисаности и способности службеника да доносе одлуке и извршавају задатке у циљу заштите јавног интереса и права грађана.[27]

[25] *Čl. 4 (5) Evropske povelje o lokalnoj samoupravi,* Kongres lokalnih i regionalnih vlasti Savjeta Evrope, Strazbur, *2020, 13.*

[26] N. Vranješ, *Lokalna samouprava*, Fakultet političkih nauka, Banja Luka, 2020, 63.

[27] З. Урошевић, *Професионализација, стручно усавршавање и процеси развоја локалне самоуправе, докторска дисертација*, Правни факултет, Београд, 2016, 429.

Република Српска је 2016. године донијела посебан закон - Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединица локалне самоуправе[28] чиме је ову категорију лица сврстала у засебан режим радноправних и службеничких односа. Ваља нагласити, да је овакво рјешење било и у претходним законима али у оквиру Закона о локалној самоуправи чиме је он био додатно предимензионисан. Овим је Република Српска формално професионализовала службенички систем што и јесте захтјев Повеље.

Принцип међусобне сарадње државне и локалне самоуправе

Однос између локалне самоуправе и државе ”одређује, у суштини меру независности локалне самоуправе од представничких и других органа шире заједнице”[29] Према чл. 6 Повеље, локалне власти биће консултоване од стране централних власти, у мјери у којој је то могуће, правовремено и на одговарајући начин приликом планирања и одлучивања о свим питањима која их се директно тичу. Иако се органи локалне самоуправе могу иницијативама обраћати централним властима, процес консултовања у Републици Српској није развијен. Постоји законска одредба да се јединице локалне самоуправе консултују на одговарајући начин о свим питањима која се односе на обезбјеђење и расподјелу средстава, као и о свим измјенама закона које могу утицати на финансијско стање у јединицама локалне самоуправе.[30]

Принцип ефикасности и економичности рада органа локалне самоуправе

Став Повеље је да јавне послове врше првенствено они органи који су најближи грађанима. На бази овог става произашао је и принцип ефикасности и економичности рада органа локалне самоуправе. Овај принцип подразумијева брзину поступања локалне администрације, најмање трошкове и сврсисходан. У локалној администрацији Републике Српске овај принцип је тешко проводљив имајући у виду недостатак дигиталних сервиса за грађане и пословну заједницу. Такође, рад локалне администрације прате и сложене управне процедуре, стара доб службеника и немогућност њиховог прилагођавања новитетима.

[28] *Службени гласник Републике Српске,* бр, 97/16.

[29] М. Влатковић, *Право локалне самоуправе*, Бесједа и Бањалука колеџ, Бања Лука, 2008, 87.

[30] *Чл. 73 Закона о локалној самоуправи*, Службени гласник Републике Српске, бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2021.

Принцип једнакости

Сходно Повељи принцип једнакости се посматра кроз једнакост грађана приликом запошљавања, једнаку доступност услуга за све и једнак финансијски развој јединица локалне самоуправе. О првом дијелу овог принципа већ смо писали. У погледу једнакости приступа грађана јавним службама, сервисима и услугама он није посебно загарантован нити уставом ни законима. У ситуацији када јединице локалне самоуправе у Републици Српској, њих 35 (дакле више од половине) од 64 укупно се налазе у групи неразвијених и изразито неразвијених онда се поставља питање подршке централних власти. У том смислу, Влада Републике Српске, сваке године у оквиру републичког буџета, а посредством Министарства управе и локалне самоуправе пројектују трансфере за суфинансирање пројеката неразвијеним и изразито неразвијеним ЈЛС у износу од 300.000 КМ. Надаље, Влада из буџета планира и трансфере неразвијеним и изразито неразвијеним јединицама локалне самоуправе који су тренутно у износу од 3.000.000 КМ. Поред наведених средстава, Влада Републике Српске, такође, посредством Министарства управе и локалне самоуправе врши трансфере финансијске помоћи јединицама локалне самоуправе по њиховом захтјеву, а из средстава буџетске резерве, различитим релокацијама и из других извора. По наведеном основу, у 2022. години укупно је суфинансирано 16 пројеката по захтјеву 13 јединица локалне самоуправе у износу од 2.600.000 КМ.[31]

Принцип јавности рада (транспарентности)

Повеља нема јасну пројекцију овог принципа али он произилази из неких њених одредби. Програм партнерства за отворену власт (eng. *Open government partnership - OGP*) је развијен с намјером промоције отворене владе и развоја стандарда проактивне транспарентности што подразумијева масовну доступност података и информација о раду органа јавне власти изван захтјева и тражења грађана, медија и других. Овај програм обухвата 75 држава и 150 локалних заједница широм свијета.[32] У погледу овог захтјева, може се констатовати да све јединице локалне самоуправе у Републици Српској имају веб сајтове на којима у већем или мањем обиму дијеле одређене информаци-

[31] *Извјештај о проведеној финансијској ревизији Министарства управе и локалне самоуправе Републике Српске за период 01.01.-31.12. 2022. године*, Главна служба за ревизију јавног сектора Републике Српске, Бања Лука, 23.03. 2023. године, стр. 12-13. Доступно на: https://gsr-rs.org/wp-content/uploads/2023/04/RV010-23_Lat.pdf, 13.04. 2024. године.

[32] *Партнерство за отворену власт*, *https://www.opengovpartnership.org/our-members/*, 30.05. 2024. године.

је. Постоји и Закон о слободи приступа информацијама[33] који је прилично застарио па и архаичан. Не постоје успостављени и развијени стандарди проактивне транспарентности. Ваља истаћи да се током 2020 општина Модрича заједно са градом Травником у Федерацији БиХ придружила глобалној иницијативи Партнерство за отворену власт.

Принцип инкомпатибилности јавних функција

Принцип инкомпатибилности јавних функција се односи на потенцијални сукоб интереса изабраних и именованих званичника као и руководећих службеника у јединицама локалне самоуправе. ”Примјена овог принципа значи да функционери јединица локалних самоуправа као и руководећи службеници у локалној администрацији не могу, поред постојећих, обављати друге функције нити послове у органима извршне и законодавне власти републичког или неког другог нивоа за вријеме трајања мандата на изабраним и именованим позицијама у локалне самоуправе. Такође, наведена лица не могу бити власници нити директори правних лица нити могу бити на дужностима у органима политичких партија. Истовремено, они не могу доносити одлуке којима би се омогућавало пословање локалних заједница са правним субјектима чији су власници њихови сродници. Одступање од овог принципа доводи поменута лица у ситуацију концентрације власти односно у сукоб интереса, што је кажњиво према позитивноправним актима у свим демократским системима.”[34] Имплементација овог принципа у Републици Српској је веома упитна. Према постојећој пракси оцјене сукоба интереса и инкомпатибилности јавних функција готово једини сукоб интереса постоји између одборничке и посланичке дужности.[35] Службенички положај је истински инкомпатибилан и рестриктивно уређен.

5. ПРОЦЈЕНА САВЈЕТА ЕВРОПЕ О ИМПЛЕМЕНТАЦИЈИ ПОВЕЉЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Као што смо већ нагласили, Конгрес локалних и регионалних власти (*Congress of Local and Regional Authorities – CLARE)* кроз Комитет за мониторинг (*The Monitoring Committee)* проводи надзор над усклађеношћу позитивноправног и функционалног оквира јединица локал-

[33] *Службени гласник Републике Српске,* бр, 20/2001.

[34] N. Vranješ, *Lokalna samouprava*, Fakultet političkih nauka, Banja Luka, 2020, 65.

[35] Шире видјети: *Извјештаји Републичке комисије за утврђивање сукоба интереса у органима власти Републике Српске, https://sukobinteresa-rs.org/izvjestaji-o-radu/*, приступљено: 30.05. 2024. године.

не самоуправе земаља потписнице са принципима и одредбама Повеље.

У наставку, табеларно приказујемо приказ одредаба Повеље које нису усклађене или су дјеломично усклађене у Босни и Херцеговини са освртом на разлоге негативне оцјене.

ОДРЕДБЕ ПОВЕЉЕ	**ОЦЈЕНА УСКЛАЂЕНОСТИ**
Концепт локалне самоуправе (Чл. 3.2)	*Неусклађен.* Спорaн је попис становништва и са којим пописом треба ускладити националну структуру у органима локалне власти, да ли са оним из 1991. или 2013. године. Извјештај овај члан сматра неусклађеним и због ситуације не одржавања избора у граду Мостару. Извјештај приговара и што Република Српска у законодавству поставља границе заступљености мањина у представничким тијелима сходно њиховој популацијској заступљености.
Дјелокруг локалне самоуправе (Чл. 4.2 и Чл. 4.4)	*Неусклађен.* Овај члан је оцијењен неусклађеним уз навођење искључиво разлога неусклађености у Федерацији БиХ између федерације и кантона и између кантона и општина (градова). Другим ријечима, Република Српска, у овом сегменту трпи лошу оцјену стања локалне самоуправе у Федерацији БиХ.
Финансијска средства локалних власти (Чл. 9.1 и Чл. 9.2)	*Неусклађен.* Као главне замјерке наводе се: низак проценат расподјеле прихода од индиректих пореза који се дозначава јединицама локалне самоуправе; промјена политике о акцизама; промјена пореске политике у домену пореза на доходак;[36] неријешени имовинско-правни односи између јединица локалне самоуправе и централних власти; непостојање закона о финансирању локалне самоуправе; интервенција Министарства финансија у буџетирање јединица локалне самоуправе на начин да се централне власти дају сагласност на локалне буџете али не и гаранције за намијењена средства и др.
Дјелокруг локалне самоуправе (Чл. 4.3)	*Дјеломично усклађен.* Извјештај констатује да устав Републике

[36] Обадвије промјене су које су се десиле 2018. године довеле су до значајног смањења локалних буџета и проведене су без консултација са локалним властима.

	Српске не садржи принцип супсидијарности нити је он законом прописан. Упркос томе, тај недостатак се у пракси не осјети.
Одговарајућа организација управе и извори средстава за обављање послова локалних органа власти (Чл. 6.1)	*Дјеломично усклађен.* Конгрес сматра да је законско ограничавање броја запослених у локалној администрацији Републике на три запослена на 1000 становника норма која ограничава локалну аутономију упркос образложењу финансијске одрживости и спрјечавања гомилања локалног службеничког апарата.
Извори финансирања локалних органа власти (Чл. 9.3)	*Дјеломично усклађен.* Извјештај констатује скептичност према прикупљању пореза на непокретности као и према увођењу нових врста пореза и такси. Констатује се да су услови из члана 9.3 само дјелимично испуњени те је давање више овлашћења локалним властима да одлучују о локалним изворима прихода неопходно за јачање њихове фискалне аутономије.
Извори финансирања локалних органа власти (Чл. 9.5)	*Дјеломично усклађен.* Извјештај наглашава да је члан 9.5 само дјелимично испуњен, јер се садашњи систем финансирања јединица локалне самоуправе превише ослања на посебне грантове. Констатује се да се увођење формалне, законске обавезе за развој и изједначавање треба размотрити заједно са успостављањем формализованог система изједначавања након пажљивог испитивања формула и критеријума који се тренутно користе како би се прилагодили контексту који се брзо мијења. Конкретно, расподјела индиректних пореза од укупно три садржи и два промјењива фактора и то број ученика уписаних у средње школе на теритоији јединице локалне самоуправе и број становника јединице локалне самоуправе.[37] На оба ова критеријума утичу емиграције и демографија и њих је потребно редовно ажурирати што централне власти не раде редовно.

Табела 2. Приказ одредаба Повеље које нису усклађене или су дјеломично усклађене у Босни и Херцеговини

Након констатације да је Босна и Херцеговина ратификовала свих тридесет одредаба Повеље, према посљедњем Извјештају Комитета за мониторинг Конгреса локалних и регионалних власти, од наведених

[37] Трећи критеријум је фиксан и односи се површину јединице локалне самоуправе.

30 одредаба, 19 њих је усклађено, пет је дјеломично усклађено и пет је неусклађено. Једна одредба која се тиче финансијских ресурса локалних власти остаје да се утврди.[38]

Увидом у приказану табелу, можемо констатовати да је имплементација принципа Европске повеље о локалној самоуправи у Босни и Херцеговини, а нарочито у Републици Српској, од стране Конгреса локалних и регионалних власти Савјета Европе оцјењена прилично високо.[39] Поређења ради, Хрватска, као чланица Европске уније, има само 16 усклађених одредби, Аустрија 21, Мађарска 12, Србија 16, Грчка 10, итд. Стање у Републици Српској је значајно боље у поређењу са Федерацијом БиХ, а као кључни разлог Извјештај наводи неусклађеност кантоналних закона са федералним законодавством о локалној самоуправи.

6. ЗАКЉУЧАК

На државном нивоу, Устав БиХ не садржи концепт локалне самоуправе. Другим ријечима, Уставом БиХ нису утврђене уставне гаранције за односе између општина и различитих нивоа власти, нити постоји (оквирно) законодавство за локалну самоуправу на државном нивоу. Аналогно наведеном, локална самоуправа је у надлежности ентитета. Како је Федерација БиХ сложен ентитет она је уређење локалне самоуправе повјерила кантонима, док је Република Српска унитарно уређен ентитет локалну самоуправу повјерила општинама и градовима.

Усклађеност локалне самоуправе у Републици Српској са Повељом сматрамо важном будући да она води ка осигурању заштите права локалних власти и унапређењу локалне демократије. Процес усклађивања подразумијева различите активности, укључујући преглед законодавства о локалној самоуправи, измјене и допуне закона, обуку и усавршавање службенике локалне самоуправе, као и усмјеравање ресурса за подршку развоју локалних заједница у складу са принципима Повеље. Процес усклађивања захтијева ангажовање свих релевантних актера на различитим нивоима, укључујући централне власти, локалне власти, цивилно друштво и међународне партнере, како би се остварила широка подршка и постигли значајни резултати у подизању стандарда локалне самоуправе у Републици Српској.

[38] *Мониторинг извјештај за Босну и Херцеговину*, доступно на: *https://www.congress-monitoring.eu/en/44-pays.html*, 20.05. 2024. године.

[39] Упоредити: *Bosnia and Herzegovina - Monitoring Report*, *https://www.congress-monitoring.eu/en/44-pays.html i https://rm.coe.int/local-and-regional-democracy-in-bosnia-and-herzegovina-monitoring-comm/168098072a* 04.05.2024. године.

Република Српска има висок ниво усклађености положаја локалне самоуправе са Повељом у домену концепта, нормативног оквира, дјелокруга и надзора. Извјесна неусклађеност се јавља у домену дјелокруга и финансирања локалне самоуправе.

Савјет Европе врши процјену стања локалне самоуправе за цијелу Босну и Херцеговину, у једном збирном извјештају, дајући укупну оцјену стања. На основу такве методологије Република Српска одаје значајно лошију слику стања локалне самоуправе, док се стварни проблеми налазе углавном концепту локалне самоуправе у Федерацији БиХ. Додатан проблем произилази из веома комплексног правнополитичког система Босне и Херцеговине и чињенице да је Република Српска унитарно уређена и да је самим тим њена локална самоуправа позиционирана, док је Федерација БиХ сложен ентитет са федералним, кантоналним и локалним нивоом власти. Сходно томе, готово је немогуће (а то се примјењује) дати једну јединствену оцјену стања локалне самоуправе и локалне демократије за Босну и Херцеговину која као држава субјекат у међународном праву и потписница Повеље нема никакве надлежности над локалном самоуправом.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. А. Ђурђев, *Локална самоуправа*, Правни факултет, Нови Сад, 1997.
2. В. Становчић, *Комунални систем и комунална политика*, Научна књига, Београд, 1966.
3. Г. Марковић, *Уставни лавиринти, Апорије уставног система Босне и Херцеговине*, Службени гласник, Београд, 2011.
4. З. Урошевић, *Професионализација, стручно усавршавање и процеси развоја локалне самоуправе, докторска дисертација*, Правни факултет, Београд, 2016.
5. М. Влатковић, *Право локалне самоуправе*, Бесједа и Бањалука колеџ, Бања Лука, 2008.
6. П. Димитријевић и Д. Вучетић, *Систем локалне самоуправе*, Правни факултет у Нишу и Службени гласник Републике Србије, Ниш, Београд, 2011.
7. П. Димитријевић, З. Лончар, Д. Вучетић, *Право локалне самоуправе*, Службени гласник, Београд, 2020.
8. Р. Кузмановић, *Уставно право, треће измијењено и допуњено издање*, Правни факултет, Бања Лука, 2002.
9. Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције, двадесет друго поновљено издање*, Правни факултет, Београд, 2017.
10. C. Lääne, C. Mäeltsemees & V. Olle, Challenges of the Implementation of the European Charter of Local Self-Government in EstonianLegislati-

on, *Lex localis - Journal of local self-government*, Vol. 16, No. 4, Rotherham, 2018.

11. B. Kostadinov, "Ogranienje ovlasti vlade u tranzicijskom razdoblju u parlamentarnim demokracijama", *Informator*, 6469/17, Zagreb, 2018.
12. Đ. Blažić, *Sistem lokalne samouprave*, Fakultet za državne i evropske studije, Podgorica, 2011.
13. *Evropska povelja o lokalnoj samoupravi*, Kongres lokalnih i regionalnih vlasti Savjeta Evrope, Strazbur, 2020.
14. M. Pejanović, E. Sadiković, *Lokalna samouprava u Bosni i Hercegovini*, Šahinpašić, Sarajevo, Zagreb, 2010.
15. N. Vranješ, *Lokalna samouprava*, Fakultet političkih nauka, Banja Luka, 2020.
16. N. Vranješ, Novi zakon o lokalnoj samoupravi u Republici Srpskoj - izazovi i očekivanja, *Зборник радова са научног скупа „(Ре)конструкција друштвене стварности“*, ур. Здравко Злокапа, Факултет политичких наука, Бања Лука, 2018.

Правни извори

1. *Закон о буџетском систему Републике Српске*, Службени гласник Републике Српске, бр. 121/2012, 52/2014, 103/2015 и 15/2016.
2. *Закон о локалној самоуправи*, Службени гласник Републике Србије, бр. 129/2007, 83/2014 - др. закон, 101/2016 - др. закон 47/2018 і 111/2021 - др. закон).
3. *Закон о локалној самоуправи*, Службени гласник Републике Српске, бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2021.
4. *Закон о принципима локалне самоуправе у Федерацији БиХ*, Службене новине Федерације БиХ, бр. 49/06.
5. *Закон о слободи приступа информацијама*, Службени гласник Републике Српске, бр, 20/2001.
6. *Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе*, Службени гласник Републике Српске, бр. 97/16.

Интернет извори

1. *Извјештај о проведеној финансијској ревизији Министарства управе и локалне самоуправе Републике Српске за период 01.01.-31.12. 2022. године*, Главна служба за ревизију јавног сектора Републике Српске, Бања Лука, 23.03. 2023. године, стр. 12-13. Доступно на: https://gsr-rs.org/wp-content/uploads/2023/04/RV010-23_Lat.pdf, 13.04. 2024. године.
2. *Извјештаји Републичке комисије за утврђивање сукоба интереса у органима власти Републике Српске, https://sukobinteresa-rs.org/izvjestaji-o-radu/*, приступљено: 30.05. 2024. године.
3. *Мониторинг извјештај за Босну и Херцеговину*, доступно на: *https://www.congress-monitoring.eu/en/44-pays.html*, 20.05. 2024. године.

4. *Партнерство за отворену власт*, *https://www.opengovpartnership-.org/our-members/*, 30.05. 2024. године.
5. *Bosnia and Herzegovina - Monitoring Report*, https://www.congress-monitoring.eu/en/44-pays.html i *https://rm.coe.int/local-and-regional-democracy-in-bosnia-and-herzegovina-monitoring-comm/168098072a* 04.05.2024. године.
6. N. Vranješ, T. Prorok, *Report on the compliance of local self-government financing in Republika Srpska with the European Charter of Local Self-Government*, *https://www.alvrs.com/UcitaneSlike/admin/Dokumenti/report-on-the-compliance_eng-final-1.pdf*, 29.05. 2024. godine.

Associate Professor Nevenko Vranješ, LL.D.

Faculty of Political Science, University of Banja Luka

ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE EUROPEAN CHARTER ON LOCAL SELF-GOVERNMENT IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The European Charter of Local Self-Government, hereinafter referred to as the Charter, is a key document of the Council of Europe adopted on October 15, 1985, and it came into force on September 1, 1988. It was ratified by all 47 member states of the Council of Europe. The Charter projected standards for the most important segments of local self-government, such as positive legal position, i.e., concept, organization, control, financing, relationship with the central government, etc. The above standards contribute to the development and democratization of local self-government. The charter fundamentally understands local self-government as an element of decentralization of power and democratization of society. The charter does not contain a precise and universal, much less a unique model, but provides general principles of local self-government. The principles are broad enough for the signatory countries to build nationally recognizable and specific models of local self-government, which will still respect the same democratic principles, that is, make legal what is considered the standard in this area today. Bosnia and Herzegovina ratified the Charter on July 12, 2002, which entered into force on November 1, 2002, thereby committing itself to its implementation. It should be emphasized that, according to the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the Dayton Peace Agreement, local self-government

is under the jurisdiction of the entity. In this sense, the Republic of Srpska has the right to regulate its local self-government and harmonize it with the Charter. The subject of the paper is the analysis of the implementation of the Charter in the Republic of Srpska. According to its key parameters, the paper examines the level or degree of implementation of the Charter in local self-government in the Republic of Srpska. The research employs the comparative legal method as its basic method, along with content analysis, historical analysis, qualitative analysis using binary indicators, and legal synthesis.

Key words: *European Charter on Local Self-Government; Principles of the European Charter on Local Self-Government; Local self-government; Decentralization and local power*.

УДК/UDC 340.132
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Милош Прица

Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРАВОТВОРАЧКИ ИЗВОРИ[1]

Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију правних аката и правних радњи у правном поретку и представљају материјалне изворе права на страни субјеката правног поретка. Функционисање правног поретка не може се зајазити пирамидалним током стварања и примене општих правних норми као "формалних извора права", имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу није преовлађујући у свим областима правног поретка. Материјално право ствара се и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова – на подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу. С друге стране, институционални поредак државне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона. Карактер правотворачких извора у правном поретку имају: (1) разумска интерпретација правних норми и правних принципа, (2) политичка оцена целисходности, (3) слободна воља и (4) управна оцена целисходности.

Кључне речи: Рационална интерпретација правних норми и правних принципа; Политичка оцена целисходности; Слободна воља; Управна оцена целисходности.

1. УВОД

У литератури није разматрана разноликост садржине јавног интереса којој подлежу поједини субјекти правног поретка, а није уочена ни потреба појмовног лучења јавног интереса од општег и приватног интереса у поретку правне државе. Између јавног интереса, општег интереса и приватног интереса влада суштинска разлика. Општи

Милош Прица, *pricamilos@prafak.ni.ac.rs*.

[1] Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/ 200120 од 05.02.2024. године.

интереси представљају динамичке изразе општег добра, док под приватним интересима подразумевамо динамичке изразе индивидуалних правних добара субјеката правног поретка. Јавни интерес представља релациону детерминанту у поретку правне државе, што значи да – за разлику од општих и приватних интереса као супстанцијалних категорија – јавни интерес има релациони карактер и служи уређивању односа између правних интереса као супстанцијалних категорија. Јавни интерес је у поретку правне државе укотвљен између: општих, посебних и приватних интереса, јавне и приватне сфере, јавности и приватности, интервенционизма органа јавне власти и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка територијалне заједнице – као регулативна детерминанта различитих добара и интереса.[2]

Услов за постојање правне државе у формалном смислу је да образовање и функционисање правног поретка – спречавањем самовоље субјеката правног поретка – обезбеди минимум јавног интереса као релационе детерминанте, а јавни интерес се под окриљем правног поретка даље остварује развијањем: (1) писаног права, (2) јавности као израза демократског друштва и (3) врлине субјеката правног поретка (судија, тужилаца, политичких делатника, државних службеника, новинара, универзитетских професора и свих других субјеката територијалне заједнице). Смисао јавног интереса као релационе категорије у поретку правне државе подразумева и повезивање органа који припадају различитим институционалним порецима јавне власти, али и уважавање различитости поредака о којима говоримо. У питању су органи између којих не постоји стална органска повезаност (стално усмеравање и праћење туђег рада), што значи да се веза између тих органа остварује правом – према правним правилима и правним принципима којима је тај однос правно уређен – с циљем спречавања самовоље субјеката правног поретка.

Нико није уочио да писано право представља најважнији израз јавног интереса као релационе детерминанте у поретку правне државе. Смисао писаног права уистину и јесте у одређивању јавног интереса као регулативне детерминанте. У различитим областима правног поретка заступљени су бројни правни режими уређивања правних предмета, а у правним предметима садржана су правна добра и правни интереси који сачињавају материју правног уређивања. Правни режими у питању састављени су од правних принципа и правних норми, у чијој основи лежи разлика између телеолошких правних

[2] М. Прица, „Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови“, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 184/2022, 521–537.

ставова, системских правних ставова и регулативних правних ставова, што је наше оригинално гледиште.[3] Правне норме и правни принципи по својој унутарњој (правнологичкој) структури јесу правни ставови,[4] али правни ставови различитог својства. Телеолошки правни ставови (правни принципи) изражавају основне правне идеје и усмеравају правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. Системски правни ставови (организационе и процесне норме) уређују међусобни однос градивних ентитета правног поретка те правно уређују ток, обим и домашај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док регулативни правни ставови (материјалноправне норме и правни стандарди) непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка. У свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови, чиме се спречава самовоља субјеката правног поретка, као први услов и циљ постојања правне државе. Као што за устав кажемо да је основни закон правнога поретка, имајући у виду да устав садржи превасходно телеолошке и системске правне ставове важеће у односу на правни поредак у целости, тако и системски закони јесу основни закони важећи за поједине области правнога поретка.

У нашој правној књижевности уобичајио се израз „норме о понашању“,[5] при чему регулативни правни ставови немају у виду само понашање грађана, већ и делатност органа јавне власти и других субјеката правног поретка. С друге стране, карактер системских правних ставова имају процесне норме, али и уставне и законске норме које утврђују правни основ или обим и домашај правног уређивања. Одавде произлази да сагледавање системских и регулативних правних ставова није исправно поистовећивати са разликовањем материјално-

[3] М. Прица, „Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и 'унутрашњег правног система'“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 80/2018, 135–180.

[4] Петровић вели: „Правни став (немачки: *Rechtssatz*) и правни акт представљају последње, коначне носиоце испољавања права. Све што се права тиче, у једном је или у другом, или је са њима повезано; с тим, што је правни став интенционалан израз правне статике (у њему право заправо правна мисао, „стоји“), док је правни акт елемент правне динамике, правног живота и кретања.“ М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Савремена администрација, Београд 1981, 75. Становиште о правној норми као правном ставу заступао је и Тома Живановић: Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд 1951, 60 и 65.

[5] Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд 1954, 84–85.

правних и процесноправних норми, особито што правни поредак премаша оквир правног уређивања путем материјалноправних и процесних норми.[6] Пођимо од тога да уставне норме као системски правни ставови за предмет имају правно уређивање као такво, дочим уставне норме као регулативни правни ставови за предмет имају права и дужности грађана и других субјеката правног поретка. Важећи Устав Републике Србије предвиђа да се зајемчена људска и мањинска права непосредно примењују,[7] с тим што се код уставом зајемчених људских права уочавају одредбе које имају карактер уставних норми као регулативних правних ставова и уставних норми као системских правних ставова. Примера ради, у погледу права на држављанство, Устав предвиђа да држављанин не може бити протеран, ни лишен држављанства или права да га промени (регулативни правни став), док ће се

[6] Системски правни ставови обезбеђују постојање правног поретка, а под окриљем правног поретка развијају се области (правне материје) са различитом садржином јавног интереса. Елементи правног поретка подразумевају успостављање и смењивање односа примарног и секундарног, што се путем системских правних ставова постиже. При томе, правни поредак подразумева однос примарних и секундарних правних облика, што премаша однос између примарних и секундарних норми. Расправа о односу примарног и секундарног у правном поретку исправна је само ако се тај однос разматра функционалистички, без вредновања о томе шта је за правни поредак важније. Функционална анализа односа примарног и секундарног може бити конзистентна само ако за предмет узима све градивне елементе правног поретка а не само правне норме. У том смислу и примера ради, генералне правне ситуације о апсолутним правним дужностима су примарне, кривична ствар као предмет кривичног поступка је секундарна, али су норме законика о кривичном поступку од примарног значаја за постојање правног поретка. Исто тако, посебне правне ситуације приватног права су примарне, парнична ствар је секундарна, али су диспозитивне норме облигационог законодавства од примарне важности за постојање правног поретка итд. Одавде произлази да се тас односа примарног и секундарног наспрам градивних ентитета правног поретка помера и на једну и на другу страну, у зависности од области правног поретка и природе конкретизованог правног уређивања. Јер, за правни поредак су подједнако важне генералне правне ситуације (кривичног законика) о апсолутним правним дужностима (правна заштита основних правних добара) и генералне правне ситуације (непосредна примена уставних норми) као основни правни статуси и зајемчена суштина субјективних права, а једнаке су важности норме о санкцији за повреду апсолутних правних дужности и норме о санкцији за повреду зајемчених субјективних права. Зато је уместо примарних и секундарних норми, исправно говорити о разлици између правних норми као системским правним ставовима и правним нормама као регулативним правним ставовима, при чему према току мисли који у овој расправи следимо, Хартове норме признања, норме промене и норме о пресуђивању, као и Бобијеве норме о идентификацији норми из система – несумњиво одговарају појму правних норми као системских правних ставова. Поврх свега тога, као доказ немогућности разматрања односа примарног и секундарног у правном поретку само у светлу правних норми – служе правни принципи, имајући у виду да су правни принципи као телеолошки правни ставови примарни у односу на правне норме као регулативне правне ставове. М. Прица, (2018), 135–180.

[7] Чл. 18 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

услови за стицање и престанак држављанства уредити законом (системски правни став).[8] Исто тако, Устав јемчи право да свако буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности и право на судску заштиту због њихове злоупотребе (регулативни правни став), али ће се режим прикупљања, држања, обраде и коришћења података уредити законом (системски правни став).[9] Наспрам положаја државне управе, уставне норме[10] готово у целости имају својство упућујућих норми (системских правних ставова) за законско правно уређивање, следствено чему су регулативни правни ставови о уређењу државне управе садржани у законским нормама.

Поврх тога, и законске норме имају својство регулативних и системских правних ставова. Рецимо, у тексту Закона о облигационим односима[11] – основноме материјалноправном закону за уговоре – садржани су регулативни и системски правни ставови, из чега произлази да материјалноправне одредбе имају својство и регулативних и системских правних ставова. Несумњиво најважнији системски правни став садржан је у члану двадесетом овога закона којим се предвиђа да „стране могу свој облигациони однос уредити друкчије него што је овом законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази што друго“, што значи да регулативни законски правни ставови имају диспозитивну (секундарну) примену, а примарни карактер имају регулативни правни ставови утврђени од сауговорника на основу сагласности њихових слободних воља. Сваки системски (основни) закон нужно садржи правне принципе као телеолошке правне ставове и правне норме као системске правне ставове – чиме се обезбеђује важење јединственог правног поретка као уставног принципа.[12]

[8] Чл. 38 Устава Републике Србије.

[9] Чл. 42 Устава Републике Србије.

[10] Чл. 136 Устава Републике Србије.

[11] Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – УСЈ, 57/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993, *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

[12] У правном поретку Републике Србије заступљени су системски и посебни закони. Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Повезаност закона у правном поретку може подразумевати „систематско-телеолошко испитивање двају системских закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, док друга ситуација подразумева испитивање односа између системског (основног) закона који је уредио област правног поретка на целовит начин и закона који према системском стоји у односу посебног према општем. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између супсидијарне и сходне примене општег закона“. М. Прица, „Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области прав-

Правни режими заступљени у правном поретку разликују се према својој садржини, а заправо разлика – у односу правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као системских и регулативних правних ставова под окриљем правног режима – изражава разлику у односу између правних добара и интереса владајућих у областима правног поретка. Одавде произлази да је правни режим друго име за садржину јавног интереса као релационе (регулативне) детерминанте, а то што у поретку правне државе постоји мноштво правних режима у ствари подразумева да се садржина јавног интереса утврђује према односу између правних добара и интереса као супстанцијалних категорија, следствено чему и постоје различите области правног поретка.

У природи ствари је да у поретку правне државе буду заступљени различити правотворачки извори (политичка оцена целисходности, управна оцена целисходности, слободна воља и разумска интерпретација правних правила и правних принципа). Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију правних аката и правних радњи у правном поретку и уистину представљају материјалне изворе права на страни субјеката правног поретка. Услед постојања различитих материјалних извора на страни субјеката правног поретка, функционисање правног поретка не може се зајазити пирамидалним током стварања и примене законских и других општих правних норми као „формалних извора права“, имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу није преовлађујући у свим областима правног поретка. Материјално право ствара се и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова — на подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу (нпр. закључивање уговора у грађанским правним стварима). С друге стране, институционални поредак јавне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора).[13]

ног поретка“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 78/2018, 103–126; М. Прица, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 91/2021, 97–116.

[13] Наше је гледиште да правни поредак има следећу структуру: а) Основни (градивни) ентитети правног поретка: 1) правни субјект, 2) субјективно право, 3) правна дужност, 4) правни објект (предмет); 5) правни акт, 6) правна радња, 7) правне чињенице. У односу на правни поредак, сви поменути елементи имају једнак (конститутивни) значај, па би било посве погрешно поменуте елементе смештати у хијерархијску табелу јер би то било исто као када би се у смислу људскога организма оцењивало превасходство десне руке у односу на леву руку или крвног система у односу на

2. ЗНАЧАЈ ПРАВОТВОРАЧКИХ ИЗВОРА

Правно уређивање у правном поретку не може садржински у целости бити обухваћено законским нормама, из два разлога. Прво, законска норма са општим правним дејством (из ње произлази неограничени број предмета и важи за неодређени број лица) већма није прецизирано и довршено правно биће у погледу субјективних права и правних дужности. Правна норма придев „општи“ получује услед природе правног објекта који уређује, не и због садржине правног става којим се објект правно уређује. Правни карактер опште правне норме долази као последица околности да је општим правним нормама као регулативним правним ставовима исказана типичност лица, догађаја, радњи и односа као објеката правног уређивања те код општих правних норми долази до апстраховања правног објекта, док је њихова садржина конкретизована, при чему општа правна норма по правилу није прецизирано и довршено правно биће у погледу субјективних права и обавеза. То значи да субјективна права и правне дужности некада непосредно произлазе из општих правних норми (уставних и законских), али правно уређивање субјективних права и правних дужности углавном се врши путем појединачних правних аката, с тим да делатност у правном поретку, како смо раније предочили, у материјалном смислу стоји и ван закона и изнад закона.

Из наведених разлога, општа правна норма делом утврђује јавни интерес, а у целости то чини само када је у погледу субјективних права и правних дужности прецизирано и довршено правно биће, тако да субјективна права и правне дужности из општих правних норми непосредно произлазе. Када општа правна норма није прецизирано и довршено правно биће, јавни интерес биће утврђен доношењем појединачног правног акта или предузимањем радњи на подручју аутономије и слободе које уживају субјекти територијалне заједнице. Утврђивање јавног интереса путем појединачног правног акта није исто у свим областима правног поретка. У погледу правног уређивања типичних грађанских ствари не важи принцип законитости у материјалном смислу, јер се грађанске ствари уређују на основу слободне воље (правотворачки извор) са забраном повреде императивних норми, добрих обичаја и јавног поретка, следствено чему уређивање грађан-

нервни систем итд.; б) Материја правног уређивања: правна добра и правни интереси; в) Правотворачки извори: слободна воља, разумска интерпретација правних норми и правних принципа, политичка оцена целисходности и управна оцена целисходности; г) Облици правног уређивања: непосредни динамички: општи правни акти, индивидуални правни акти и правне радње, непосредни статички: правни принципи, правне норме, правни стандарди и виши статички: правне ствари, правне ситуације и правни институти.

ских ствари није прецизирање општих правних норми. Насупрот грађанским стварима, у погледу решавања управних ствари важи принцип законитости у материјалном смислу, имајући у виду да уређивање управних ствари подразумева прецизирање општих правних норми као недовршених и непрецизираних правних бића. Управне ствари стога по правилу нису самосталне, али јесу редовне (примарне) правне ствари јер природа ствари захтева да се опште правне норме као недовршена правна бића прецизирају доношењем управног акта. То значи да сва правна добра и правни интереси имају различиту заступљеност у различитим областима правног поретка, из чега произлази да садржина јавног интереса као регулативне детерминанте није иста у свим областима правног поретка. [14]

Императивне законске норме представљају најјачи израз јавног интереса као релационе (регулативне) детерминанте у правном поретку, што значи да се императивним нормама поставља статичка равнотежа између правних добара и правних интереса у правном поретку, при чему домашај примене императивних правних норми није исти у свим областима правног поретка одн. у свим материјама правног уређивања. Узмимо као пример област наслеђивања, у којој су и те како заступљене императивне законске норме, с циљем заштите породице засноване на крвном сродству – правног добра на којем почива наслеђивање у нашем правном поретку. Присуство законских императивних норми у области наслеђивања битно ограничава слободну вољу као правотворачки извор али императивне норме слободну вољу никако не могу искључити. Зашто? Зато што у овој грађанскоправној (аутономној) материји императивне правне норме представљају регулативну детерминанту приватних интереса и њихова равнотежа наспрам поменутог правног добра оличава јавни интерес као регулативну детерминанту.

Насупрот томе, императивним правним нормама у управној материји такође је утврђен статички однос између различитих правних добара и правних интереса у најужем подручју општег добра, а на органу државне управе је да управним актом или управним уговором уреди правни предмет разумском интерпретацијом норми о којима говоримо. Међутим, у управној материји постоји превасходство општих интереса приликом одређивања односа између општег добра наспрам других правних добара и приватних интереса. Уз то, у најужем подручју општег добра није могуће императивним законским нормама у статичком (правновезаном) смислу регулисати испољавање опш-

[14] М. Прица, „Управна ствар и управно-судска ствар“, *Зборник радова „Право у функцији развоја друштва“* (ур. Д. Мировић), Косовска Митровица 2019, 597–639.

тих интереса јер сфера ирационалног и непредвидљивог у животу територијалне заједнице означава латентно присуство општих интереса и чини нужним постојање посебних овлашћења органа државне управе, следствено чему управно-правни режим у правном поретку оличавају посебна овлашћења органа државне управе поводом заштите општег добра, јавног поретка и правног поретка. Статички посматрано, управној материји припадају области правног поретка у најужем подручју општег добра, и то: унутрашњи послови, одбрана, спољни послови и јавне финансије. Осим тога, испољавање општих интереса у динамичком смислу заступљено је и спрам других делатности у правном поретку, кроз потребу обезбеђивања јавних служби и делатности у општем интересу (нпр. изградња објеката у општем интересу, извођење радова у општем интересу и др.). Поврх тога, сталну могућност испољавања општих интереса у језгру општег добра изражавају генералне клаузуле општег добра (јавни поредак, јавни ред и мир, јавна безбедност и др.), што значи да позивање на поменуте клаузуле у ствари значи испољавање општег интереса као динамичког израза општег добра, пред којим имају устукнути друга правна добра и правни интереси (нпр. признавање субјективног права или потреба његовог ограничавања). Зато у подручју језгра општег добра, које називамо управном материјом, нужно мора постојати управно-правни режим, а делатност органа државне управе усмерена је на заштиту општег добра, јавног поретка и правног поретка. Карактер општих интереса задобијају интереси који представљају незаменљив услов опстанка и нормалног функционисања државе и територијалне заједнице, следствено чему и кажемо да општи интереси представљају динамичке изразе општег добра.

У управној материји су и те како заступљена индивидуална правна добра и приватни интереси као њихови динамички изрази, при чему је у управној материји важно разликовати слободну вољу као правну чињеницу од слободне воље као правотворачки извор. Примерице, признавање субјективног права у управној материји по правилу се остварује доношењем управног акта по захтеву странке, из чега произлази да у дотичним предметима постоји конститутивност индивидуалних правних добара и приватних интереса као њихових динамичких израза. Међутим, признавање субјективног права постиже се једностраним правним уређивањем, доношењем управног акта од стране надлежног органа државне управе, а слободна воља (захтев странке за признавање субјективног права) представља правну чињеницу, не и правотворачки извор. Доношење решења без захтева странке довело би до ништавости управног акта у питању, чиме се отелотворује конститутивност приватних интереса као динамичких

израза индивидуалних правних добара. То што пак слободна воља нема карактер правотворачког извора приликом решавања о признавању субјективног права, последица је принципа законитости у материјалном смислу и управноправног режима као основног правног режима у управној материји.[15]

Одавде произлази да се јавни интерес у управној материји превасходно уређује једнострано од стране надлежног органа државне управе, при чему уколико орган у питању повреди јавни интерес властитим незаконитим поступањем, грађанин на располагању има правна средства која служе заштити приватног интереса, а самим тим и заштити јавног интереса као регулативне детерминанте. Другим речима, у овој материји правног поретка наглашено је присуство општих интереса као динамичких израза општег добра, при чему јавни интерес и у овој материји може бити на страни општих и приватних интереса.

3. ВРСТЕ ПРАВОТВОРАЧКИХ ИЗВОРА

Сагледајмо разлику између правотворачких извора на одређеним примерима.

(1) Код типичног грађанскоправног уговора правне норме са дејством *inter partes* (регулативни правни ставови) произлазе из слободне воље уговорних страна, диспозитивне законске опште правне норме (регулативни правни ставови) имају секундарни карактер, али спрам уговора у питању примарно важе опште правне норме као системски правни ставови[16] и правни принципи као телеолошки правни ставо-

[15] *Ibid.*

[16] Чл. 10 Закона о облигационим односима Републике Србије: „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“. Чл. 20 истог закона: „Стране могу свој однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из појединe одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази што друго.“ Као потврду оправданости лучења системских правних ставова од регулативних правних ставова, позваћемо се на Водинелићево поимање увода у грађанско право. Водинелић казује: „За разлику од посебних делова и од општег дела грађанског права, који представљају норме из којих се састоји грађанско право, увод у грађанско право је ознака за правне норме које нису саставни део грађанског права, него се односе на грађанско право, на грађанскоправне норме. Грађанскоправне норме уређују грађанскоправне односе – права, обавезе, способности и својства која имају лица у тим односима, стицање, промену или престанак тих права и обавеза, способности и својстава. Увод у грађанско право уређује разна питања, не о грађанскоправним односима, него о грађанскоправним нормама. Норме увода у грађанско право јесу норме о грађанскоправним нормама (метанорме)....“ – В. Водинелић, *Грађанско право, увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2014, 29.

ви.[17] Дакле, регулативни правни ставови садржани у поменутим уговорима произлазе из сагласности слободних воља као основног правотворачког извора у једној области правног поретка, под условом да правно уређивање у питању не угрожава очување правног поретка као целине.

(2) Код делатности полиције усмерене на одржавање јавног реда и мира, законске норме важе као системски правни ставови који одређују ток и границе физичке делатности полиције, али се ток делатности у питању законским нормама не може зауставити јер је посреди физичка делатност оснажена претпоставком легалности и оценом целисходности, са могућношћу непосредног извршења. Но и овде примарно важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови[18] а законске норме као системски правни ставови[19] онемогућавају самовољу полиције, чиме се одржава правни поредак. То значи да физичка делатност полиције као редовна и примарна делатност у правном поретку – садржински не може бити уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, већ су правно уређени услови и границе распростирања дотичне делатности, као и последице предузимања делатности, што све треба да обезбеди очување правног поретка.[20]

(3) Када Председник Републике и Влада решавају о именовању амбасадора Републике Србије у другој држави, на делу је политичка

[17] Чл. 11 Закона о облигационим односима Републике Србије: „Стране у облигационим односима су равноправне. Чл. 12 истог закона: „У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења.“

[18] Чл. 31 Закона о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016 и 18/2018: „Полиција обавља полицијске послове с циљем и на начин да свакоме обезбеди једнаку заштиту безбедности, права и слобода, примењујући закон и уставно начело владавине права.“ На основу овог општег телеолошког правног става, у чл. 32 истог закона предвиђени су правни принципи обављања полицијских послова (професионализам, деполитизација, ефикасност, економичност, законитост и сразмерност).

[19] Законодавство о полицији је једно велико мноштво системских правних ставова који полицију и ограничавају и не ограничавају, што је последица физичке делатности полиције као примарне и редовне функције у правном поретку. Видети чл. 65–128 Закона о полицији.

[20] Физичка делатност полиције као примарне и редовне у правном поретку одржава се и на духовну делатност полиције, имајући у виду могућност доношења усменог решења, нормираног Законом о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016. У чл. 143 поменутог закона, нормирано је: (1) Усмено решење доноси се кад се предузимају хитне мере у јавном интересу, да би се обезбедио јавни ред и мир и јавна безбедност или отклонила непосредна опасност по живот или здравље људи или имовину. (2) На захтев странке, ако је поднет у року од 60 дана од доношења усменог решења, орган мора да изради и достави странци писмено решење у року од осам дана од постављања захтева.

оцена целисходности надлежних одлучилаца, коју нимало не ограничавају законске норме као регулативни правни ставови. Постоји само законска норма као системски правни став[21], при чему у овој правној ствари нису предвиђени ни телеолошки правни ставови, па се предлогу одлуке поменутих највиших државних органа може супротставити једино јавност као правосуђе институционалног поретка територијалне заједнице, с циљем постизања јавног интереса као статичког израза општег добра.

(4) Решавање управне ствари доношењем решења у управном поступку израз је разумске интерпретације општих правних норми и управне оцене целисходности као правотворачких извора, при чему је решавање у питању детерминисано правним принципима Закона о општем управном поступку и правним принципима меродавног материјалноправног закона. При томе, општи управнопроцесни закон, као уосталом и други процесни закони, представља једно велико мноштво системских правних ставова.

(5) Код кривичних дела чињенично биће је садржано у правном бићу као довршеној духовној формацији (кривичном делу као правном појму) а правно правило кривичног законика јесте генерална правна ситуација као регулативни правни облик. Генерална правна ситуација произлази из разумске интерпретације устава и политичке оцене целисходности (правотворачки извори) и представља довршено правно биће, чију садржину сачињавају примарно чињенично биће (негативне и позитивне дужности) и секундарно чињенично биће – недопуштено чињење или нечињење којим се проузрокује кривично дело. Следствено томе, предмет кривичног поступка је оцена правних чињеница наспрам примарног и секундарног бића, а кривично дело је правна чињеница и не представља правотворачки извор. Имајући то у виду, кривични поступак је незамислив без правних принципа, не само законитости у ужем значењу као основног правног принципа, већ и других правних принципа (нпр. *in dubio pro reo*, претпоставка невиности).

Из предидућих примера се може уочити постојање различитих динамичких облика правног уређивања (уговор, материјални акт, акт-владе, управни акт, судска пресуда) те и постојање различитих правотворачких извора (унутарња концепција правних аката, државних и правних радњи): слободна воља, управна оцена целисходности, политичка оцена целисходности и разумска интерпретација правних норми као регулативних правних ставова.

[21] Чл. 15 Закона о спољним пословима, *Службени гласник РС*, бр. 116/2007.

Сагласно предоченом, принцип законитости се у областима правног поретка испољава у различитим видовима, од законитости у ужем смислу (придржај законских норми као регулативних правних ставова и разумска интерпретација законских норми као правотворачки извор), преко забране противзаконитог дејства код правних послова грађанског права (слободна воља као правотворачки извор), до политичке оцене целисходности највиших државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора).

Правотворачки извори очитују субјекта правног поретка у процесу стварања и примене права, опредељујући каузу његовога поступања. Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију свеколике духовне и физичке делатности у правном поретку, како у погледу формалних извора права, тако и у погледу свих правних и материјалних аката, послова и радњи у правном поретку. У питању су материјални извори на страни субјеката правног поретка, за разлику од материјалних извора на страни правнога бића (нпр. објективни дух и правна свест као материјални извор права).

Сваки правни акт има материјалне изворе на страни његовога доносиоца. Пођимо од тога да је доношење закона више израз оцене целисходности (оцене јавног интереса) него што је резултат разумске интерпретације уставних одредби (правне везаности уставом). Сваки општи правни акт нужно подразумева оцену целисходности и разумску интерпретацију као правотворачке изворе, само се однос између ових правотворачких извора разликује у зависности од општег правног акта у питању. У том смислу код међународних уговора претеже оцена целисходности, док је, с друге стране, код подзаконских правних аката простор правне везаности (разумске интерпретације законских норми) шири у односу на оцену целисходности.

Веома је важно имати у виду да постоји област политичких ствари које назив „правни“ получују не толико због своје садржине колико због свог правног дејства. Ради се о питањима која највиши државни органи уређују издавањем тзв. аката владе, у погледу којих је судска контрола искључена или је сведена на (формални) минимум. Право их признаје и познаје – реч је о актима који имају правно дејство, али садржина дотичних аката није правно везана, већ представља резултат високополитичке оцене целисходности највишег државног органа. Политичка оцена долази до изражаја код општих правних аката (нпр. међународни уговори и наредбе) и појединачних правних аката (нпр. решење о именовању амбасадора), при чему постоје и општи политички акти без правног дејства (нпр. декларације).

Постоји даље слободна воља као правотворачки извор. Свој пуни домашај слободна воља остварује када непосредно не стоји под објек-

тивним циљем, па нема основ у одређеној законској норми. Озбиљна правнонаучна анализа лако досеже до правних предмета у погледу којих се слободна воља појављује као правотворачки извор. Овде се не би могло рећи да је реч о правним питањима која су ван закона, али мера законитости постављена је негативно, у забрани противзаконитог поступања. Примерице, бројне правне послове закључују грађани у следству својих свакодневних (слободних) активности, без посебне форме, на подручју приватног интереса у апсолутном смислу и са слободном вољом као правотворачким извором (нпр. купопродаја покретних ствари мање вредности). Тада грађани као имаоници слободе нису ни свесни да обављање дотичних активности представља закључивање правних послова, следствено чему у погледу тих послова важи свест о изузетности јавне сфере, а присуство јавног интереса није видљиво. Јавни интерес као релациона (регулативна) детерминанта на видело излази тек уколико поводом тих послова настане какав спор или повреда нечијих правних интереса. Поврх тога, слободна воља је као преовлађујући правотворачки извор заступљена код сваког грађанскоправног уговора, с тим да се однос између слободне воље и разумске интерпретације законских норми разликује у зависности од врсте грађанскоправног уговора. Уговорне ствари очитују аутономију субјеката грађанског друштва од непосредног законског уређивања јер је у природи ствари да постоје правни предмети који ће се правно уредити уговором као индивидуалним законом, при чему се не доводи у питање да општа правна норма у другим областима поретка правне државе, упркос општем, може имати и непосредно прецизирано правно дејство. Код грађанских уговорних ствари правни значај није у томе што се правни предмет уређује уговором као појединачним правним актом, колико је значај у томе што правно биће уговорног уређивања успоставља слободном вољом уговорних страна, без придржаја императивних законских норми као регулативних правних ставова. Смисао аутономије грађанског друштва и јесте у томе да уговорно правно уређивање подлеже принципу законитости у формалном смислу, не и законитости у материјалном смислу.

Слободна воља као правотворачки извор је конститутивни елемент грађанског друштва, са приватношћу, аутономијом, слободном вољом као правотворачким извором и слободом учествовања у обликовању опште воље – као основним правним принципима грађанског друштва, при чему правни принципи грађанског друштва нису исто што и правни принципи грађанског права. Упркос томе што су у грађанском праву, поред основних правних принципа грађанског друштва, заступљени и њима супротстављени телеолошки правни ставови,

правни принципи грађанског друштва су носиоци правне свести и „погледа на свет“ грађанског права као целине, следствено чему је посебан значај грађанских законика због обједињавајућег зрачећег телеолошког дејства које на дух правног поретка одашиљу грађански законици као, како примећује Петровић, „устави грађанског друштва“.[22] Грађанско друштво представља истински правни основ постојања уговора као правног акта у поретку правне државе, као манифестација слободе појединаца да правном уређивању конкретизованих правних предмета - поводом властитих приватних интереса - приступе ван непосредне примене императивних законских норми и да властитом слободном вољом закључе уговор који ће важити као индивидуални закон. Правни теоретичари нису у потребној мери уочили да дух грађанског друштва изражавају уговорне ствари, а уговорне ствари су предмети који се уређују „политичким уговорима“ на подручју грађанског друштва и правни предмети који се уређују уговорима као правним актима у области грађанског права.

Разумска интерпретација правних правила – као правотворачки извор, властиту природу нарочито показује у случајевима важења пуне правне везаности. Тако, доношење већине управних аката у управном поступку подразумева разумску интерпретацију законских норми и потпуну правну везаност. То су правни предмети у којима се одлучује о субјективним правима или о правним дужностима. Некада доносилац управног акта, поред разумске интерпретације законских норми, може бити властан да користи оцену целисходности, али је важно нагласити да доносилац управног акта никада не може имати вољу, аутономију, нити јачу вољу у односу на другог учесника управног поступка. За решавање управне ствари карактеристичан је придржај законских норми у правном бићу управне ствари. Придржај законских норми потпун је код тзв. правновезаних управних аката, док због управне оцене целисходности, придржај законских норми обликује само један део правног бића дискреционих управних аката. Код декларативних управних аката није реч о придржају законских норми у правном бићу акта у питању, имајући у виду да се декларативним управним актом само индивидуализује генерална правна ситуација, што значи да је у питању законска ствар и само формално управна ствар. Придржај законских императивних норми не постоји поводом доношења усмених решења, што значи да се може говорити о самосталној управној ствари насталој у следству старатељско-управне делатности. Управна ствар стога представља слагање правног предмета из управне материје (најужег подручја општег добра) и управно-

[22] М. Петровић, М. Прица, *Увод у велике правне и управне системе са европским управним правом*, Ниш, 2015, 20–21.

правног режима уређивања предмета у питању издавањем управнога акта.[23]Осим управне оцене целисходности као правотворачких извора код дискреционих управних аката, управно-правни режим се код потпуно правновезаних управних аката изражава у посебним овлашћењима органа државне управе - да употребе посебна правна средства у управном поступку. У питању су поништавање и укидање решења на основу службеног надзора и ванредно укидање решења јер се поменута правна средства могу применити само код решавања управних ствари у режиму непосредне примене Закона о општем управном поступку, дочим је употреба ових правних средстава по природи ствари искључена поводом решавања правних ствари у режиму сходне примене Закона о општем управном поступку.[24] Управној оцени целисходности као правотворачком извору, ипак, не би требало одрећи самосталан карактер, имајући у виду случајеве када се на основу оцене целисходности са претпоставком легалности доноси решење које се без одлагања може извршити (на пример, усмено решење поводом очувања јавног реда и мира).[25]

Поврх свега наведеног, постоје случајеви укрштања правотворачких извора. То може бити тако да објективни циљ правног уређивања и самим тим део правног бића уређује закон, препуштајући у постављеним оквирима да извор правног уређивања буде слободна воља (тако је у оставинском поступку, а наведена карактеристика највећма одговара и природи правних предмета парничног поступка). Укрштање правотворачких извора на видело излази код управних уговора, јер се код државног органа као уговорне стране јављају разумска интерпретација законских норми и оцена целисходности, док се код друге уговорне стране јавља слободна воља. Код појединих уговора јавног-приватног партнерства, као правотворачки извори јављају су политичка оцена целисходности и слободна воља.

Грађанско право је област правног поретка у којој влада аутономија грађана и превасходство приватних интереса као динамичких

[23] Важно је нагласити да су управна материја и управно-правни режим, као критеријуми за одређивање управне делатности и управне ствари, заступљени и код појединих општих правних аката које доносе органи државне управе (нпр. наредба). Будући да наредба представља генералну правну ситуацију из које непосредно произлазе правне дужности, несумњиво се правном предмету у питању може признати карактер управне ствари. Јер, у питању је генерална правна ситуација као прецизирано и довршено правно биће, без обзира што акт у питању производи опште правно дејство.

[24] М. Прица, (2021), 97–116.

[25] М. Прица, „Карактер полицијске делатности“, *Зборни радова „Право између стварања и тумачења“* (ур. Д. Ћеранић, С. Ивановић, Р. Лале, С. Аличић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2023, 395–416.

израза индивидуалних правних добара. Но, јавни интерес је заступљен у грађанском праву, као уосталом и у свим преосталим областима правнога поретка, само се садржина јавнога интереса у грађанском праву разликује од других области правног поретка. Тако, уговор као сагласност двеју воља с циљем остваривања двају приватних интереса, има дејство *inter partes*, следствено чему нема карактер општег интереса јер не изражава опште добро. Али, правоваљано закључени уговор је „закон за уговорне стране“ и самим тим изражава јавни интерес као релациону категорију у поретку правне државе.

С друге стране, код тзв. управних уговора који се закључују између државних органа и правних лица, на делу је саглашавање општег интереса (нпр. изградња аутопута) са приватним интересом концесионара да буде извођач радова изградње аутопута. Код грађанскоправног уговора по правилу не постоји објективни циљ јер су уговорне стране власне да уреде властите интересе, под условом да тиме не вређају императивне норме, јавни поредак и добре обичаје (опште добро). Код управног уговора објективни циљ је остваривање једног општег интереса (нпр. изградња аутопута), а садржина управног уговора је већим делом уређена императивним нормама, док у преосталом делу она представља резултат саглашавања оцене целисходности државног органа и слободне воље друге уговорне стране, чиме се утврђује јавни интерес као релациона детерминанта.[26]

4. ЗАКЉУЧАК

Откривање правотворачких извора омогућава утврђивање природе ствари. Суштина је у томе да постоје правна питања која могу да буду предмет уређивања у једном или у другом правном поступку, путем једног или другог правног акта, али би та могућност требало да буде опредељена „природом ствари“ па се пред „природом ствари“ зауставља и моћ законодавца. „Природа ствари“ очитује идентитет између правног предмета и правне ствари као облика уређивања правног предмета. Утврђивање „природе ствари“ стога би требало да представља приоритетни задатак правне мисли, како судске тако и академско-научне јуриспруденције. Радбрух у вези са тим вели: „Ипак, та пракса ме није могла задовољити. Тада ме није интересовао појединi случај, него опште, не конкретно, него апстракција...Нисам био довољно зрео да тражим ум у стварима, да појмим идеју као значење и душу стварности, да тражим поредак у животним односима

[26] М. Прица, „Уговор и управни уговор као правни институти“, Зборник радова „Право и мултидисциплинарност“ (С. Кнежевић, М. Настић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2020, 189–231.

који људи зову „природа ствари“.[27] Наше је гледиште да постоји „ум у правним стварима“, као темељ на којем израста подела власти у правном поретку, следствено чему је подела власти више последица постојања различитих правних ствари и правотворачких извора, него обратно: да су различите правне ствари резултат поделе власти као прокламованог циља у правном поретку.

Полазећи од материје правног уређивања и правотворачких извора у правном поретку нужно су заступљене уговорне ствари и политичке ствари, а у законским, судским и управним стварима, осим правне везаности, заступљене су оцена целисходности и слободна воља као правотворачки извори. Услед важности правотворачких извора, законитост у материјалом смислу је у уговорним стварима искључена или битно ограничена због слободне воље као правотворачког извора, док је судска контрола битно ограничена у правним стварима које се решавају на основу управне и политичке целисходности. Одавде произлази потреба да се правна мисао усредоточи на кружно повезивање извора права: од формалних извора права према материјалним изворима права и натраг.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Водинелић, Владимир, *Грађанско право, увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2014;
2. Живановић, Тома, *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд 1951.
3. Лукић, Радомир, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд 1954;
4. Петровић, Милан, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Савремена администрација, Београд 1981;
5. Петровић Милан, Прица, Милош, *Увод у велике правне и управне системе са европским управним правом*, Ниш, 2015;
6. Прица, Милош, „Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 78/2018;
7. Прица, Милош, „Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и 'унутрашњег правног система'“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 80/2018;

[27] Г. Радбрух, „Природа ствари као облик правног мишљења“, *Зборник за теорију права, св. 1* (ур. Р. Д. Лукић), Београд 1991, 217–237.

8. Прица, Милош, „Управна ствар и управно-судска ствар“, *Зборник радова „Право у функцији развоја друштва“* (ур. Д. Мировић), Косовска Митровица 2019;
9. Прица, Милош, „Уговор и управни уговор као правни институти“, Зборник радова „Право и мултидисциплинарност“ (С. Кнежевић, М. Настић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2020;
10. Прица, Милош, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 91/2021;
11. Прица, Милош, „Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови“, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 184/2022;
12. Прица, Милош, „Карактер полицијске делатности“, *Зборни радова „Право између стварања и тумачења“* (ур. Д. Ђеранић, С. Ивановић, Р. Лале, С. Аличић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2023;
13. Радбрух, Густав, „Природа ствари као облик правног мишљења“, *Зборник за теорију права, св. 1* (ур. Р. Д. Лукић), Београд 1991.

Правни прописи

1. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – УСЈ, 57/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993, *Службени гласник РС*, бр. 18/2020;
2. Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016;
3. Закона о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016 и 18/2018;
4. Закона о спољним пословима, *Службени гласник РС*, бр. 116/2007;
5. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Associate Professor Miloš Prica, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

THE LAW-MAKING SOURCES

Summary

In the author's opinion, a legal order has the following structure: 1) The basic (constituent) entities of a legal order include: a) a legal subject; b) subjective rights; c) a legal duty; d) a legal object (subject-matter); e) a legal act; f) state action; g) legal action; and f) legal facts. All these elements have equal (constitutive) significance in a legal order, and it would be entirely wrong to put them in a hierarchical chart; 2) the subject matter of legal regulation, including legal goods (assets) and legal interests; 3) the law-making sources, including rational interpretation of legal norms and legal principles, political assessment of expediency, free will, and administrative assessment of expediency; 4) the forms of legal regulation, including: a) direct dynamic forms: general legal acts, individual legal acts, state actions, and legal actions; b) direct static forms: legal principles, legal norms, and legal standards; and c) higher static (legal-science) forms: legal matters, legal situations, and legal institutes. Law-making sources reflect the subject matter of a legal order in the process of creating and applying the law, determining the causa (rationale) of its action. The functioning of a legal order cannot be precluded by a pyramidal course of creation and application of general legal norms as "formal legal sources," bearing in mind that the principle of legality in the material sense is a dominant principle in all areas of a legal order. Substantive law may also be created outside the institutional order of public authorities as an activity that does not represent a concretization of legal norms as regulating legal attitudes in the area of free will and private interest in an absolute sense. On the other hand, the institutional order of public authorities is necessarily broader in relation to substantive (statutory) law, taking into account the political activities of state authorities, which can also be considered above the law.

Key words: *Rational interpretation of legal norms and legal principles; Political assessment of expediency; Free will and administrative assessment of expediency.*

E. Mehmedović, R. Delić, *Pravna pomoć u upravnim stvarima: stanje i perspektive*, Zbornik radova „Pravne praznine i punoća prava“, Istočno Sarajevo 2024, str. 134–153.

UDK/UDC 342.924
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. Emir Mehmedović
Doc. dr. Rijad Delić

Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu

PRAVNA POMOĆ U UPRAVNIM STVARIMA: STANJE I PERSPEKTIVE

Vršeći poslove i zadatke iz svoje nadležnosti upravni organi dolaze i u one situacije u kojima ne mogu neposredno i samostalno provesti određene procesne radnje te im je stoga za provođenje tih radnji potrebna pomoć drugih organa. Organi čija se pomoć traži mogu biti domaći ili strani. Pružanje pravne pomoći u nacionalnim okvirima, tj. od strane domaćih organa je prvenstveno regulisana odredbama nacionalnog zakonodavstva. Dok je pravna pomoć u nacionalnim okvirima relativno jasno normirana postoje značajne nedoumice u odnosu na pravnu pomoć sa elementom inostranosti. Ova vrsta pravne pomoći obuhvata mnogo širi i kompleksniji obim radnji, od dostavljanja pismena u inostranstvo, pribavljanja isprava ili dokumenata u posjedu strane vlasti ili lica izvan države, izvođenja dokaza, saznanja stranog prava ili potrebnih informacija do priznanja i izvršenja stranih upravnih odluka. Institut pravne pomoći u upravnim stvarima je manje razvijen u odnosu na institut pravne pomoći u krivičnim, građanskim i trgovačkim stvarima. S obzirom na proces globalizacije i intenziviranog kretanja stanovništva pitanje pružanja pravne pomoći u upravnim stvarima sa elementom inostranosti postaje sve značajnije i potrebno je istom ozbiljnije pristupiti. Na internacionalnom nivou pružanje pravne pomoći je regulisano odredbama većeg broja univerzalnih i regionalnih međunarodnih ugovora, ali i bilateralnim ugovorima. Trenutno je najviši nivo uređenja pravne pomoći u upravnim stvarima ostvaren na nivou Evropske unije. Ipak, fokus ovog rada je na instrumentima donesenim u okviru Vijeća Evrope, iz razloga što se isti mogu koristiti već sada, za razliku od drugih koji predstavljaju tek perspektivu.

Ključne riječi: Pravna pomoć; Pravna pomoć u upravnim stvarima; Upravni akti; Dostavljanje dokumenata; Pribavljanje informacija i dokaza.

Emir Mehmedović, *emir.mehmedovic@fu.unsa.ba*.

1. UVOD

U skladu sa načelom zakonitosti kao općim pravnim načelom, svi javnopravni organi mogu vršiti samo one poslove i zadatke za koje su nadležni. To se posebno odnosi na one poslove i zadatke kod kojih organi postupaju autoritativno. U upravno-procesnom pravu institut nadležnosti označava ovlaštenje i dužnost upravnog organa da postupa i riješi određenu upravnu stvar.[1] Ipak, vršeći poslove i zadatke u okviru svoje nadležnosti upravni organi se susreću i sa onim situacijama u kojima iz različitih razloga ne mogu sami, neposredno izvršiti određene procesne radnje u upravnom postupku te im je potrebna pomoć drugih organa. Organi čija se pomoć traži mogu biti domaći ili strani, upravni, odnosno pravosudni organi. U tradicionalnom upravnom pravu, koje je, prevashodno nacionalno koncentrisano, regulisano je pitanje pružanja pravne pomoći između domaćih organa. Međutim, sa procesom globalizacije, olakšane komunikacije i sve intenzivnijeg kretanja stanovništva, pitanje pružanja pravne pomoći sa elementom inostranosti postaje sve značajnije. Naime, upravni organi mogu zatrebati pomoć organa strane države u provođenju konkretnog upravnog postupka. To uglavnom obuhvata dostavljanje pismena u inostranstvo, ako se stranka nalazi u stranoj državi, ali može obuhvatati i pribavljanje određenih dokaza (npr. isprava, saslušanja svjedoka) u posjedu strane vlasti ili lica izvan države. Sve te radnje se smatraju oblikom autoritativnog ponašanja upravnih organa jedne države, tj. vršenja vlasti, te stoga međunarodno javno pravo ne dopušta organima strane države da samostalno, na teritoriji druge države, vrše takve radnje bez dozvole strane države. Načelo državnog suvereniteta isključuje mogućnost da upravni organi jedne države vrše svoju nadležnost na teritoriji druge države. Stoga pravna pomoć u upravnim stvarima sa elementom inostranosti predstavlja neophodan dio opće međunarodne saradnje.

2. INSTITUT PRAVNE POMOĆI

Pod pojmom pravne pomoći podrazumjeva se pružanje određene (u)pravne radnje koju zamoljeni organ ukazuje organu molitelju.[2] Pravna pomoć obuhvata pribavljanje dokaza (npr. određenih javnih isprava), izvođenje dokaza (npr. saslušanje svjedoka, vršenje uviđaja), dostavu potrebnih akata, obavještenja ili predmeta, ali i druge usluge koje imaju svoj utjecaj na vođenje odgovarajućeg postupka (npr. pruža se mogućnost stranci da

[1] M. Kamarić, I. Festić, *Upravno pravo: Opšti dio*, Magistrat, Sarajevo 2004, 275.
[2] E. Zečević, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Logos, Sarajevo 2004, 392.

umjesto podneskom svoju izjavu mogu saopštiti na zapisnik kod zamoljenog organa).[3]

Institut pravne pomoći smatra se klasičnim procesnim institutom koji je kao takav prvenstveno regulisan procesnim zakonima i međunarodnim ugovorima.[4] Za razliku od pravne pomoći u krivičnim i građanskim stvarima, u odnosu na pravnu pomoć u upravnim stvarima nerijetko je izazov u tome „što nije uvijek jasno šta sve spada u domen upravnog prava“.[5]

Iako je pravna pomoć u upravnim stvarima prvenstveno institut upravnog procesnog prava, on svoj osnov nalazi i u odredbama osnovnih organizacionih propisa (npr. Zakon o upravi (BiH)). Naime, u pravilu, organizacioni propisi koji uspostavljaju strukturu javne, a prije svega državne uprave propisuju obavezu upravnih organa da međusobno, prilikom obavljanja svojih poslova i zadataka, ostvaruju saradnju i uzajamno pružaju pomoć. Tako je i odredbama Zakona o upravi (BiH)[6] propisano da se međusobni odnosi upravnih organa na nivou Bosne i Hercegovine zasnivaju na ovlaštenjima utvrđenim Ustavom Bosne i Hercegovine i zakonima, kao i na saradnji, međusobnom informisanju i dogovaranju.[7] Osim toga, propisano je i da su u ostvarivanju međusobne saradnje upravni organi obavezni jedni drugima dostavljati podatke i informacije potrebne za obavljanje poslova, razmjenjivati informacije i iskustva i osnivati zajedničke stručne komisije i druga radna tijela, kao i ostvarivati druge oblike međusobne saradnje.[8] Navedeno se odnosi kako na međusobnu saradnju upravnih organa na nivou države, ali i na saradnju sa ostalim organima u Bosni i Hercegovini.[9]

Pravna pomoć se može pružati u odnosu na domaće organe (domaća ili nacionalna pravna pomoć) i u odnosu na strane organe (međunarodna ili internacionalna pravna pomoć). U odnosu na granu prava u kojoj se pruža dijeli na pravnu pomoć u krivičnim stvarima, pravnu pomoć u građanskim i privrednim stvarima, te pravnu pomoć u upravnim stvarima. Međunarodna pravna pomoć u krivičnim stvarima pored općih vidova pravne pomoći uključuje i pitanje ekstradicije, transfera osuđenih lica, priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka. Međunarodna pravna pomoć u građanskim i privrednim stvarima pored općih vidova pravne pomoći obuhvata i prizna-

[3] *Ibid.*

[4] M. Salma, „Pravna pomoć u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2013, 195.

[5] H. Wenander, „A toolbox for administrative law cooperation beyond the state“, u: A.-S. Lind, & J. Reichel (Eds.) *Administrative law beyond the state - Nordic perspectives* 2013, 48.

[6] Zakon o upravi BiH – ZUBiH, *Sl. glasnik BiH*, br. 32/02, 102/09 i 72/17.

[7] ZUBiH, čl. 31. st. 1.

[8] ZUBiH, čl. 31. st. 2.

[9] ZUBiH, čl. 32.

nje i izvršenje stranih sudskih odluka, pristupa stranca sudovima, osiguranja parničnih troškova, saznanja stranog prava i sl.[10] Pravna pomoć u upravnim stvarima je teorijski najmanje izučavan oblik pravne pomoći.

I u nacionalnom i u međunarodnom okviru, pravna pomoć se pruža po zahtjevu organa molitelja. Taj zahtjev se naziva zamolnica. Zamolnica treba da sadrži opis radnje čije se provođenje traži (npr. saslušanje svjedoka, vještačenje, dostava pismena, obavještavanje o činjenicama iz službene evidencije i sl.). U nacionalnim okvirima upravni organi mogu komunicirati neposredno, dok, kada se radi o pružanju pravne pomoći sa elementom inostranosti zamolnica se podnosi diplomatskim putem, izuzev ako je drugačije propisano međunarodnim ugovorima. Diplomatski put komunikacije je dosta složen i dugotrajan jer pored dva upravna organa uključuje još posredničkih organa (ministarstva vanjskih poslova i/ili ministarstva pravde ili uprave). Međutim, bez pravnog osnova sadržanog u međunarodnim ugovorima, direktna komunikacija između upravnih organa dvaju država nije dozvoljena.

3. PRAVNA POMOĆ U UPRAVNIM STVARIMA U NACIONALNIM OKVIRIMA

Pravnu pomoć u upravnim stvarima u nacionalnim okvirima pružaju domaći upravni, ali i drugi organi. Pružanje pravne pomoći je njihova zakonska obaveza koju su dužni izvršiti po zamolnici organa koji vodi upravni postupak. Sa aspekta organa koji vodi upravni postupak u odnosu na sadržaj zahtjeva za pružanje pravne pomoći možemo govoriti o obaveznoj i fakultativnoj pravnoj pomoći. U onim procesnim radnjama koje bi organ molitelj trebao neposredno provoditi na teritoriju drugog (zamoljenog) organa radilo bi se o obaveznoj pravnoj pomoći, dok bi se u slučaju provođenja onih radnji kod kojih ne bi autoritativno postupao radilo o fakultativnoj pravnoj pomoći.

U onim slučajevima u kojima bi upravni organ trebao autoritativno postupati (npr. saslušati svjedoka) na teritoriji na kojoj nema mjesnu nadležnost on bi morao tražiti pravnu pomoć nadležnog upravnog organa. To je slučaj kada je pravna pomoć obavezna, jer radnje postupka ne može direktno sam obaviti na području drugog organa, a zamoljeni organ dužan je postupiti po toj molbi za pravnu pomoć[11]. Dakle, radi se o obavezi jednog organa da traži pravnu pomoć, ali i obavezi drugog organa da traženu pravnu pomoć pruži.

[10] N. Sladoje *et al*., *Međunarodna pravna pomoć*, Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine, 2006.

[11] P. Krijan, *Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine sa sudskom praksom*, Privredna štampa, Sarajevo 2002, 79.

Pored toga, u skladu sa načelom ekonomičnosti vođenja upravnog postupka, koje propisuje da se postupak treba voditi brzo i sa što manje troškova i gubitka vremena za stranku i druga lica koja učestvuju u postupku, ali tako da se pribavi sve što je potrebno za pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja i za donošenje zakonitog i pravilnog rješenja, organ koji rješava upravnu stvar može (ali ne mora), radi lakšeg i bržeg obavljanja određene radnje postupka ili izbjegavanja troškova zamoliti drugi odgovarajući organ da za njega obavi neku radnju postupka. To je fakultativna pravna pomoć, kod koje organ molitelj može tražiti pravnu pomoć, međutim zamoljeni organ ima obavezu da traženu pravnu pomoć pruži. Molba za pravnu pomoć upućuje se uvijek odgovarajućem organu koji je stvarno i mjesno nadležan za takvu vrstu upravnog posla.[12]

Obaveza pružanja pravne pomoći u nacionalnim okvirima odnosi se na sve državne organe, kako one različitih nivoa (npr. državnog, regionalnog, lokalnog karaktera), tako i one različitih vrsta (npr. pravosudni organi)[13], ali i institucija sa javnim ovlaštenjima.[14] Zamoljeni organi dužni su postupati po podnesenoj molbi u granicama svoje nadležnosti, bez odgađanja. Zakoni o upravnom postupku u Bosni i Hercegovini su propisali rok za postupanje po zamolicama od 10 do 30 dana od dana prijema molbe.[15] Treba istaći da naprijed navedeni rokovi obavezuju zamoljenje organe na postupanje, ali ne i udovoljenje traženoj pravnoj pomoći, jer nerijetko udovoljenje zamolnici traži duži vremenski period. Nastale troškove za izvršenje radnji postupka po molbi za pravnu pomoć snosi organ koji je tražio da se one obave, npr. putni troškovi svjedoka, troškovi oko obavljanja uviđaja i sl.[16]

Treba istaći da se zamoljeni organ u postupku pružanja pravne pomoći ponaša kao „produžena ruka“ organa koji vodi postupak jer on nije ovlašten da cijeni cjelishodnost izvođenja dokaza za koje je zatraženo da ga

[12] *Ibid.*

[13] *“Pravna pomoć za izvršenje pojedinih radnji u postupku može se tražiti od sudova, samo u okviru posebnih propisa. Izuzetno, organ, odnosno institucija koja ima javna ovlaštenja za rješavanje u upravnim stvarima, može tražiti od sudova da im dostave spise koji su potrebni za vođenje upravnog postupka. Sudovi su dužni postupiti po takvom traženju ako se time ne ometa sam sudski postupak. Sud može odrediti rok u kojem mu se spisi moraju vratiti.”* - Zakon o upravnom postupku BiH– ZUPBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 2/98, 48/99 i 61/22, čl. 34, st. 3. Identično je propisano i odredbama Zakona o upravnom postupku FBiH – ZUPFBiH, čl. 41, st. 3; Zakona o opštem upravnom postupku RS – ZUPRS, *Sl. glasnik RS*, br. 13/02, 87/07, 50/10 i 66/18, čl. 31, st. 3; Zakona o upravnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine – ZUPBDBiH , *Sl. glasnik BDBiH*, br. 48/11, 21/18 i 23/19, čl. 28, st. 3.

[14] P. Krijan, 80.

[15] ZUPBiH, čl. 34, st. 2; ZUPFBiH, čl. 41, st. 2; ZUPRS, čl. 31. st. 2; ZUPBDBiH, čl. 28, st. 2.

[16] P. Krijan, 80–81.

izvede, niti utvrđuje činjenično stanje umjesto nadležnog organa koji je zatražio tu pomoć. To ostaje ovlaštenje organa koji vodi upravni postupak.[17] U zahtjevu za pravnu pomoć može se tražiti samo izvršenje neke radnje, kao što je saslušanje svjedoka, vještačenje, dostava pismena, obavještavanje o činjenicama iz službene evidencije i sl.

4. PRAVNA POMOĆ SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI - MEĐUNARODNA PRAVNA POMOĆ

Proces globalizacije u značajnoj mjeri je utjecao i na internacionalizaciju pravnih odnosa, što posljedično ima posljedica i na nacionalna upravna prava. Olakšana komunikacija i intenzivno međugranično kretanje građana zahtjeva promjenu klasičnih shvatanja upravnog prava. Naime, upravno pravo je dugo vremena svoj fokus imalo samo na teritoriju jedne države i u okviru jednog pravnog sistema. Međutim, sa procesom globalizacije, prekogranično kretanje ljudi postaje jedna od karakteristika modernog svijeta. U tom kontekstu, i uprava mora mijenjati svoj fokus, način rada i djelovanja te mora sarađivati sa upravama drugih država. To se ostvaruje kroz institut pravne pomoći sa elementom inostranosti, odnosno međunarodne pravne pomoći. Ona je posebno značajna u oblastima zaštite okoliša, saobraćaja, poreza i socijalne sigurnosti.[18]

Međunarodna pravna pomoć predstavlja postupanje (sudskih ili upravnih) organa jedne države po molbi nadležnih (sudskih ili upravnih) organa druge države[19]. Pravni osnov za pružanje međunarodne pravne pomoći su, u pravilu, bilateralni ili multilateralni međunarodni ugovori, dok se ponekad, usljed nepostojanja takvih ugovora pružanje pravne pomoći zasniva na načelu učtivosti i faktičkog reciprociteta.

Kada se radi o pomoći koju organi jedne države pružaju organima druge države na osnovu zaključenih međunarodnih ugovora komunikacija se u tim slučajevima, u pravilu, osigurava putem centralnih organa veze. Centralni organi veze su organi države ugovornice koji su kao takvi određeni odredbama međunarodnih ugovora ili su naknadno notificirani između država ugovornica. Smisao njihovog postojanja je uspostavljanje linije komunikacije između nadležnih organa dvaju država, ali i nadzor nad primjenom zaključenih međunarodnih ugovora. Naime, s obzirom na specifičnosti ustavnog, teritorijalno-upravnog i sudskog uređenja, a posebno procesnih pravnih normi svake od država ugovornica bilo bi izuzetno teško pretpostavljati da organi države moliteljice mogu znati koji su stvarno i mjesno nadležni organi zamoljene države. Zbog toga, u pravilu, sve svoje

[17] E. Zečević, 392.
[18] H. Wenander, 49.
[19] N. Sladoje *et al.*, 11.

zamolnice dostavljaju domaćem centralnom organu veze, koji ih prethodno ispituje u pogledu ispunjavanja, prije svega, formalnih uslova propisanih međunarodnim ugovorom na osnovu kojeg se pravna pomoć traži ili pruža. Ukoliko zamolnica ispunjava sve formalne uslove propisane međunarodnim ugovorom ista se dostavlja centralnom organu veze zamoljene države, koji, nakon prethodnog ispitivanja zamolnice, istu dostavlja domaćem nadležnom organu na postupanje, odnosno pružanje pravne pomoći. Nakon toga, domaći upravni organi su dužni pružiti traženu pravnu pomoć u skladu sa domaćim zakonodavstvom. U tom slučaju radi se o ugovornom reciprocitetu[20], budući da je odredbama međunarodnog ugovora propisana obaveza takvog postupanja.[21]

U onim situacijama u kojima ne postoji međunarodni ugovor, pa samim time ni ugovorni reciprocitet, pravna pomoć u upravnim stvarima će se pružiti u skladu faktičkim reciprocitetom. Faktički reciprocitet predstavlja faktičko stanje, zasnovano na propisima ili praksi različitih država kojima se udovoljava zahtjevima za pružanjem pravne pomoći drugoj državi. Za razliku od ugovornog reciprociteta koji je jasno i nedvosmisleno ugovoren, faktički reciprocitet se mora posebno utvrđivati. Činjenica da se faktički reciprocitet mora konkretno utvrđivati ne isključuje mogućnost postavljanja pretpostavki (pozitivna presumpcija) o postojanju reciprociteta.[22] U slučaju sumnje o postojanju reciprociteta objašnjenje daju nadležna ministarstva pravde i vanjskih poslova.

Zamoljene radnje će se izvršiti u skladu sa domaćim propisima, tim da se pravna pomoć može pružiti i na način kako to zahtjeva organ koji je zamolio besplatnu pravnu pomoć, ukoliko takvo nešto nije suprotno javnom poretku zamoljene države. Zamolnica se sastavlja na jeziku koji je ugovorom propisan, odnosno na jeziku zamoljene države ukoliko ne postoji ugovor. Dostava zamolnice se vrši na način kako je to propisano međunarodnim ugovorom (direktno ili putem Centralnog organa veze), odnosno diplomatskim putem. Treba napomenuti da se pravna pomoć stranom upravnom organu neće pružiti ukoliko je ista protivna javnom poretku zamoljene države, npr. da se saslušanjem svjedoka iznesu činjenice koje predstavljaju službenu ili vojnu tajnu prema domaćim zakonima. Ukoliko se zaprimi takva zamolnica zamoljeni organ će donijeti rješenje o uskraćivanju pravne pomoći.

[20] Pojam reciprocitet dolazi od latinske riječi *reciprocus - koji odlazi i vraća se*.

[21] „Pod ovi pojmom redovno se podrazumeva onaj vid uzajamnosti koji se zasniva na međunarodnim ugovorima (dvostranim i višestranim) i vladinim deklaracijama. Dovoljno je, stoga, konstatovati postojanje ovih međunarodnih pravnih akata, pa smatrati da je zahtev reciprociteta u određenoj oblasti odnosa ispunjen.“, M. Ročkomanović, „Vrste reciprociteta u međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 1980, 341.

[22] *Ibid.*, 356.

5. MEĐUNARODNA PRAVNA POMOĆ U UPRAVNIM STVARIMA

Zbog činjenice da veliki broj ljudi živi ili duže boravi u inostranstvu, često se javlja potreba da vlasti jedne države pomažu vlastima druge države u obavljanju određenih poslova uprave koji su u vezi sa tim licima. Osim određenog broja međunarodnih konvencija (npr. Vijeća Evrope), propisa Evropske unije koji uređuju pružanje pravne pomoći između država članica, međusobna pomoć između upravnih organa različitih država uglavnom se zasniva na faktičkom reciprocitetu. Međutim, s obzirom na povećan intenzitet zahtjeva za pravnom pomoći faktički reciprocitet više nije instrument koji zadovoljava potrebe društvenog razvoja te je stoga potrebno aktuelizirati pitanje korištenja drugih instrumenata, kroz pristup međunarodnim ugovorima koji će omogućiti takav oblik saradnje.[23]

Kao što smo već rekli, razmatranje pitanja pružanja međunarodne pravne pomoći u upravnim stvarima je značajno manje u fokusu teoretičara u odnosu na razmatranje iste u krivičnim, građanskim i privrednim stvarima. Izuzetak, donekle, predstavljaju specifična pitanja poreza, uključujući i spriječavanje dvostrukog oporezivanja te pitanja socijalnog osiguranja. U navedenim oblastima zaključen je određeni broj multilateralnih i bilateralnih ugovora. U fokusu ovog rada su konvencije Vijeća Evrope koje regulišu pitanje pravne pomoći u upravnim stvarima, prije svega iz razloga što se radi o međunarodnim ugovorima kojima Bosna i Hercegovina, ali i druge zemlje regiona, može pristupiti bez bilo kakvih zapreka, što nije slučaj sa ostalim instrumentima. Naime, iako je oblast pravne pomoći u upravnim stvarima daleko razvijenija u okvirima Evropske unije, činjenica je da se navedeni propisi ne mogu primjenivati sve do pristupanja države Evropskoj uniji, što u ovom trenutku još uvijek predstavlja relativno daleku perspektivu.

U okviru Vijeća Evrope, još 1977. godine, izrađena su dva nacrta konvencija o pravnoj pomoći u upravnim stvarima i otvorene su za potpis državama članicama: Evropska konvencija o dostavljanju dokumenata u upravnim stvarima (ETS No. 94) od 24. novembra 1977. godine i Evropska konvencija o prikupljanju informacija i dokaza u upravnim stvarima (ETS No. 100) od 15. marta 1978. godine. Obje konvencije predviđaju obavezu država članica da po zamolnici države moliteljice pruže pravnu pomoć u upravnim stvarima. Cilj donošenja navedenih konvencija je bio da se popune praznine koje su ostale u međunarodnim sporazumima o

[23] Još 1963. godine Vijeće Evrope je zaključilo da *“...pravila kurtoazije ne dopuštaju uvijek rješenja koja su tehnički jednako zadovoljavajuća kao ona koja se mogu postići izradom konvencije”* - Resolution (63) 29 (Adopted by the Committee of Ministers on 13th December 1963), 63.

građanskim i krivičnim stvarima. Pri izradi navedenih konvencija kao modeli su služile Konvencija o dostavljanju sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1965. godine, te Konvencija o prikupljanju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1970. godine.

Nažalost, vrlo mali broj država članica Vijeća Evrope je ratificirao navedene konvencije čime je njihova primjena dovedena u pitanje. Tako je Evropsku konvenciju o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u upravnim stvarima ratificiralo samo devet zemalja članica Vijeća Evrope[24], dok je Evropsku konvenciju o prikupljanju informacija i dokaza u inostranstvu u upravnim stvarima ratificiralo tek šest zemalja članica Vijeća Evrope.[25] Mali broj ratifikacija ovih konvencija, ipak ne govore o apsolutnoj nezainteresovanosti država za uređenje međunarodne pravne pomoći u upravnim stvarima. Naime, u posebnim upravnim oblastima, kao što su npr. porezi, postoje međunarodni ugovori koji su ratificirani od strane većeg broja država. Tako je Konvenciju o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreznim stvarima (ETS No. 127) ratificiralo 125 zemalja, dok je Protokol na Konvenciju o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreznim stvarima (ETS No. 208) ratificiralo 47 zemalja. Osim toga, u mnogim drugim oblastima života koji potpadaju pod oblast uprave zaključeni su posebni multilateralni ili bilateralni sporazumi koji uspostavljaju međusobne obaveze za pružanje pomoći. To su prije svega sporazumi koji regulišu oblast poreskog prava, a posebno sporazumi o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i sprečavanju izbjegavanja poreza, sporazumi o socijalnoj zaštiti, sporazumi u oblasti zaštite okoliša, sporazumima o prekograničnoj saradnji, u pitanjima saobraćaja i u sporazumima koji se odnose na informacije o statusu lica u inostranstvu.

Historijski posmatrano, još 1963. godine Odbor ministara Vijeća Evrope razmatrao je pitanje pružanja međusobne pomoći u upravnim stvarima. Ova tema je uvrštena u Pravni program Vijeća Evrope sa zahtjevom da se prethodno provede detaljno istraživanje. Države članice su zamoljene da dostave svoje sugestije Sekretarijatu koji bi potom sastavio sveobuhvatan izvještaj na osnovu kojeg bi Odbor za pravnu suradnju odlučio hoće li, i na koji način, ovo pitanje dalje razmatrati. Osnovna ideja je bila da se razmotri zaključenje konvencije o međusobnoj pomoći u upravnim stvarima po uzoru na Hašku konvenciju o građanskom postupku iz 1954. godine. Naglašena je važnost uspostavljanja sistema direktne komunikacije i

[24] Austrija, Belgija, Estonija, Francuska, Njemačka, Italija, Luksemburg, Španija i Švicarska.

[25] Azerbejdžan, Belgija, Njemačka, Italija, Luksemburg i Portugal.

direktnog obavještavanja između država članica.[26] Ovo pitanje je razmatrano i 1969. godine u okviru aktivnosti Pododbora za pregled pravnog programa Evropskog odbora za pravnu saradnju. Slijedeći korak bio je njegovo razmatranje na Drugom kolokviju o evropskom pravu, 1971. godine. Komitet ministara je 1975. godine, na prijedlog Evropskog odbora za pravnu saradnju, odlučio osnovati Komitet stručnjaka za međusobnu pomoć u upravnim stvarima kako bi razmotrio mogućnost izrade odgovarajućih pravnih instrumenata koji bi se bavili pitanjima: dostavljanja upravnih dokumenata u inostranstvo, i poboljšanja mehanizama međusobne razmjene informacija te odredili upravne oblasti na koja bi se ovi novi instrumenti trebali primjenjivati. Komitet stručnjaka odlučio je pristupiti razradi dvije konvencije, jedne koja bi se bavila pitanjem dostavljanja dokumenata u inostranstvo, te druge koja bi se bavila pitanjem pribavljanja informacija i dokaza u upravnim stvarima u inostranstvu. Prva je imala uticaj na odnose između organa uprave i pojedinca, dok se druga bavila uglavnom sredstvima međusobne saradnje upravnih organa. Odbor je smatrao da su ove dvije konvencije usko povezane, posebno imajući u vidu sličnost usvojenih rješenja. Iz tog razloga, posvetio je posebnu pažnju problemima usklađenosti između ova dva teksta i sa drugim međunarodnim konvencijama o međusobnoj pomoći, posebno onim u građanskim i privrednim stvarima. Izazov je bio kako popuniti praznine između postojećih međunarodnih konvencija, a istovremeno izbjegnuti preklapanje sa njima, kako bi se uspostavio koherentan okvir na kojem bi međunarodna pravna pomoć između država članica mogla zasnivati. Evropska konvencija o dostavljanju dokumenata u upravnim stvarima je zasnovana na rješenjima preuzetim iz Haške konvencije o građanskom postupku iz 1954. godine i Haške konvencije o dostavi dokumenata u inostranstvo u građanskim ili trgovačkim stvarima iz 1965. godine, dok je u pogledu definisanja opsega konvencije uzor nađen u odredbama Evropske konvencije o međusobnoj pomoći u krivičnim stvarima iz 1959. Godine.[27]

5.1. Dostavljanje akata uprave u inostranstvo

U kontekstu međunarodne pravne pomoći u upravnim stvarima kao najznačajniji oblici pružanja pravne pomoći mogu se identificirati dostavljanje pismena u inostranstvo, pribavljanje isprava ili dokumenata u inostranstvu, izvođenje dokaza, te priznanja i izvršenja stranih upravnih odluka.

[26] Resolution (63) 29 (Adopted by the Committee of Ministers on 13th December 1963), 63.

[27] *Explanatory Report to the European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters*, 1–2.

Dostava akata u upravnom postupku predstavlja bitnu procesnu radnju s obzirom na činjenicu da od trenutka njihovog (pravilno izvršenog) dostavljanja počinje njihovo pravno djelovanje prema licima kojima su dostavljena te nastupaju pravne posljedice koje iz njih proizilaze.[28] Zbog njegovog procesnog značaja pitanje dostavljanja je uređeno zakonom. Zakoni o upravnom postupku predviđaju više načina dostave: poštom, ličnom dostavom ili dostavom javnim objavljivanjem, a sa razvojem digitalnih tehnologija sve je češća i elektronska dostava akata. Izbor oblika dostave zavisi od karakteru upravnog akta i upravne stvari o kojoj se radi. Propisujući više oblika dostavljanja ostavlja se mogućnost organima da odaberu onaj oblik dostavljanja koji smatraju najprikladniji u konkretnom slučaju.

Dostava akata uprave, a posebno upravnih akata, predstavlja jedan od oblika vršenje državne vlasti. Stoga dostavljanje ne smije biti izvršeno na teritoriji druge države bez saglasnosti te države. Iz tog razloga potrebno je osigurati pomoć upravnih organa druge države. Organi zamoljene države dostavu vrše na način propisan njihovim nacionalnim zakonodavstvom ili na način na koji je to zatražio organ države moliteljice, pod uslovom da to nije suprotno propisima zamoljene države.

Iako je mali broj država koji je ratificirao Evropsku konvencija o dostavljanju dokumenata u vezi sa upravnim stvarima ona predstavlja jedan od najstarijih multilateralnih dokumenata koji reguliše pitanje dostavljanja akata u upravnim stvarima. Njen primarni cilj je bio uspostava pravnog osnova za međusobnu pomoć upravnih organa u pogledu dostavljanja dokumenata u vezi sa upravnim stvarima. Međutim, ona se ne ograničava isključivo na to, nego ostavlja mogućnost da strane, koje to prihvate, njenu primjenu mogu proširiti i na poreske stvari ili na postupke u vezi sa prekršajima koji ne potpadaju pod nadležnost sudskih organa. Konvencija utvrđuje opća pravila koja se moraju poštovati u vezi sa zahtjevima za dostavljanje, izuzećem od legalizacije, jezikom i dostavljanjem putem konzularnih agenata, pošte ili drugih kanala za prijenos. U pravilu, kao glavni organ komunikacije predviđeni su centralni organi veze koji primaju i postupaju po zahtjevima za dostavu dokumenata koji potiču od centralnih organa veze drugih država ugovornica.

U preambuli konvencije navedeno je da je ista donesena u cilju postizanju većeg nivoa jedinstva članica Vijeća Evrope u odnosu na poštivanje vladavine prava, kao i ljudskih prava i osnovnih sloboda. Donosioci su smatrali da je od velikog značaja osigurati da se dokumenti koji se trebaju dostaviti u inostranstvo u upravnim stvarima dostave na vrijeme.[29]

[28] P. Krijan, 139.

[29] Preambula Evropske konvencije o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima.

Konvencijom su se države ugovornice obavezale da će pružati međusobnu pomoć u vezi sa dostavom dokumenata koji se odnose na upravna pitanja, uz izričito navođenje da se ona neće primjenjivati na poreske ili krivične stvari. To prije svega jer su u trenutku donošenja ove konvencije u oblasti pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim i poreskim stvarima već egzistirale posebne konvencije.[30] Međutim, konvencija je ostavila mogućnost da svaka država ugovornica može putem izjave upućene Generalnom sekretaru Vijeća Evrope obavijestiti da će se konvencija primjenjivati i na poreske stvari ili na postupke u vezi s prekršajima za koje kazna ne spada u nadležnost njenih sudskih organa. Konvencija je ostavila i mogućnost da država ugovornica može dati notifikaciju o upravnim pitanjima na koja se neće primjenjivati.[31]

U skladu sa Konvencijom svaka država ugovornica je dužna imenovati centralni organ koji će primati i preduzimati radnje po zahtjevima drugih država ugovornica za dostavu dokumenata koji se odnose na upravne stvari. Osim toga država ugovornica može imenovati i poseban organ za proslijeđivanje zahtjeva za dostavu koje dolaze od njenih organa[32].

Zahtjev za dostavu dokumenata u upravnim stvarima se upućuje centralnom organu zamoljene države. Radi jednoobraznog postupanja zahtjev za dostavu dokumenata se podnosi na obrascu koji je sastavni dio konvencije, a uz zahtjev se dostavlja dokument koji se treba dostaviti. Zahtjev i dokument čija se dostava traži se šalju u dva primjerka[33]. Bitno je istaći da su zahtjev za dostavu i dokumenti čije se dostavljanje traži oslobođeni bilo kojeg oblika legalizacije isprava[34]. Pod legalizacijom stranih javnih isprava se u međunarodnom pravu podrazumijeva potvrda vjerodostojnosti javnih isprava ili privatnih isprava na kojima je od nadležnog organa izvršena ovjera potpisa, rukopisa ili prijepisa. Ovjeravanjem se potvrđuje vjerodostojnost potpisa lica koje je ispravu potpisalo i vjerodostojnost pečata stavljenog na ispravu. Legalizacija stranih javnih isprava u Bosni i Hercegovini je regulisana odredbama Zakona o važnosti javnih isprava[35], kojim je propisano da se postupak pune legalizacije provodi u odnosu na one države sa kojima Bosna i Hercegovina nema zaključene međunarodne ugovore

[30] Evropska konvencija o uzajamnoj saradnji u krivičnim stvarima iz 1959. godine.

[31] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. l.

[32] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 2.

[33] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 3.

[34]. Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 4.

[35] Zakon o važnosti javnih isprava, *Sl. glasnik BiH*, br. 23/04.

koji tretiraju pitanje upotrebe isprava te pod uslovom reciprociteta u priznavanju javnih isprava. Istim zakonom je regulisano i pitanje legalizacije domaćih isprava namjenjenih za upotrebu u inostranstvu. Naime, da bi se strane javne isprave mogle koristiti na teritoriji druge države potrebno je da se izvrši postupak njihove legalizacije. Strane javne isprave se mogu upotrebljavati na teritoriji druge države ukoliko postoji bilateralni ili multilateralni ugovor kojim je isključena potreba legalizacije; djelimična legalizacija se vrši ukoliko između dvaju država nema zaključenog bilateralnog ugovora, ali su obje države članice Konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava iz 1961. godine (tzv. Apostille konvencija)[36]; dok se puna legalizacija ukoliko između dotičnih država nije zaključen niti bilateralni ugovor, a niti su članice Apostille konvencije.

Dostavljanje dokumenata se vrši na način propisan unutrašnjim propisima zamoljene države koji regulišu dostavu dokumenata ili na način kako je zatražila država moliteljica, ukoliko takav način nije u suprotnosti sa propisima zamoljene države. Ukoliko država moliteljica traži da se dostava izvrši u određenom roku, centralni organ zamoljene države će postupiti po takvom zahtjevu ukoliko je to moguće.[37]

U pravilu, nije potrebno da je dokument čije se dostavljanja traži preveden na jezik zamoljene države, izuzev u slučlaju kada primalac odbije prijem dokumenta sa obrazloženjem da ne razumije jezik na kojem je napisan. U tom slučaju centralni organ veze zamoljene države će izvršiti njegov prijevod na službeni jezik te države. Alternativno, centralni organ veze zamoljene države može zatražiti od države moliteljice da dokument bude preveden na službeni jezik ili da bude praćen prijevodom na taj jezik.[38]

Centralni organ veze zamoljene države ili organ koji vrši dostavu dostaviće potvrdu o dostavljanju u skladu sa obrascom koji je sastavni dio konvencije. Njome se potvrđuje da je dostavljanje izvršeno, odnosno, ukoliko dostavljanje nije izvršeno, navešće se iz kojeg razloga nije izvršeno.[39] Potvrda o dostavljanju pismena ima značaj javne isprave koja dokazuje da je dostavljanje izvršeno osobi kojoj je akt upućeno te da je ta osoba primila pismeno navedenog datuma.

Jedna od bitnijih odredbi Konvencije, a što je jedan od razloga malog broja ratifikacija, jeste ovlaštenje državama ugovornicama, ukoliko nije

[36] Konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava, *Službeni list FNRJ* - Dodatak: Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 10/61.

[37]. Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 6.

[38]. Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 7.

[39] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 8.

stavljena rezerva na takvu odredbu, da mogu izvršiti dostavu dokumenata i direktno, bez prisile, putem svojih diplomatskih ili konzularnih radnika licima na teritoriji drugih država ugovornica. U skladu sa odredbama Konvencije takva rezerva se može istaći u pogledu dostavljanja dokumenata državljanima zamoljene države, državljanima trećih država i licima bez državljanstva.[40] Također, ukoliko nije stavljena rezerva, svaka država ugovornica može vršiti dostavljanje dokumenata putem pošte licima na teritoriji drugih ugovornih država.[41] Države mogu koristiti i diplomatske ili konzularne kanale za prosljeđivanje zahtjeva za dostavu dokumenata organima druge države ugovornice. Također, konvencija ne spriječava dvije ili više država ugovornica da, u svrhu dostavljanja dokumenata, ugovore drugačije kanale komunikacije, a posebno direktnu komunikaciju između svojih centralnih organa veze.[42]

Centralni organ zamoljene države može odbiti zahtjev za dostavljanje u slučaju ukoliko smatra da se stvar na koju se odnosi dokument koji se dostavlja ne spada u upravne stvari, ukoliko bi dostavljanje pismena ugrozilo suverenitet, sigurnost, javnu politiku ili druge bitne interese te države, ili ukoliko primalac ne može biti pronađen na adresi koja je navedena, a njegova lokacija ne može lako biti određena. U navedenim slučajevima zamoljena država odmah obavještava centralni organ države moliteljice i navodi razloge za takvo odbijanje.[43]

Nažalost, Bosna i Hercegovina nije pristupila Evropskoj konvenciji o dostavi dokumenata u upravnim stvarima. Pristupanje Bosne i Hercegovine Evropskoj konvenciji o dostavi dokumenata u upravnim stvarima u inozemstvu ili drugi oblici saradnje u ovom području mogli bi pojednostaviti međunarodnu saradnju u ovom području.

5.2. Pribavljanje dokaza i informacija iz inostranstva

Za potrebe upravnog odlučivanja može se javiti potreba pribavljanja određenih dokaza, odnosno informacija koje su od značaja za vođenje upravnog postupka, a koji se nalaze u inostranstvu. Slično kao i kod Evropske konvencije o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, u okviru Vijeća Evrope donesena je Evropska konven-

[40] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 10.

[41] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 11.

[42] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 12.

[43] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 14.

cija o prikupljanju informacija i dokaza u upravnim pitanjima iz 1978. godine.

Njena svrha je bila da se omogući pružanje međusobne pomoći u upravnim stvarima u odnosu na informacije o propisima i pribavljanje dokaza. Kao uzor ovoj konvenciji služile su Haška konvencija o građanskom postupku iz 1955. i Haška konvencija o pribavljanju dokaza u inozemstvu u građanskim ili trgovačkim stvarima iz 1970. godine, te Evropska konvencija o informacijama o stranom pravu iz 1968. godine i Evropska konvencija o uzajamnoj pomoći u krivičnim stvarima iz 1959. godine (u odnosu na mehanizma i oblike međusobne pravne pomoći).

U skladu sa odredbama ove konvencije države ugovornice se obavezuje da pruže pomoć drugoj državi ugovornici u upravnim stvarima u pogledu pribavljanja informacija o njenim pravnim propisima i običajima, činjenicama i dokumentima, te uzimanja izjava. Izričito je propisano da se odredbe Konvencije ne primjenjuju na fiskalna ili krivična pitanja, s tim da svaka država može dati notifikaciju da će se Konvencija primjenjivati i na fiskalna pitanja ili na sve postupke koji se odnose na krivična djela čije kažnjavanje ne spada u nadležnost njezinih pravosudnih organa.[44]

Specifična situacija je u odnosu na one informacije u kojima zainteresovana država nije podnijela zamolnicu za dostavljanje određenih informacija jer nema saznanja o istim. Obzirom na njihov značaj izuzetno je bitno da se i takve informacije razmjenjuju. U odnosu na ovu vrstu informacija moguće je razlikovati dva tipa razmjene informacija: spontano ili po automatizmu. Spontano dostavljanje informacija podrazumjeva da će upravni organi jedne države, i bez zamolnice, dostaviti organima druge države određene informacije onda kada smatraju da su iste od značaja za upravne organe druge države. S druge strane, kada se radi o dostavljanju informacija po automatizmu, organi jedne države će određenu vrstu informacija dostavljati organima druge države u svim slučajevima kada saznaju takve činjenice. To su najčešće ona pitanja koja se tiču uređenja ličnog statusa, rođenja, sklapanja ili razvoda braka ili smrti državljana. Također, mnogi sporazumi o dvostrukom oporezivanju omogućavaju razmjenu informacija čak i ako nema opasnosti od dvostrukog oporezivanja.

Obje Evropske konvencije o pravnoj pomoći u upravnim stvarima izričito navode da je odbijanje opravdano ako zamoljena država smatra da se ne radi o pitanju koje je predmet konvencije. Zaštita javnog poretka podrazumjeva da se pravna pomoć neće pružiti u onim situacijama kada bi njeno pružanje ugrozilo osnovne principe pravnog poretka zamoljene države. Evropske konvencije to regulišu na način da će se zahtjev odbiti ukoliko bi

[44] Evropska konvencija o prikupljanju informacija i dokaza u upravnim stvarima, čl. 1.

njegovo pružanje moglo narušiti ne samo „suverenitet, sigurnost“ ili „javnopolitički poredak“ te države, već i njene „druge bitne interese“.[45]

5.3. Međunarodna upravna pomoć u poreskim stvarima

Procesi globalizacije su se u velikoj mjeri odrazili i na oblast poreza i oporezivanja. Građani i poslovni subjekti svoje poslovne aktivnosti, koje su predmet oporezivanja obavljaju širom svijeta. Većina savremenih država oporezivanje vrši u skladu sa načelom worldwide income, prema kojem rezidenti, odnosno državljani plaćaju porez na cjelokupan dohodak, odnosno imovinu, bez obzira gdje su ga ostvarili, odnosno bez obzira gdje se ta imovina nalazi.[46] To zahtjeva aktivnost poreskih organa kako bi se ostvarila dva cilja: spriječavanje dvostrukog oporezivanja, koje šteti obveznicima, te spriječavanje izbjegavanja plaćanja poreskih obaveza, koje šteti državi.

Jedan od najznačajnijih multilateralnih instrumenata upravne pomoći u poreskim stvarima jeste zajednička konvencija Vijeća Evrope i Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) - Konvencija o uzajamnoj upravnoj pomoći u porskim stvarima.[47] Cilj ove konvencije je da omogući državama članicama da, na zajedničkim osnovama i uz poštovanje osnovnih prava poreskih obveznika, razvijaju upravnu saradnju koja obuhvata sve obavezne poreze, osim carina. Konvencija predviđa različite vrste upravne pomoći uključujući razmjenu informacija, istovremene poreske nadzore i učešće u poreskim nadzorima sprovedenim u drugim zemljama, naplatu poreza te obavještavanje o dokumentima izdatim u drugim državama članicama. Njen prevashodni cilj je unaprijeđenje mehanizama borbe protiv izbjegavanja plaćanja poreza uz istovremenu zaštitu poreskih obveznika.

Država članica može odbiti pružiti informacije kada bi to značilo otkrivanje poslovne, industrijske ili stručne tajne, ili odbiti pružiti pomoć u vezi sa porezom koji smatra nespojivim s općeprihvaćenim principima oporezivanja. Bosna i Hercegovina je članica ove konvencije od 2020. godine.[48]

---

[45] Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima, čl. 14. i. Evropska konvencija o prikupljanju informacija i dokaza u upravnim stvarima, čl. 7.

[46] C. Cvjetković, „Osnovni pravni instrumenti uzajamne pomoći u poreskim stvarima u Evropskoj uniji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011, 470.

[47] Konvencija o uzajamnoj upravnoj pomoći u poreskim stvarima iz 1988. godine (ETS No. 127) koja je izmjenjena Protokolom iz 2010. godine (CETS No. 208).

[48] Konvencija o uzajamnoj upravnoj pomoći u porskim stvarima, *Sl. glasnik BiH* - Međunarodni ugovori, br. 14/20.

6. ZAKLJUČAK

U skladu sa načelom zakonitosti, svi javnopravni organi obavljaju samo one poslove i zadatke za koje su nadležni. Međutim, u određenim situacijama, upravni organi mogu zatrebati pomoć drugih, domaćih ili stranih, organa za provođenje određenih procesnih radnji. Ta pomoć se pruža u okviru instituta pravne pomoći. Pravna pomoć može uključivati pribavljanje dokaza, saslušanje svjedoka, dostavljanje akata, dostavljanje informacija i druge radnje koje su bitne za rad organa, a posebno za vođenje upravnog postupka. Pravna pomoć regulisana je procesnim zakonima i međunarodnim ugovorima, a njena svrha je olakšanje postupka i saradnja među upravnim organima.

U nacionalnim okvirima, pravna pomoć se u pravilu klasifikuje na obaveznu ili fakultativnu. Pod obaveznom pravnom pomoći podrazumjevamo onu pravnu pomoć koja se pruža u situacijama u kojima je organ dužan tražiti pomoć drugog organa za provođenje određenih radnji. Fakultativna pravna pomoć odnosi se na situacije u kojima organ može, ali nije obavezan, tražiti pomoć.

Pravni osnov za pružanje međunarodne pravne pomoći su najčešće bilateralni ili multilateralni ugovori, a u njihovom odsustvu pomoć se pruža po osnovu faktičkog reciprociteta. U kontekstu međunarodne pravne pomoći u upravnim stvarima, posebni izazovi uključuju dostavljanje pismena u inostranstvo, pribavljanje dokumenata, izvođenje dokaza i priznavanje stranih upravnih odluka. Međunarodna pravna pomoć posebno je značajna u oblastima kao što su zaštita okoliša, saobraćaj, porezi i socijalna sigurnost. U tim oblastima postoje brojni međunarodni instrumenti koji omogućavaju saradnju među državama.

Pravna pomoć, bilo da je nacionalna ili međunarodna, ključna je za efikasno funkcionisanje upravnih organa. Ona omogućava saradnju i olakšava provođenje upravnih radnji koje organi sami ne mogu izvršiti. Bosna i Hercegovina, kao i zemlje regiona, bi trebale, radi unaprijeđenja nivoa pružanja pravne pomoći u upravnim stvarima pristupiti postojećim konvencijama Vijeća Evrope, ili pak, po uzoru na nordijske zemlje, zaključiti jednu ili više konvencija koje bi uredile pitanje pružanja pravne pomoći u upravnim stvarima, uključujući i priznanje stranih upravnih odluka. Navedeno bi u mnogome olakšalo život građanima i omogućilo snažnije i bolje povezivanje država regiona.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Cvjetković, Cvjetana, „Osnovni pravni instrumenti uzajamne pomoći u poreskim stvarima u Evropskoj uniji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011;
2. *Explanatory Report to the European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters.*
3. Kamarić, Mustafa, Festić, Ibrahim, *Upravno pravo: Opšti dio*, Magistrat, Sarajevo 2004;
4. Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine sa sudskom praksom*, Privredna štampa, Sarajevo 2002;
5. Ročkomanović, Milorad, „Vrste reciprociteta u međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 1980;
6. Salma, Marija, „Pravna pomoć u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2013;
7. Sladoje, Nikola et al., *Međunarodna pravna pomoć*, Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine 2006;
8. Wenander, Henrik, “A toolbox for administrative law cooperation beyond the state“, u: A.-S. Lind, & J. Reichel (Eds.) *Administrative law beyond the state - Nordic perspectives*, 2013;
9. Zečević, Enver, *Komentar Zakona o parničnom postupk*u, Logos, Sarajevo 2004.

Pravni propisi

1. Evropska konvencija o dostavljanju u inostranstvo dokumenata u vezi sa upravnim stvarima (ETS No. 94) od 24. novembra 1977. godine.
2. Evropska konvencija o prikupljanju informacija i dokaza u upravnim stvarima (ETS No. 100) od 15. marta 1978. godine.
3. Evropska konvencija o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima od 20. aprila 1959. godine, *Sl. glasnik BiH* – Međunarodni ugovori, br. 4/05;
4. Konvencija o uzajamnoj upravnoj pomoći u poreskim stvarima, *Sl. glasnik BiH* - Međunarodni ugovori, br. 14/20;
5. Konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava iz 1961. godine , *Sl. list FNRJ*- Dodatak: Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 10/61;
6. Resolution (63) 29 (Adopted by the Committee of Ministers on 13th December 1963);
7. Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 13/02, 87/07, 50/10 i 66/18;
8. Zakon o upravi BiH, *Sl. glasnik BiH*, br. 32/02, 102/09 i 72/17;
9. Zakon o upravnom postupku BiH, *Sl. glasnik BiH*, br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16;

10. Zakon o upravnom postupku FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 2/98, 48/99 i 61/22;
11. Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BDBiH*, br. 48/11, 21/18 i 23/19;
12. Zakon o važnosti javnih isprava, *Sl. glasnik BiH*, br. 23/04.

Associate Professor Emir Mehmedović, LL.D.
Assistant Professor Rijad Delić, LL.D.

Faculty of Administration, University of Sarajevo

LEGAL ASSISTANCE IN ADMINISTRATIVE MATTERS: CURRENT SITUATION AND PERSPECTIVES

Summary

The principle of legality authorizes every administrative body to carry out only those tasks and duties within its scope of competence. But administrative bodies sometimes find themselves in a situation where they cannot directly and independently carry out certain procedural actions, and therefore they require assistance from other bodies. These assisting bodies can be either domestic or foreign. The term "legal assistance in administrative matters" refers to the provision of specific administrative actions from one administrative body to another. The provision of legal assistance within national frameworks is primarily regulated by national legislation and the relevant provisions of the administrative procedure laws. This form of legal assistance primarily includes help in gathering evidence and obtaining documents. While legal assistance within national frameworks is relatively clearly regulated, there are significant uncertainties regarding legal assistance involving foreign elements, i.e., legal assistance requested by a foreign administrative body. This type of legal assistance encompasses a much broader and more complex range of actions, from delivering documents abroad to obtaining records or documents in the possession of foreign authorities or persons outside the country to gathering evidence and recognizing and enforcing foreign administrative decisions. The institution of legal assistance in administrative matters is less developed compared to the institution of legal assistance in criminal, civil, and commercial matters. However, given the process of globalization and the intensified movement of citizens, the issue of providing legal assistance with a foreign element in administrative matters is becoming increasingly important and requires a more serious approach. These processes have significantly influenced the internationalization of legal relationships, including administrative-legal relationships. At the international level, the provision of legal

assistance is regulated by the provisions of numerous universal and regional international organizations, as well as bilaterally. Currently, the highest level of regulation of legal assistance in administrative matters has been achieved at the European Union level. However, this article focuses on the Council of Europe's instruments because they are immediately applicable, unlike other instruments that merely represent a future prospect. Within the Council of Europe, two conventions (the European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters and the European Convention on the Obtaining Abroad of Information and Evidence in Administrative Matters) regulate some general aspects of legal assistance in administrative matters with a foreign element. Another significant convention is the Joint Convention of the Council of Europe and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)—the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, amended by the Protocol of 2010.

Key words: *Legal assistance; Legal assistance in administrative matters; Administrative acts; Service of documents; Obtaining of information and evidence*.

УДК/UDC 35.077.2:658.71
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Доц. др Сања Голијанин

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

УСМЕНА РАСПРАВА У УПРАВНОМ СПОРУ У ПРЕДМЕТИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ – „ПРАЗНИНА“ ИЛИ НЕ?

У раду, аутор анализира правну заштиту у поступцима јавних набавки у Босни и Херцеговини, с посебним освртом на управносудску заштиту. У вези са тим, настоји се сагледати управни спор у предметима јавних набавки из угла (не)одржавања усмене расправе. Аутор закључује да Суд Босне и Херцеговине не одржава усмену расправу у споровима који за предмет имају јавне набавке иако је предузимање ове процесне радње пожељно с аспекта разјашњења често сложеног чињеничног стања .

Презентована су и релевантна законска рјешења појединих земаља у региону, како би се указало на евентуални правац даљег унапређења легислативе о правној заштити у поступцима јавне набавке у Босни и Херцеговини.

Кључне ријечи: Јавна набавка; Правна заштита; Управни спор; Усмена расправа.

1. УВОД

Јавне набавке подразумијевају набавку добара, услуга и радова од стране широког круга јавноправних субјеката, који се финансирају јавним средствима. Систем јавних набавки у Босни и Херцеговини је уређен Законом о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН)[1] и његовим подзаконским актима.[2] Одредбама ЗЈН-а дефинисани су, поред оста-

Сања Голијанин, *sanja.golijanin@pravni.ues.rs.ba*.

[1] Закон о јавним набавкама – ЗЈН, *Службени гласник БиХ*, бр. 39/14, 59/22 и 50/24.

[2] Правилник о спровођењу заједничке набавке, централизоване набавке и успостављању централног набавног органа, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/24; Правилник о условима и начину коришћења е-Аукције, *Службени гласник БиХ*, бр. 80/23; Правилник о успостављању и раду комисије за набавке, *Службени гласник БиХ*, бр. 103/14 и

лог, права, обавезе, одговорност учесника у поступку јавне набавке, као и њихова правна заштита. Правна заштита је прописана у Глави I и II Трећег дијела Закона о јавним набавкама, и највећим дијелом је усклађена са захтјевима одговарајућих директива ЕУ у овој области.[3]

Основни вид правне заштите у поступцима јавне набавке[4] јесте управна заштита која се остварује путем жалбе. Жалба се изјављује Канцеларији за разматрање жалби (у даљем тексту: КРЖ) путем уговорног органа. Судска заштита је могућа након управне заштите, и покреће се тужбом у управном спору.

О управним споровима, без обзира на предмет спора, суд рјешава, у правилу, на не јавној сједници. То значи, без присуства и непосредног учешћа странака, на основу списа одређеног предмета. Суд може самоиницијативно ријешити да одржи усмену расправу у случају комплексности правне ствари као и у ситуацијама када сматра да је њено одржавање потребно ради бољег разјашњења стања ствари. Из истих разлога, и странке у управном спору могу предложити да се одржи усмена расправа.[5]

Предузимање ове процесне радње у споровима поводом јавних набавки је вишеструко корисно због често сложених чињеничних и правних питања, а посебно усљед чињенице да не постоји обавеза одржавања расправе у претходном (управном) поступку. Стога је анализа института усмене расправе у управном спору у предметима јавних набавки тема овог рада.

49/23; Правилник о поступку додјеле уговора о услугама из Анекса II Закона о јавним набавкама, *Службени гласник БиХ*, бр. 2/23 и др.

[3] Директиве ЕУ којима је уређена правна заштита су: Директива 89/665/EEZ od 21. децембра 1989. године о усклађивању закона и других прописа који се односе на примјену поступака контроле код додјеле уговора о јавној набавци робе и јавним радовима, Директива 92/13/EEZ од 25. фебруара 1992. године о усклађивању закона и других прописа о примјени правила ЕУ у поступцима набавке субјеката који дјелују у сектору водопривреде, енергије, саобраћаја и телекомуникација. У сврху успостављања ефикасније правне заштите, наведене директиве су измијењене и допуњене Директивом 2007/66/EEZ од 11. децембра 2007. године. Текст директива доступан на: *https://www.urz.gov.ba/index.php?id=10c&jezik=sr*, 19. јул 2024. године.

[4] Постоји више врста поступака јавне набавке. То су: отворени поступак, ограничени поступак, преговарачки поступак, такмичарски дијалог и конкурс за израду идејног рјешења. Вид. ЗЈН, чл. 14 у вези са чл. 19 и чл. 87.

[5] Вид. Закон о управним споровима Босне и Херцеговине – ЗУС БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 19/02, 88/07, 83/08 и 74/10.

2. ПРАВНА ЗАШТИТА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ

Правна заштита у поступцима јавних набавки креће се у институционалном оквиру: уговорни орган - Канцеларија за разматрање жалби - Суд БиХ, и у правном оквиру кроз: Закон о јавним набавкама, подзаконске акте, Закон о управном поступку БиХ[6], те Закон о управним споровима БиХ. Сљедствено томе, разликујемо управну и управносудску заштиту права и правних интереса учесника у поступку јавне набавке.[7]

2.1. Управна заштита у поступцима јавне набавке

Поступак управне заштите покреће се жалбом која се изјављује КРЖ-у[8] путем уговорног органа. Жалба представља једини редовни правни лијек, а може се изјавити у свим врстама поступака јавне набавке независно од предмета набавке, осим у поступку директног споразума. Жалбом се може оспоравати законитост донесене одлуке уговорног органа, радње или пропуштања чињења, те провођење поступка јавне набавке од стране уговорног органа. Странке у поступку правне заштите су: жалилац, уговорни орган и одабрани понуђач, а својство странке имају и привредни субјекти који имају правни интерес у предметном поступку јавне набавке.[9]

Активну жалбену легитимацију има сваки привредни субјект који испуњава два кумулативна услова: да има или је имао интерес за додјелу уговора о јавној набавци и да учини вјероватним да је у конкретном поступку јавне набавке била или му је могла бити проурокована штета због незаконитог поступања уговорног органа.[10] Законодавац

[6] Закон о управном поступку – ЗУП БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16.

[7] У раду се нећемо бавити питањем накнаде штете јер она није примарни захтјев оштећених учесника у поступцима јавне набавке, нити кривичноправном заштитом.

[8] КРЖ је самостална, независна институција са статусом правног лица, са сједиштем у Сарајеву чија је основна надлежност рјешавање по жалбама у поступцима јавне набавке за набавне вриједности веће од 800. 000,00 КМ, као и за све набавке институција на нивоу БиХ и Брчко дистрикта БиХ. КРЖ има двије филијале са сједиштем у Бања Луци и Мостару, које немају статус правног лица, а надлежне су за доношење одлука по жалбама за вриједности набавке до 800.000,00 КМ, овисно о сједишту уговорног органа. ЗЈН, чл. 93. Начин рада и одлучивања КРЖ-а, састав и овлашћења чланова КРЖ-а и друга питања од значаја за поступање, рад и руковођење у КРЖ-у регулисана су Пословником о раду Канцеларије за разматрање жалби БиХ.

[9] ЗЈН, чл. 94, ст. 1.

[10] Вид. ЗЈН, чл. 97. Одредбе о активној легитимацији у поступцима јавних набавки у складу су са захтјевима ЕУ директива (између осталог, вид. чл. 1, ст. 3. Директиве 89/665/ЕЕЗ od 21. децембра 1989. год.), као и са судском праксом Европског суда

није предвидио могућност да активну легитимацију за подношење жалбе имају и државни органи који су овлашћени, односно дужни да штите јавни интерес иако у поступцима јавних набавки није ангажован искључиво приватни, већ и јавни интерес. Стога се чини исправним став да би право на подношење жалбе могла имати и Агенција за јавне набавке[11] али и други државни органи утолико прије што се у поступку правне заштите као допунска процесна правила примјењују одредбе Закона о управном поступку.[12]Тако, тужилац, правобранилац и други органи, када су законом овлашћени, могу изјавити жалбу против рјешења којим је повријеђен закон у корист појединца или правног лица, а на штету јавног интереса.[13]

Жалба се предаје првостепеном органу тј. уговорном органу који испитује постојање процесних претпоставки за поступање по жалби. Уговорни орган цијени да ли је жалба допуштена, на,[14]уредна, изјављена од овлашћеног лица и од лица које има активну легитимацију. Уколико наведене процесне претпоставке нису испуњене, уговорни орган одбацује жалбу закључком на који жалилац има могућност подношења жалбе КРЖ-у у року од пет дана од дана пријема закључка.[15] Ако у року за изјављивање жалбе није достављен доказ о плаћеној накнади за покретање жалбеног поступка, у

правде. О овоме, више вид. S. Pejaković, *Analiza pravne zaštite u postupcima javne nabave u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2015, 30.

[11] *Ibid.*, 31.

[12] „*На поступак пред КРЖ-ом који није уређен одредбама овог закона, примјениће се одредбе Закона о управном поступку*. ЗЈН, чл. 117.

[13] Вид. ЗУП БиХ, чл. 213; S. Pejaković, 31. Као додатни аргумент у прилог схватању да и органи који по својој природи пазе на законитост и чувају јавни интерес могу изјавити жалбу може се навести рјешење српског законодавца. Према одредби чл. 211, ст. 2 Закона о јавним набавкама Републике Србије – ЗЈН Србије (*Службени гласник Р. Србије*, бр. 91/19 и 92/23), активну легитимацију у поступку имају и Канцеларија за јавне набавке, Државна ревизорска институција и надлежно правобранилаштво, када у вршењу својих овлашћења сазнају за неправилности у поступцима јавних набавки. И хрватски законодавац право на жалбу, поред привредних субјеката, даје органу државне управе надлежном за политику јавне набавке и државном правобранилаштву. Вид. Zakon o javnoj nabavi – ЗЈН Хрватске, *Narodne novine R. Hrvatske*, br. 120/16, 114/22, чл. 401, ст. 2.

[14] Жалба је допуштена у свим фазама поступка јавне набавке и рок за изјављивање жалбе је различит у зависности од тога на шта се жалба односи. Вид. ЗЈН, чл. 101, ст. од (1) до (5).

[15] ЗЈН, чл. 100, ст. 1 и 2.

Ако жалилац изјави жалбу на закључак уговорног органа којим је жалба одбачена, уговорни орган по правилу не наставља са поступком јавне набавке, закључења и/или извршења уговора односно оквирног споразума до доношења одлуке КРЖ-а. То је и разумљиво јер жалба на закључак може испуњавати све процесне претпоставке за поступање по њој, и као таква има суспензивно дејство а одлука КРЖ-а може бити у супротности са закључком уговорног органа.

законом прописаном износу, уговорни орган ће жалбу одбацити као неуредну без позивања жалиоца на допуну или исправак. Против овог закључка жалилац може поднијети тужбу Суду БиХ која не одлаже извршење побијаног закључка, ако суд другачије не одлучи. [16]Имајући у виду да се према одредбама ЗУП-а жалба не би могла одбацити као неуредна а да претходно жалилац није позван да жалбу допуни или исправи у одређеном року,[17]те да се недостављање доказа о о плаћеној накнади за покретање жалбеног поступка уз жалбу сматра неотклоњивим недостатком жалбе, чини се бољим рјешењем да уговорни орган жалбу одбаци као недопуштену, а не као неуредну.

Када су испуњене процесне претпоставке за поступање по жалби, уговорни орган може утврдити да је жалба основана, дјелимично или у цјелости, и донијети рјешење којим ће исправити незакониту радњу, предузети чињење, измијенити и/или допунити тендерску документацију или незакониту одлуку или рјешење ставити ван снаге и замијенити је другом одлуком или рјешењем, или поништити поступак јавне набавке. Против овог рјешења уговорног органа, учесници у поступку јавне набавке могу, у року од десет дана од дана пријема рјешења, изјавити жалбу КРЖ-у, путем уговорног органа.[18]Може се

[16] Посљедњим измјенама и допунама Закона о јавним набавкама (Закон о измјенама и допунама Закона о јавним набавкама, *Службени гласник БиХ*, бр. 50/24 од 23. јула 2024. године, који је ступио на снагу 31. јула 2024. године), законодавац је предвидио да се доказ о плаћеној накнади за покретање жалбеног поступка обавезно доставља уговорном органу уз жалбу те да се недостављање доказа о предметној накнади уз жалбу сматра неотклоњивим недостатком жалбе усљед чега уговорни орган жалбу одбацује као неуредну, закључком. Против овог закључка жалилац може поднијети тужбу Суду БиХ која не одлаже извршење побијаног закључка, ако суд другачије не одлучи. На овај начин, законодавац настоји да ријеши проблем „професионалних жалиоца“, односно да предуприједи злоупотребу права на жалбу с обзиром на то да се у досадашњој пракси дешавало да жалиоци, најчешће путем пуномоћника (адвоката), изјављују знатан број жалби код различитих уговорних органа, на различите поступке и предмете набавки, не са циљем да се отклоне евентуалне грешке и сљедствено томе закључи уговор у конкретном поступку набавке, већ да се поступак јавне набавке одуговлачи (што је имало негативне посљедице за кориснике јавних средстава попут одлагања изградње инфраструктурних објеката, недостатак лијекова и медицинске опреме итд.) и/или да се оствари новчана корист кроз наплату трошкова за пуномоћника (адвоката). Вид. Образложење Приједлога закона о измјенама и допунама Закона о јавним набавкама, *https://static.parlament.ba/doc/168823-_Prijedlog%20zakona.pdf*, 24. јул 2024. године.

[17] Вид. ЗУП БиХ, чл. 60, ст. 1.

[18] Међутим, иако се против нове одлуке уговорног органа може изјавити жалба, КРЖ није овлашћена да контролише чињенично и правно стање које је било предметом претходне жалбе у истом поступку јавне набавке (ЗЈН, чл. 104, ст. 2.) То за резултат може имати немогућност провјере одлуке, односно поступања уговорног органа израженог у одлуци, а управо тако нешто може бити на уштрб ефикасне правне заштите учесника јавне набавке.

закључити да је уговорни орган овлашћен да, поводом изјављене жалбе, корективно дјелује и исправи пропусте у поступку јавне набавке који је претходно спровео (ремонстративно дејство жалбе). Међутим, ако сматра да је жалба у цјелости неоснована, дужан је жалбу, заједно са својим изјашњењем на жалбене наводе, као и комплетним списом предмета, доставити КРЖ-у у року од пет дана од дана запримања жалбе.[19]

У поступку по жалби, КРЖ има сљедећа овлашћења: закључком може обуставити поступак по жалби усљед одустанка жалиоца од жалбе, може одбацити жалбу закључком уколико утврди да нису испуњене процесне претпоставке за поступање по жалби; може рјешењем жалбу одбити као неосновану, или усвојити као основану и поништити одлуке уговорног органа или проведени поступак у цјелости или дјелимично; поништити уговор о јавној набавци или оквирни споразум у случајевима предвиђеним законом.[20] КРЖ одлучује на нејавној сједници и према одредби чл. 111, ст. 11 дужан је да донесе одлуку по жалби у року од 15 дана од дана комплетирања жалбе од уговорног органа, али не касније од 30 дана након пријема жалбе од уговорног органа.[21] Мишљења смо да је ова законска одредба нејасно формулисана јер оставља могућност различитог тумачења у погледу отпочињања рока за одлучивање по жалби, који зависи од поступања уговорног органа,[22]те би је можда требало преформулисати на начин да КРЖ доноси закључак или рјешење по жалби у року од 30 дана од дана предаје уредне жалбе. Закључак односно рјешење КРЖ-а је коначно и извршно.

У тексту ЗЈН-а, у дијелу који се односи на правну заштиту, могу се уочити одређени пропусти и недостаци нормативно-техничке природе,[23]али и важнији суштински превиди.[24] Без интенције да се бави-

[19] ЗЈН, чл. 100, ст. 6.

[20] ЗЈН, чл. 111, ст. 1.

[21] У изузетно сложеним случајевима предсједавајући КРЖ-а закључком може продужити рок за рјешавање, али не дуже од 30 дана, који доставља свим странкама у поступку. ЗЈН, чл. 111, ст. 12.

[22] Вид. S. Pejaković, 40-41.

[23] Редослијед одредаба о правној заштити не прати ток поступка правне заштите. Тако се, поред осталог, на почетку трећег дијела, под насловом „Опште одредбе“, у Глави I, Одјељак А, прво наводи ко су странке у поступку, а да претходно није уређена надлежност за рјешавање по жалби, право на жалбу итд. Са номотехничког аспекта посматрано, посебно спорним чини се редослијед одредаба Одјељка Б јер се прво регулише поступак уговорног органа по жалби, па тек онда прописују рокови за изјављивање жалбе. Вид. ЗЈН, Дио трећи – Правна заштита, Глава I Поступак правне заштите, чл. 94-114. О овоме и другим номотехничким недостацима ЗЈН, више вид. S. Pejaković, 29, 40-41.

мо сваким од њих понаособ јер би то превазишло оквир и циљ овог рада, на овом мјесту указаћемо само на неке кључне недостатке. Наиме, у поступку јавне набавке пред уговорним органом, као ни у поступку правне заштите пред КРЖ-ом, није предвиђена могућност провођења усмене расправе. Тако нешто се сматра прихватљивим у поступку који проводи уговорни орган, јер је усмјерен на одабир најповољније понуде, а сами учесници поступка нису у таквом међусобном односу који би наликовао спору (иако се ради о потенцијално двостраначком, односно вишестраначком поступку у којем су странке у колидирајућем односу).[25]Поред тога, поступак јавне набавке који се води пред уговорним органом није посебан управни поступак већ је, због своје специфичности, поступак у цјелости уређен ЗЈН-ом. Поступак правне заштите пред КРЖ-ом је посебан управни поступак јер на такав став упућује сам законодавац. Ипак, за разлику од упоредних законских рјешења, није предвиђена могућност одржавања усмене расправе.[26] Мишљења смо да свака странка у поступку оцјене законитости поступка јавне набавке и донесених одлука треба да има могућност да усмено изнесе сопствени став, како у погледу чињеничних, тако и правних питања, али и да се изјасни о наводима супротне стране јер би тиме било ограничено доношење одлуке по жалби само на основу списа предмета, односно на основу писаних поднесака странака.[27] У пракси, контрадикторност није потпуна “ако се своди на писану комуникацију поднесцима пред КРЖ-ом“.[28]Чини се занимљи-

[24] Између осталог, законодавац је пропустио да уреди начин достављања одлука КРЖ-а. О овоме, више вид. S. Pejaković, 41- 45.

[25] Вид. I. Šprajc, „Usmena rasprava kao dio upravnog spora u predmetima javne nabave“,

https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/usmena-rasprava-kao-dio-upravnog-spora-u-predmetima-javne-nabave-47368, 22. јул 2024. године. О контрадикторним управним стварима више вид., З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2009, 264-265.

[26] Српски и хрватски законодавац предвиђају да странке могу да предложе одржавање усмене расправе „*ако сложеност чињеничне или правне ситуације то захтева*“ (ЗЈН Србије, чл. 224, ст.1), односно из било којих разлога, „*а посебно због разјашњења сложеног чињеничног стања или правног питања*“ (ЗЈН Хрватске, чл. 427, ст. 1). Поред тога, и Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки у Србији, као и Државна комисија за контролу поступака јавне набаве у Хрватској могу одлучити да одрже усмену расправу ако оцијене да је то потребно „*за утврђивање чињеница у поступку заштите права*“ (ЗЈН Србије, чл. 224, ст.4) односно „*због разјашњења сложеног чињеничног стања или правног питања*“ (ЗЈН Хрватске, чл. 427, ст. 3).

[27] Упор. S. Pejaković, 23, 39. Неки аутори истичу да се у жалбеној фази поступка јавља извјесна спорна правна ситуација која погодује одржавању усмене расправе, односно да се у тој фази поступка „странке налазе у контрерном односу“. Вид. I. Šprajc, 3; I. Borković, *Upravno pravo*, Zagreb 2002, 420.

[28] S. Pejaković, 39-40.

вим нагласити да српски и хрватски законодавац прописују могућност одржавања усмене расправе у поступку правне заштите, и поред тога што је њено одржавање, уз одређене изузетке, правило у управном спору.[29]

У контексту уважавања начела контрадикторности странака у поступку по жалби, битним пропустом домаћег законодавца може се сматрати и недостатак законских одредаба о праву жалиоца на изјашњење поводом захтјева уговорног органа за наставак поступка јавне набавке. Наиме, жалба, у правилу, има суспензивно дејство, али КРЖ може донијети одлуку о наставку поступка јавне набавке на захтјев уговорног органа, уз испуњење законом предвиђених услова. Уважавање начела контрадикторности и једнакости странака[30] налаже потребу да се „чује“ и друга страна, те се чини да би и жалиоцу требала бити дата могућност да захтијева одгађање наставка поступка јавне набавке до доношења одлуке по жалби у ситуацији када уговорни орган тражи да се поступак настави.

Иако је ЗЈН добар закон у дијелу који се односи на правну заштиту, несумњиво је да простора за побољшање и доградњу законских рјешења има. Контрадикторност поступка, иако се остварује кроз писане поднеске, врло вјероватно би била потпунија ако би странке у поступку правне заштите, али и КРЖ, имали могућност да предложе одржавање усмене расправе.

2.2. Управносудска заштита у поступцима јавне набавке

Уговорни орган и учесници у жалбеном поступку који су незадовољни одлуком КРЖ-а имају могућност судске заштите својих права и правних интереса. Судска заштита се покреће подношењем тужбе Суду БиХ у року од 30 дана од дана пријема одлуке КРЖ-а. Управни спор се води по хитном поступку, те је суд дужан да одлуку по тужби донесе у року 60 дана рачунајући од дана када је тужбу запримио.[31] Уколико је тужба основана, оспорена одлука КРЖ-а се поништава и предмет враћа на поновни поступак.

[29] Вид. Закон о управним споровима, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 111/09, чл. 33; Zakon o upravnim sporovima, *Narodne novine R. Hrvatske*, br. 36/24, čl. 7.

[30] Начело процесне равноправности подразумијева да свака од странака треба имати разумну могућност да изложи свој став, укључујући и изношење доказне грађе, под условима који је не стављају у битно неповољнији положај у односу на другу страну. Одлука Уставног суда БиХ, бр. 35/01 од 10. маја 2002. године, *Службени гласник БиХ,* бр. 24/02, тач. 24.

[31] ЗЈН, чл. 115.

Уз тужбу, тужилац може поднијети и захтјев за одгађање извршења коначног рјешења или закључка КРЖ-а, о којем Суд БиХ рјешава посебним рјешењем, цијенећи јавни интерес и штету коју би одгађање извршења коначне одлуке КРЖ-а могло изазвати. Извршење коначне одлуке КРЖ-а може се одложити на одређено вријеме или до доношења одлуке суда по тужби у управном спору.[32]

Попут управне заштите, ни нормирање управносудске заштите у поступцима јавне набавке није лишено одређених мањкавости.[33] На овом мјесту апострофираћемо лошу и недовољно прецизну формулацију одредбе ЗЈН-а којом је регулисан институт одгађања извршења коначног управног акта КРЖ-а, што у судској пракси изазива бројне недоумице у погледу њеног тумачења.[34]Чини се пожељним прецизирати да Суд БиХ приликом одлучивања о захтјеву за одгађање извршења одлуке КРЖ-а цијени јавни интерес и евентуалну штету која би настала одлагањем извршења одлуке КРЖ-а у односу на предмет јавне набавке. Тиме би се олакшао рад суда приликом оцјене испуњености ових кумулативних услова. Истовремено, не би било потребе за супсидијарном примјеном одредаба ЗУС-а чему Суд БиХ прибјегава у пракси на начин да цијени да ли одгађање извршења одлуке КРЖ-а може изазвати штету уговорном органу или учеснику јавне набавке.[35]Будући да је на другачији начин питање одгађања извршења одлуке КРЖ-а прописано ЗЈН-ом, овај закон се, као *lex specialis,* искључиво примјењује код одлагања извршења одлуке КРЖ-а.[36]

У осталим питањима управносудске заштите Суд БиХ примјењује одредбе ЗУС-а. У том смислу, суд рјешава управни спор на нејавној сједници.[37] То значи да суд најчешће пресуђује на основу стручног проучавања предмета јавне набавке, проучавања свих списа и одгова-

[32] ЗЈН, чл. 115, ст. 3 и 4. У поступку пред Судом БиХ, тужилац може захтијевати одлагање извршења коначне одлуке КРЖ-а, а не недефинисано одлагање.

[33] О мањкавостима законске регулације судске заштите у поступцима јавне набавке, више вид. S. Pejaković, 46-48.

[34] Вид. Пресуду апелационог вијећа Суда БиХ, бр. С1 3 У 046033 23 Увп od 12. септембра 2023. године, *Билтен судске праксе*, Суд Босне и Херцеговине, бр. 13/2023, 83-84; J. Brenjo, M. Pranjić, N. Purić, *Sudska praksa u predmetima javnih nabavki,* Sarajevo 2022, 30.

[35] Ријеч је о одредби чл. 18, став 2. ЗУС-а БиХ која садржи критерије за одлагање извршења побијаног управног акта *–ако би извршење нанијело тужиоцу штету која би се тешко могла поправити, а одгађање није противно јавном интересу нити би се њиме нанијела већа ненадокнадива штета противној страни.*

[36] Вид. Пресуду Апелационог вијећа Суда БиХ, бр. С1 3 У 046033 23 Увп od 12. септембра 2023. године, *Билтен судске праксе*, Суд Босне и Херцеговине, бр. 13/2023, 83-84.

[37] Вид. ЗУС БиХ, чл. 29, ст. 1.

рајућих прописа, а без непосредног учешћа странака. Суд рјешава, по правилу, спорно правно питање, а у погледу чињеница само провјерава да ли су оне потпуно и правилно утврђене у поступку јавне набавке. Изузетно, суд може и сам да утврђује чињенично стање и у том циљу да одржи усмену расправу.[38]

Усмена расправа није правило у управносудском поступку. Суд БиХ нема законску обавезу одржавања усмене расправе за разлику од судова који рјешавају управне спорове у државама региона,[39] премда може одлучити да одржи усмену расправу због сложености предмета или ради бољег разјашњења ствари. Из истих разлога, и странке могу предложити (тужилац у тужби, тужени у одговору на тужбу) одржавање расправе, али такав њихов приједлог није обавезујући за суд.[40] Произлази, да Суд БиХ може, било самоиницијативно, било по предлогу КРЖ-а или тужиоца, да закаже и одржи усмену расправу због сложености предмета јавне набавке или ради бољег разјашњења стања ствари.

Ако судско вијеће (које у конкретном случају рјешава по тужби) одлучи да се одржи расправа, пошто се већ претходно, од стране судије извјестиоца, упознало са чињеничном и правном проблематиком спорне ствари и оцијенило да стоје разлози за њено одржавање, све даље радње усмјерене на одржавање расправе предузима предсједник вијећа. Он одређује дан и час одржавања расправе, позива

[38] Тако, ако суд утврди да се спор не може расправити на основу чињеница утврђених у управном поступку због тога што у погледу утврђених чињеница постоји противрјечност у списима, или су оне у битним тачкама непотпуно утврђене, или је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања, или нађе да се у управном поступку није водило рачуна о правилима поступка која би била од утицаја на рјешавање ствари, суд ће побијани коначни управни акт и првостепени акт поништити пресудом и вратити на поновно рјешавање. Међутим, ако би поништење побијаног управног акта и поновно вођење поступка пред надлежном институцијом изазвало за тужиоца штету која би се тешко могла поправити, или ако је на основу јавних исправа или других доказа у списима предмета очигледно да је чињенично стање другачије од оног утврђеног у управном поступку, или ако је у истом управном спору већ једном поништен управни акт, а посебно ако надлежна институција није у потпуности поступила по пресуди, Суд је дужан да сам утврди чињенично стање и на основу тако утврђеног чињеничног стања ријеши управну ствар пресудом, односно рјешењем. Суд утврђује чињенично стање, по правилу, на расправи, или преко једног члана судског вијећа, или преко другог суда или преко другог органа. Вид. ЗУС БиХ, чл. 34.

Мимо наведених услова, суд није овлашћен, у спору оцјене законитости управног акта, да утврђује чињенично стање.

[39] Умјесто свих, вид. Закон о управним споровима, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 111/09, чл. 2 и чл. 33; Zakon o upravnim sporovima, *Narodne novine R. Hrvatske*, br. 36/24, čl. 7.

[40] ЗУС БиХ, чл. 29, ст. 1 и 2.

странке на расправу, позива заинтересована лица, ако их има итд. Расправом руководи предсједник вијећа који даје ријеч најприје члану вијећа који је извјестилац у предмету да изложи чињенично и правно стање и суштину спора, без давања свог мишљења. Потом, ријеч даје тужиоцу да образложи тужбу, па заступнику тужене стране и заинтересованим лицима да образложе своја гледишта.[41]У току тих излагања, чланови судског вијећа могу (и треба) да постављају питања којима ће се ток расправе усмјеравати на разјашњење спорних чињеница или правних питања због којих се расправа и одржава.[42]

Анализа управносудске праксе упућује на закључак да Суд БиХ не одржава усмене расправе, не само у предметима јавних набавки, већ уопште. И овдје долазимо до суштине проблема. Управносудски поступак је први поступак у којем уопште постоји могућност одржавања усмене расправе у предметима јавне набавке. Неспорно је да суд има диспозицију у погледу процјене да ли је потребно да се одржи усмена расправа, али се отвара питање да ли се заиста, у досадашњој пракси, никада није указала потреба за одржавањем расправе ако се има у виду њен потенцијал у разјашњавању често сложеног чињеничног стања и правног питања које редовно обухвата знатан број прописа? И када странке у управном спору у предметима јавне набавке предложе одржавање усмене расправе, такав њихов приједлог, по правилу, не бива уважен, нити суд образлаже зашто није сматрао потребним да се расправа одржи.[43]Према пракси Европског суда за људска права, неодржавање усмене расправе без јасног образложења суда који би оправдали такво његово поступање противно је одредби чл. 6, ст. 1 Европске конвенције о људским правима и представља повреду права на правично суђење.[44]

Управни спор у предмету јавне набавке води се по хитном поступку, а Суд БиХ мора донијети одлуку у року 60 дана од дана пријема тужбе. Тиме је законодавац јасно изразио став да у предметима јавних набавки начело ефикасности има приоритет. Стога би евентуално

[41] О расправи се води записник у који се уносе само битне чињенице и околности, као и диспозитив одлуке. Записник потписују предсједник вијећа и записничар. Вид. ЗУС БиХ, чл. 30-33.

[42] S. Crnjak, „Usmena javna rasprava u upravnom sporu“, *Bilten sudske prakse*, Sud Bosne i Hercegovine, br. 5/2015, 72. Како суд може, у законом предвиђеним случајевима, сам утврђивати чињенично стање, када се расправа одржава у том циљу, ако је потребно изводити одређене доказе попут саслушања свједока, вјештачења и сл., суд би требао поступити сходно одговарајућим одредбама Закона о парничном поступку.

[43] Вид. Пресуда Суда БиХ, бр. С1 3 У 020839 16 У od 1. јуна 2017. године.

[44] Вид. Пресуда Европског суда за људска права у предмету Цимпершек против Словеније од 30. септембра 2020. год., *https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid-%22:[%22001-203307%22]}*, 1. август 2024. године.

одржавање усмене расправе у управном спору врло вјероватно резултовало прекорачењем рока за одлучивање по тужби. Како се ради о факултативној процесној радњи, према одредбама ЗУС-а, а како је ЗЈН као *lex specialis* временски ограничио рок за одлучивање по тужби, не треба да чуди што Суд БиХ не одржава усмене расправе у предметним споровима. Напосе, то није ни била интенција самог законодавца па се може констатовати да је одредба ЗУС-а о могућности одржавања усмене расправе непримјењива у предметима јавних набавки с обзиром на утврђен временски оквир за одлучивање по тужби у управном спору (60 дана).

3. ЗАКЉУЧАК

У сваком судском поступку институт усмене расправе има посебан значај. Изузетак у том погледу не би требао да буде ни управносудски поступак. Ипак, суд нема законску обавезу да закаже и одржи усмену расправу у управном спору већ то може учинити, било самоиницијативно, било по приједлогу странака, ако оцијени да је њено одржавање потребно због сложености предмета или ради бољег разјашњења ствари.

Како суд има слободу у погледу процјене да ли је потребно да се одржи усмена расправа, усмене расправе у пракси нема. Чини се да је њен значај у разјашњењу често сложеног чињеничног стања и правних питања посебно наглашен у области јавних набавки с обзиром да КРЖ нема обавезу одржавања расправе у жалбеном поступку. Упоредноправни примјери указују на то да је усмена расправа предвиђена као факултативна процесна радња у жалбеном поступку јавне набавке, али и као облигаторна процесна радња у управном спору. Стога би таква законска рјешења могла представљати евентуални правац за доградњу правног оквира јавних набавки, или управносудског поступка у Босни и Херцеговини. Одржавање усмене расправе сматрамо пожељним бар пред једном инстанцом како би странке имале могућност да усмено изнесу сопствени став, како у погледу чињеничних, тако и правних питања, да се изјасне о наводима супротне стране, односно како би се „ограничило“ доношење одлуке у предметима јавне набавке само на основу писаних поднесака странака.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Zagreb 2002;
2. Brenjo, Jadranka, Pranjić, Milica, Purić, Nebojša, *Sudska praksa u predmetima javnih nabavki*, Sarajevo 2022;
3. Crnjak, Sreto, „Usmena javna rasprava u upravnom sporu“, *Bilten sudske prakse*, Sud Bosne i Hercegovine, br. 5/2015;
   https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/usmena-rasprava-kao-dio-upravnog-spora-u-predmetima-javne-nabave-47368;
4. Pejaković, Stanka, *Analiza pravne zaštite u postupcima javne nabave u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2015;
5. Šprajc, Ivan, „Usmena rasprava kao dio upravnog spora u predmetima javne nabave“,
6. Томић, Зоран, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009;

Правни извори

1. Директива 89/665/EEZ od 21. децембра 1989. године о усклађивању закона и других прописа који се односе на примјену поступака контроле код додјеле уговора о јавној набавци робе и јавним радовима, *https://www.urz.gov.ba/index.php?id=10c&jezik=sr*;
2. Директива 92/13/EEZ од 25. фебруара 1992. године о усклађивању закона и других прописа о примјени правила ЕУ у поступцима набавке субјеката који дјелују у сектору водопривреде, енергије, саобраћаја и телекомуникација, *https://www.urz.gov.ba/index.php?id=-10c&jezik=sr,*;
3. Директива 2007/66/EEZ од 11. децембра 2007. године, *https://www.urz.gov.ba/index.php?id=10c&jezik=sr,*;
4. Закон о јавним набавкама, *Службени гласник БиХ*, бр. 39/14, 59/22 и 50/24;
5. Закон о јавним набавкама, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 91/19 и 92/23;
6. Zakon o javnoj nabavi, *Narodne novine R. Hrvatske*, br. 120/16, 114/22;
7. Закон о управним споровима Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 19/02, 88/07, 83/08 и 74/10;
8. Закон о управним споровима, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 111/09;
9. Zakon o upravnim sporovima, *Narodne novine R. Hrvatske*, br. 36/24;
10. Закон о управном поступку, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16;
11. Образложење Приједлога закона о измјенама и допунама Закона о јавним набавкама, *https://static.parlament.ba/doc/168823_Prijedlog%-20zakona.pdf*;

12. Одлука Уставног суда БиХ, бр. 35/01 од 10. маја 2002. године, *Службени гласник БиХ*, бр. 24/02;
13. Пресуда Суда БиХ, бр. С1 3 У 020839 16 У od 1. јуна 2017. године;
14. Пресуда Апелационог вијећа Суда БиХ, бр. С1 3 У 046033 23 Увп od 12. септембра 2023. године, *Билтен судске праксе*, Суд Босне и Херцеговине, бр. 13/2023;
15. Пресуда Европског суда за људска права у предмету Цимпершек против Словеније од 30. септембра 2020. године *https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-203307%22]}*.

Assistant Professor Sanja Golijanin, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

ORAL HEARING IN ADMINISTRATIVE DISPUTES IN PUBLIC PROCUREMENT CASES –"GAP" OR NOT?

Summary

In the paper, the author analyzes legal protection in public procurement procedures in Bosnia and Herzegovina, with special reference to administrative judicial protection. In this regard, an attempt is made to look at the administrative dispute in public procurement cases from the point of view of (not) holding an oral hearing. The author concludes that the Court of Bosnia and Herzegovina does not hold oral hearings in cases related to public procurement and tries to determine the reasons for such court action.

The relevant legal solutions of individual countries in the region were also presented in order to indicate the possible direction of further improvement of legislation on legal protection in public procurement procedures in Bosnia and Herzegovina.

Key words: *Public procurement; Legal protection; Administrative dispute; Oral argument*.

УДК/UDC 35.077:004(497.6)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Доц. др Јелена Старчевић

Министарство за научно-технолошки развој,
високо образовање и информационо друштво
Републике Српске

САВРЕМЕНИ ИЗАЗОВИ ЈАВНЕ УПРАВЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – ДИГИТАЛИЗАЦИЈА И Е-УПРАВА

Босна и Херцеговина се тренутно налази на дигиталној раскрсници. Растрзана између неопходности реформе у процесима придруживања које намећу како Европска унија тако и убрзани развој друштва и привреде са једне стране и немогућности постизања политичке усаглашености о кључним питањима која се тичу надлежности у области дигитализације са друге стране, БиХ већ дуже вријеме стоји у мјесту, гледајући како регион убрзано хвата корак са свијетом. Дигитализација више није само тренд већ нужност и неопходан предуслов за ефикаснију, транспарентнију и економичнију јавну управу која ће служити као савремен и експедитиван јавни сервис грађана. Пандемија Цовид19 је најбоље показала да је то стварност, а не само празна флоскула. Међутим, Европска комисија не одустаје од намјере да у процесу придруживања БиХ дигитализацију јавне управе подигне на ниво државних институција чиме ставља стварно надлежне ентитетске и кантоналне институције у изразито незавидан положај, истовремено их означавајући пред грађанима и корисницима услуга као главне кривце за блокаду процеса. У овој политичкој игри, највећу штету трпе грађани и привреда којима нису на услузи дигитални сервиси који данас милионима људи у свијету олакшавају живот и пословање. Када се овоме дода и генерално низак ниво дигиталне писмености грађана и службеника у јавној управи који би требали користити и пружати услуге путем Е-управе, јасно је да су размјере изазова дигитализације јавне управе у БиХ велике. Рад анализира постојећи позитивноправни оквир у овој области те врши упоредну анализу прописа на свим нивоима јавне управе у БиХ указујући на њихове недостатке и могућа унапређења. Рад такође, идентификује препреке

Јелена Старчевић, *j.starcevic@mnv.vladars.rs.*

које успоравају процес дигитализације и предлаже могућа рјешења. Испитивањем ових кључних аспеката, рад пружа дубље разумијевање тренутног стања дигитализације и електронске управе у БиХ, те доприноси дебати о унапријеђењу јавних услуга и модернизацији јавне управе у земљи.

Кључне ријечи: Дигитализација; Јавна управа; Електронска управа; Електронски потпис; Електронски документ.

1. УВОД

Дигитализација је процес превођења једног објекта, слике, звука, документа или сигнала (обично аналогног) у дигитални облик. Буквално гледано, дигитализација представља биљежење аналогног сигнала у дигиталном облику. [1]

Термин дигитализација се често користи да се опише скенирање аналогних извора, попут штампаних фотографија и снимљених видео записа на компјутеру ради уређивања приказа ових објеката, али се такође може односити и на снимање и репродукцију звука (гдје је узорак одређен килохерцима) или снимање трансформација текстурних мапа. У овом посљедњем случају , као и код нормалне фотографије, узорак се дефинише као код резолуције слике, што значи да се најчешће мјери у пикселима по инчу.[2]

У смислу наведеног, под дигитализацијом управе може се подразумијевати процес стварања претпоставки за функционисање електронске управе, односно управе у којој грађани и правна лица имају могућност да на најлакши, најједноставнији, најјефтинији и најбржи начин, без физичког контакта тј. „чекања у редовима“, без „папира“ и својеручног потписа, добију тражену услугу и то само уз употребу информационих технологија или једноставније, путем интернета.

Почеци организованог и стратешки конципираног процеса реформе јавне управе у Босни и Херцеговини (БиХ) везују се за 2003. годину. На састанку Савјета за имплементацију мира у марту 2003. године, иницирано је покретање процеса реформе јавне управе. Владе на свим нивоима су усвојиле документ „Реформа јавне управе-наш програм", као израз опредјељења за покретање процеса реформе јавне управе, а који је идентификовао да јавна управа у БиХ не задовољава основне потребе грађанства и да, за испуњење евроинтеграцијских услова, БиХ треба оснажити постојеће управне капацитете. На основу препоруке из Студије изводљивости за почетак преговора о Споразу-

[1] „Шта представља дигитализација?“ чланак доступан на *https://www.netplanet.rs/-index.php/clanci/54-sta-je-digitalizacija,* 15.08.2024.

[2] *Ibid.*

му о стабилизацији и придруживању (ССП), Савјет министара БиХ 2004. године оснива Канцеларију координатора за реформу јавне управе (ПАРЦО) “у циљу спровођења заједничке политике и процедура надлежних органа у БиХ у области реформе јавне управе, као и ефикасне координације активности које су у надлежности различитих институција у БиХ”. На бази припремљених системских и функционалних прегледа јавне управе, 2006. године усвојена је Стратегија за реформу јавне управе за период од 2006-2014. године и Акциони план 1. Заједничком платформом о принципима и начину имплементације Акционог плана 1 Стратегије реформе јавне управе у БиХ успостављен је механизам за проведбу реформе, а Меморандумом о разумијевању о успостави Фонда за реформу јавне управе између БиХ власти и донатора успостављен је Фонд за реформу јавне управе, у оквиру којег домаће власти и донатори инвестирају средства за реформу те одлучују о провођењу реформи. Након што је 2010. године истекао Акциони план 1, у 2011. години је припремљен ревидирани план са чијом се имплементацијом наставило. Временски оквир ове стратегије истекао је 2014. године, али је њена имплементација настављена и након тог рока. Према подацима ПАРЦО-а, проценат провођења Ревидираног акционог плана закључно са 2015. годином износио је 65%. За разумијевање приказа остварених резултата треба имати у виду да је напредак праћен на нивоу спроведбе активности, а не на нивоу оствареног учинка, односно утицаја проведених активности. Након истека Стратегије 2006 – 2014, отпочеле су активности на изради и усвајању новог стратешког оквира за реформу јавне управе, које су трајале готово пет година до усвајања на свим нивоима власти. Стратешки оквир за реформу јавне управе 2018 – 2022 са пратећим Акционим планом коначно је усвојен на свим нивоима 2020. године, практично на половини временског периода предвиђеног за његову имплементацију. Имајући у виду такво стање, након усвајања Стратешког оквира се врло брзо приступило продужењу временског оквира његовог трајања на период до 2027. године. Према првом Извјештају о проведби Стратешког оквира и Акционог плана који обухвата период од њиховог усвајања од почетка 2020. до краја 2022. године, двогодишња проведба Акционог плана за реформу јавне управе резултирала је проведбом 14% планираних активности. Укупно гледано, домети реформе јавне управе се могу оцијенити као изразито скромни. Након двије деценије од почетка процеса реформе јавне управе у БиХ, према оцјени Европске комисије земља се и даље налази у раној фази припремљености. Посебно се истиче недовољна политичка подршка реформи.[3]

[3] С. Благовчанин, “Реформа јавне управе у БиХ: 20 година (не)научене лекције“,

Обзиром да се у званичним извјештајима о напретку БиХ у области реформе јавне управе ка Европској комисији често истиче да не постоји довољна политичка подршка реформи, неопходно је осврнути се на ову тврдњу која је сувише уопштена и упућује на погрешан закључак, а то је да власти ентитета не желе реформу. Наиме, напредак који је у области финализације легислативог оквира неопходног за дигитализацију управе извршен у Републици Српској у посљедње двије деценије несумњиво говори о опредјељењу овог ентитета ка реформама које ће јавну управу и генерално, пословање и функционисање свих институција, физичких и правних лица у овом ентитету довести на европски ниво. Међутим, цијели тај процес континуирано је обиљежен покушајима представника институција БиХ, међународне заједнице и међународних организација које дјелују на територији БиХ да унитаристичким приступом наметну ентитетима рјешења која су супротна уставном уређењу БиХ и надлежностима ентитетских власти. Ово се првенствено односи на настојање да се на државном нивоу донесе нови закон о електронском потпису који би био јединствен и важио на територији цијеле БиХ јер Европска унија препознаје само пропис о електронском потпису на државном нивоу. Да парадокс буде већи, тај пропис постоји али није усклађен са најновијим прописима Европске уније нити су до сада постојали услови за његову примјену те се сада најновији притисци на власти у БиХ односе на то да се донесе нови закон као и да се оснује једно регулаторно тијело на нивоу БиХ које ће бити задужено за усклађивање свих процеса дигитализације.

Осим наведеног, постоји још разлога због којих овај „*top down*“ систем реформе јавне управе у правцу њене дигитализације још увијек није дао резултате. Наиме, већина услуга које треба дигитализовати у јавној управи лоциране на нивоу јединица локалне самоуправе, односно нивоу власти који је најближи грађанима. Због тога се, приликом увођења Е-управе треба користити приступ „*bottom up“* односно, оријентисати се на што скорију дигитализацију сервиса на нивоу локалних самоуправа и њихово међусобно повезивање. Донекле се овај принцип користио кроз различите пројекте[4] који за циљ имају

Зборник Радова „*Двије деценије реформе јавне управе у БиХ – (не)научене лекције“*, Transparency International, Бања Лука, 2023, 151.

[4] Низ пројеката као што је пројекат „Паметни градови – ка дигиталној трансформацији градова у БиХ“ који је имплементирао *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* (GIZ) у име Савезног министарства за економску сурадњу/сарадњу и развој СР Њемачке (БМЗ), у сарадњи са удружењем Бит Алијанса из БиХ, а у којем је учествовало пет локалних самоуправа из БиХ – Зворник, Пале, Тешањ, Приједор и Зеница, затим дигитализација Града Сарајево која је отпочела у сарадњи са агенцијом IDDEEA у

дигитализација локалних самоуправа али је последица тога фрагментиран приступ и неједнак степен развијености ових услуга у различитим општинама и градовима. Так,о док изразито неразвијене општине још увијек немају ни основна средства за рад, развијени градови имају скоро потпуно дигитализоване услуге у појединим секторима. Но, на крају, потребно је заокружити тај процес до највиших органа управе у ентитетима јер дигитализовати једну јединицу локалне самоуправе без дигитализације јавне управе на вишим нивоима не значи скоро ништа са гледишта грађана, односно корисника услуга.

2. РАЗВОЈ ИДЕЈЕ Е УПРАВЕ И НИВО РАЗВИЈЕНОСТИ У БИХ

Још је Е. Пусић у свом животном дјелу Наука о управи[5] писао о пет тенденција у развоју управе, а то су: тенденција пораста управних организација, тенденција ка диференцијацији управних организација, тенденција ка смањењу улоге принуде у управи, тенденција ка професионализацији управе и на крају, као “најмлађа”, тенденција ка информатизацији управе. Упоредо са професионализацијом управе, све је већа потреба да се поједини процеси и радње у управи поједноставе и аутоматизују како би њихово обављање било могуће без људског фактора или са његовим минималним ангажовањем, чиме би се повећала ефикасност и брзина рада управе, те корисницима олакшало свакодневно функционисање и пословање.

Наводе се најмање три разлога због којих је информатизација управе од великог значаја за било коју управу која настоји постићи циљеве економског и друштвеног развоја: а) Први, давањем економског значаја јавном сектору било које земље, повећање продуктивности унутар јавног сектора, значајан напредак за економију у цјелини. Јавни сектор подразумијева висок процент укупно запослених. б) Други, јавни сектор је највећи и најразноврснији сакупљач јавних података и информација. Ови подаци подразумијевају области од економских и друштвених активности до природних и географских ресурса. ц) Трећи, у појачаној информатизованој економији систем информација управе који добро функционише може олакшати приступ глобалним сазнањима и међународним базама података, као и стварање нових опција за употребу локалних знања и извора информација.[6]

јануару 2024. године, те други пројекти као што су Е-беба у Републици Српској показују да је принцип „*bottom up*“ дефинитивно бољи приступ у креирању Е-управе.

[5] Е. Пусић, *Наука о управи*, XII Измијењено и допуњено издање, Загреб, 2002, 76–107

[6] Ф. Отајагић, „ Савремене тенденције у јавној управи“, АНАЛИ Правног факултета Универзитета у Зеници, Зеница, 8/2011, 276–277.

Идеја Е-управе развила се 80-их година прошлог вијека у оквиру доктрине новог јавног менаџмента (*New Public Menagement*) који истиче потребу увођења тржишних критеријума тежиште ставља у дјеловање јавне управе. Међутим, сам назив Е-управа у употреби је од почетка 2000-их година када се под утицајем концепта добре владавине (*Good Governance*) ставља на демократске вриједности јавне управе попут отворености, владавине права, одговорности, укључивости и учешћа грађана. Развој Е-управе може се пратити кроз четири различите фазе. То су:

1. Фаза огласног простора (*The Bilboard Stage*) у којој се web странице управних организација доживљавају као статички механизми за приказ информација чији су грађани пасивни посматрачи, а двосмјерна интеракција је готово непостојећа;
2. Фазу дјелимичног пружања услуга (*The Partial-Service Delivery Stage*) у којој грађани могу добити дио услуга путем интернета, али у ограниченом обиму и спорадично;
3. Фазу портала (*The Portal Stage*) који подразумијева тзв. *One Stop Shop* портал с интегрисаним услугама којег карактерише лако коришћење, заштита приватности и безбједност података;
4. Фазу интерактивне демократије (*International Democracy*) коју одликује пружање услуга и бројне мјере усмјерене на јачање одговорности; web странице се користе за системску политичку трансформацију. Посјетиоци могу персонализовати web странице, добити одговор, давати примједбе и искористити многе софистициране механизме намијењене подстицању демократске одговорности.[7]

Постоји неколико нивоа развоја електронске управе тј. информатизације управе, према критеријумима Европске комисије, а то су:

- 0 - Нема информације (информација о услузи није доступна на мрежи);
- 1 - Информација (на мрежи је доступна само информација о услузи, нпр. опис поступка, правилници и сл.);
- 2 – Једносмјерна интеракција (доступност формулара у електронском облику за похрањивање на рачунару, празне формуларе могуће је и испринтати на штампачу);

[7] Е. Шехрић, „Развој концепта електронске управе у Босни и Херцеговини – изазови и перспективе“, *Анали Правног факултета у Тузли* 2015, 122.

- 3 – Двосмјерна комуникација (интерактивно испуњавање формулара и пријава уз аутентикацију; испуњавањем формулара покреће се појединa услугa);
- 4 – Трансакција (цијела услуга је доступна на мрежи, попуњавање формулара, аутентикација, плаћање и испорука потврда, наруџбе или други облици потпуне услуге путем мреже).[8]

Узимајући у обзир наведене критеријуме, може се рећи да се ниво дигитализације управе у БиХ креће у распону од другог до трећег нивоа. Поједине локалне самоуправе и институције на вишим нивоима власти успјеле су, путем различитих пројеката подршке, развити своје електронске услуге до трећег нивоа, а као примјер могу послужити сервиси „Е-беба“ у Републици Српској, „Е-дневник“ у школама у Републици Српској, те дигитализација услуга Управе за индиректно опорезивање БиХ. Међутим, док се не ријеши спор око непризнавања ентитетских прописа о електронском потпису, БиХ неће достићи четврти ниво развоја Е-управе. Према УН-овом индексу развоја електронске управе за 2022. годину, Босна и Херцеговина је на посљедњем мјесту у Европи, са Сан Марином, Сјеверном Македонијом и Андором које су изнад рангиране. Подаци Европске канцеларије за статистику (Еуростат) за 2023. показују да смо на дну листе по броју становника који користе електронску управу и прибављају информације преко интернетских страница надлежних институција.[9]

3. ПРАВНИ ОКВИР

БиХ поднијела је захтјев за чланство у Европској унији у фебруару 2016.године, а статус земље кандидаткиње додијељен јој је у децембру 2022 године. Након што постигне потребан степен усклађености с критеријима за чланство, БиХ може започети преговоре о приступању.[10]

Реформа јавне управе се налази међу четрнаест приоритета[11] које је Европска комисија поставила пред БиХ услов за пуноправно чланс-

[8] „Стандард развоја јавних Е-Услуга у Републици Хрватској – смјернице, *https://rdd.gov.hr/UserDocsImages/e-Standardi/Standard%20razvoja%20javnih%20e-_usluga%20u%20RH_Smjernice.pdf*, 12.08.2024.

[9] „Шта је дигитална јавна управа: Штедите вријеме, новац и "не фали вам папир", *https://www.klix.ba/vijesti/bih/sta-je-digitalna-javna-uprava-stedite-vrijeme-novac-i-ne-fali-vam-papir/240126016*, 20.08.2024.

[10] Вијеће Европске уније, Политика проширења ЕУ, Босна и Херцеговина, *https://www.consilium.europa.eu/hr/policies/enlargement/bosnia-herzegovina/*, 15.08.2024.

[11] Више о томе на na *https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2023/07/ispunjavanje-prioriteta-2023-prelom-WQ-1.pdf*, Transparency international, „Процес интеграције БИХ

тво. Од БиХ се очекује да реформише јавну управу у шест кључних области. Функционална јавна управа захтијева професионалну државну службу, креирање политика и законодавство на инклузиван начин, те на основу поузданих показатеља. Осим тога, морамо имати и јасно разграничене одговорности између институција и одговорност према грађанима, а реформисана јавна управа мора бити оспособљена за пружање услуга грађанима и пословним субјектима.[12]

Пандемија COVID19 која је у БиХ трајала скоро двије године је лимитирала рад институција и државних службеника, те је утицала и на јавну управу и на економију. Потреба да се друштво прилагоди ситуацији која је подразумијевала прелазак на тзв. *ремоте*[13] систем те да се смањи директан физички контакт оголила је веома лошу ситуацију у области нивоа електронске управе. Осим неспремности државе да покрене електронско пословање, грађани су такође, показали низак ниво познавања информационих технологија и концепта Е-управе. Показало се да нам је потребна и култура дигитализације, односно да људи прихвате комуникацију електронским путем и предности које она доноси. Са друге стране, чини се да је привредни сектор био најспремнији за увођење електронске управе те да они већ увелико користе тзв. *Оне стоп схоп* системе који им омогућавају да, у појединим дијеловима БиХ.[14]

Тренутно, легислативни оквир БиХ у области Е- управе обухвата неколико стратегија, акционих планова, закона и подзаконксих аката на нивоу БиХ те на нивоу ентитета

Тако, на нивоу Босне и Херцеговине важе сљедећи акти и прописи:

- Стратешки оквир за реформу јавне управе 2018-2022[15]
- Акциони план за реформу јавне управе[16]

у ЕУ: 14 приоритета из мишљења Европске комисије 4 године послије“, Бања Лука, 2023.

[12] Д. Ћузулан, „*Процес реформе јавне управе је незаустављив и незамјењив“,* Канцеларија координатора за реформу јавне управе, *http://www.cpu.org.ba/blog-bih/post/2020/elektronska-uprava-u-bosni-i-hercegovini/,* 15.08.2024.

[13] У Републици Српској још од децембра 2013. године постоји 11 оне-стоп схопова. Према подацима из марта 2017. године, увођењем оне-стоп-схопова смањен је број процедура при регистрацији предузећа са 10 на 5, те је скраћено и вријеме за отварања предузећа са 23 на 5 радних дана, *https://parco.gov.ba/rju/o-rju-2/strateski-okviri-za-rju/,* Центар за политике и управљање, 18.02.2024.

[14] Д.Ћузулан, *Ibid.*

[15] Документ је истекао 2022. године, а нови није донесен. Вид. . *https://parco.gov.ba/rju/o-rju-2/strateski-okviri-za-rju/.*

[16] *Ibid.*

- Закон о електронском документу БиХ[17]
- Закон о електронском потпису БиХ[18]
- Правилник о мјерама и поступцима употребе и заштите електронског потписа, средстава за формирање електронског потписа и система цертификације[19]
- Правилник о ближим условима за издавање квалификованих потврда[20]
- Одлука о усвајању оквира интероперабилности БиХ[21]

На нивоу Републике Српске усвојени су сљедећи прописи:

- Закон о електронском потпису[22]
- Закон о електронском документу[23]
- Закон о електронском пословању[24]
- Правилник о посебним условима које морају да испуњавају цертификациона тијела[25]
- Закон о Агенцији за информационо-комуикационе технологије[26]
- Закон о безбиједности критичних инфраструктура у Републици Српској[27]
- Закон о информационој безбиједности
- Правилник о евиденцији цертификационих тијела[28]
- Правилник о техничко-технолошким поступцима за израду квалификованог електронског потписа и других услуга повјерења и мјерама заштите електронског потписа И других услуга повјерења[29]

[17] „Службени гласник БиХ“ бр. 58/14.
[18] „Службени гласник БиХ“ бр. 91/06.
[19] „Службени гласник БиХ“ бр. 14/17.
[20] „Службени гласник БиХ“, број 14/17.
[21] „Службени гласник БиХ“ бр. 53/18.
[22] “Службени гласник Републике Српске”, бр. 106/15 и 83/19.
[23] „Службени гласник Републике Српске“ бр. 106/15.
[24] „Службени гласник Републике Српске“ бр. 59/09 и 33/16.
[25] „Службени гласник Републике Српске“, број 78/16 и 108/19.
[26] „Службени гласник Републике Српске“ бр. 90/23.
[27] „Службени гласник Републике Српске“ бр. 58/19.
[28] „Службени гласник Репубике Српске“, бр. 78/16.
[29] „Службени гласник Републике Српске“, број 78/16.

- Правилник о поступку издавања дозволе и уписа у Регистар цертификационих тијела за издавање квалификованих електронских цертификата[30]
- Правилник о издавању временског жига[31]

На нивоу Федерације БиХ:

- Закон о електронском документу Федерације БиХ[32]
- Правилник о садржају, облику и начину попуњавања пријаве за регистрацију и увјетима и поступку електронске регистрације пословних субјеката у Федерацији БиХ[33]

На нивоу Брчко дистрикта БиХ:

- Закон о електронском потпису Брчко дистрикта Босне и Херцеговине[34]

У средишту процеса дигитализације јавне управе јесте електронски потпис. Легислатива о електронском потпису постоји на нивоу ентитета и представља задовољавајући правни основ за уређење ове области. Нарочито у Републици Српској гдје је, осим Закона о електронском потпису донешен и низ подзаконских прописа којима је ближе уређена ова материја.

На нивоу БиХ постоји Закон о електронском потпису из 2006. године али исти није усклађен са *acquis communautaire* Европске уније с обзиром на то да је донесен на основу Директиве 26 Европске уније из 1999. године, која је у међувремену престала важити. Наиме, Европска унија је 2014. године донијела нову Уредбу 27, којом се уводи и нови правни оквир за електронске потписе и којом је ван снаге стављена Директива из 1999. године.[35] Савјет министара БиХ је нацрт новог закона донио прије четири године, али овај закон није усвојен у Представничком дому Парламентарне скупштине БиХ јер је предвиђао успоставу једне канцеларије за надзор на ниво државе, што је супротно уставним надлежностима ентитета и представља пренос надлежности са ентитетског на ниво БиХ. Чињеница је да у земљама ЕУ постоји једно цертификационо тијело. Међутим, чињеница је и да је БиХ специфична по свом децентрализованом моделу уставног уређења гдје се презумпција надлежности успоставила Уставом у корист

[30] „Службени гласник Републике Српске“, бр. 78/16
[31] „Службени гласник Републике Српске“, бр. 112/16.
[32] „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 55/13.
[33] „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 34/24.
[34] „Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 11/20.
[35] Е. Шехрић, 130.

ентитета и кантона и то се не може и не смије заборављати у процесима еворпских интеграција.

Проблеми у успостави правног оквира на нивоу БиХ датирају од 2009. године када је Савјет министара донио Одлуку о електронском пословању и Е-влади у Савјету министара[36]. Одлуком се уређује електронско пословање у институцијама БиХ и основе рада Е-владе у Савјету министара.

Међутим, одлука има више недостатака. Њен главни недостатак је у томе што није регулисала обавезу и начин успоставе електронског пословања, па и Систем управљања документима или тзв. ДМС који би представљао најважнији алат у креирању Е-управе у БиХ. Према тврдњама представника Службе за Е-владу при ГС-у и Министарству комуникација и транспорта БиХ, Одлука о електронском пословању и Е-влади у Савјету министара се не примјењује, застарјела је и мањкава, а већина институција БиХ не зна ни да ова одлука постоји.

Такође, иако је Одлука о усвајању Оквира интероперабилности донесена 2018. године, тијела задужена за спровођење Одлуке су формирана тек 2021. године, а до данас радна група формирана за спровођење овог оквира није одржала ниједан састанак. Исте године основана је Канцеларија за надзор и акредитацију овјерилаца при Министарству комуникација и транспорта БиХ, те да је успостављен регистар овлашћених издавача цертификата.

Савјет министара БиХ је 2023. године усвојило Заједничку платформу о принципима и начину имплементације реформе јавне управе у БиХ која прописује, између осталог и успоставу тијела за политичку координацију, те дало сагласност Предсједавајућем Савјета министара БиХ за потписивање овог документа. Платформу су усвојиле и ентитетске владе као и Влада Брчко дистрикта БиХ.

Заједничка платформа представља политички и правни оквир сарадње тијела управе свих нивоа власти у процесу реформе јавне управе у БиХ. Овим документом жели се одговорити на захтјев Европске комисије у смислу успоставе тијела за политичку координацију у овој области. Координација на политичком нивоу повјерена је Координационом одбору за реформу јавне управе, који чине предсједавајући Савјета министара БиХ, предсједници влада Федерације БиХ и Републике Српске и градоначелник Брчко дистрикта БиХ, као и представници Владе Брчко дистрикта БиХ и ресорни министри свих нивоа власти у зависности о тачки дневног реда о којој се расправља. Политичка координација била је регулисана и претходном Платфор-

[36] „Службени гласник БиХ“, бр. 7/10.

мом из 2007. године, али се никада није одржан ни један састанак о реформи јавне управе.[37] Тијело за политичку координацију дио је услова процеса придруживања и слична су тијела упостављена у другим земљама но да ли ће у БиХ ово тијело заиста и функционисати, зависи првенствено од коректности политичких актера када је у питању поштовање уставних надлежности.

4. ДИГИТАЛИЗАЦИЈА УПРАВНОГ ПОСТУПКА

Када је у питању управни поступак, у БиХ се и даље као примарни облик вођења поступка појављује традиционални поступак који подразумијева папирологију у материјалном облику и непосредан физички контакт између органа и странака при обављању појединих процесних радњи. Истина, измјенама закона о управном поступку на нивоу БиХ, те ентитетским законима о управном поступку омогућено је подношење захтјева и других поднесака у електронском облику, комуникација између органа и странака електронским путем те прихватање јавних исправа у електронском облику али практична примјена ових одредби се у овом тренутку налази, као што напријед споменуто, на ниском нивоу. Највећим дијелом се дигитализација своди на комуницирање органа и странака путем емаила и могућност прибављања образаца којима се покреће поступак електронским путем.

Тако Закон о управном поступку Босне и Херцеговине[38] (ЗУП) предвиђа могућност предаје поднесака (захтјева, молби, жалби, приједлога, пријава и др.) и у форми електронске исправе израђене у складу са посебним законом.[39] Омогућена је и предаја поднесака електронским путем, као и међусобна комуникација између органа и странке у електронској форми. Чланом 73. став 2. предвиђено је достављање писмена и електронском поштом путем информационог система државног органа док је чланом 155. ст. 1. прописано да исправа коју је у прописаном облику издао орган у границама своје надлежности може бити прилагођена електронској обради података.

Измјенама Закона о општем управном поступку Републике Српске[40] је предвиђено јединствено управно мјесто[41] и омогућен је пријем

[37] Д. Ћузулан, „Морамо ревидирати постојећи Акциони план за реформу јавне управе и у том правцу имамо пуну подршку Европске комисије“, *https://parco.gov.ba/2023/07/26/dragan-cuzulan-moramo-revidirati-postojeci-akcioni-plan-za-reformu-javne-uprave-i-u-tom-pravcu-imamo-punu-podrsku-evropske-komisije/*, 2023.

[38] „Службени гласник БиХ“, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16.

[39] Члан 56. ст. 2 ЗУП БиХ.

[40] „Службени гласник Републике Српске“, бр. 13/02, 87/07 - испр., 50/10 и 66/18.

поднесака и достављање писмена[42], те друга комуникација између странке и органа управе електронским путем.[43] Такође, предвиђено је доношење рјешења у електронском облику.[44] Нажалост, због непризнавања ентитетских прописа о електронском потпису ове одредбе нису примјењиве у пуном капацитету.

Један од кључних циљева дигитализације и креирања Е-управе треба бити стварање *Оне-стоп-схоп мјеста* или Јединственог управног мјеста. У питању је јединствени контакт центар који треба грађанима и осталим корисницима јавних услуга омогућити једноставнију комуникацију са државном управом без потребе да знају у чијој је надлежности издавање неког документа. Предности овог принципа огледају се у уштеди времена и новца јер подразумијева комуникаци-

[41] Чланом 37а. прописано је Јединствено управно мјесто којем се странка обраћа уколико је за остваривање једног или више права потребно поступање једног или више органа. Успостављањем јединственог управног мјеста не утиче се на надлежност органа нити на право странке да се директно обраћа надлежном органу. На јединственом управном мјесту врши се поучавање подносиоца захтјева, на начин како би то чинио надлежни орган, о томе шта је све органима потребно да би поступили по захтјеву и примање захтјева за признавање права или друго поступање у управној ствари и њихово достављање надлежним органима. Ове радње могу се вршити електронским путем, путем поште или на други погодан начин. Рокови за одлучивање о захтјеву странке пред надлежним органима почињу да теку од дана када је поднесен уредан захтјев на јединственом управном мјесту. Ближе услове, критеријуме и мјерила која се примјењују у поступку одређивања јединственог управног мјеста, као и начин сарадње надлежних органа у вези са поступањем и обављањем послова на јединственом управном мјесту прописује Влада Републике Српске.

[42] Чланом 71а. прописано је да се достављање може вршити и електронским путем. Достава се сматра уредном када лице којем је писмено упућено потврди пријем писмена. У случају да лице којем је писмено упућено и након другог покушаја доставе од органа не потврди пријем, писмено упућено странци трећи пут сматраће се уредно достављеним од дана упућивања.

[43] Чланом 57а. прописано је да органи и странке, те друга лица која учествују у поступку могу комуницирати и у електронском облику. У погледу пријема, односно отпреме поднесака електронским путем примјењују се одредбе прописа којима се регулише е-пословање. Електронским путем достављен поднесак сматра се поднесеним у тренутку када је орган странци послао потврду о пријему поднеска. Ако орган који је примио поднесак из техничких разлога не може прочитати поднесак у електронској форми, о томе ће без одгађања, електронским путем или на други одговарајући начин, обавијестити подносиоца, који је дужан да поново пошаље поднесак у исправној електронској форми која је у употреби у том органу или га достави на други начин. Ако подносилац не достави исправан поднесак у остављеном року, сматраће се да поднесак није ни поднесен. Поднесци се предају електронским путем сваког дана у току 24 часа. Сматра се да је поднесак предат електронским путем благовремен ако је до истека рока примљен у систему за пријем поднесака.

[44] Чланом 197. прописано је да се рјешење може донијети и у електронском облику, у складу са Законом о електронском документу. На садржај рјешења у електронском облику примјењују се одредбе овог закона које се односе на рјешење у писаном облику.

ју само с једним управним органом који потом даље, комуницира у случају потребе са другим управним органима ради пружања услуге.

Дигитализација јавне управе у БиХ се одвија на неколико административних нивоа – од државног до јединица локалне самоуправе. Међутим, она није синхронизована. У овој области Република Српска је далеко напреднија од других административних нивоа из неколико разлога: први, што је спознала значај дигитализације и ставила га као један од кључних приоритета на врх политичке агенде, други, што је, за разлику од другог ентитета, Република Српска централизована на нивоу републичких органа управе те је било лакше покренути легислативне промјене унутар ентитета.

5. НЕГАТИВНЕ СТРАНЕ ДИГИТАЛИЗАЦИЈЕ

Успостава транспарентних и приступачних портала Е-управе, затим коришћење дигиталних алата за смањење административних препрека код интеракције између грађана и јавне управе, дигитализација јавних набавки, успостава дигиталних механизама за заштиту звиждача и узбуњивача од одмазде, само су неки од јасних показатеља да дигитална трансформација, између осталог, помаже и у борби против корупције, тј. значајно доприноси сузбијању ове негативне друштвене појаве која је горући проблем у транзицијским земљама каква је и БиХ.[45]

Међутим, осим несумњивих предности које су напријед приказане, дигитализација има засигурно и неке негативне последице по јавну управу, њено функционисање, грађане и њихов однос са државом те по безбједност личних података грађана. Било би превише очекивати да ће се дигитализацијом јавне управе ријешити сви проблеми у функционисању јавне управе. Чак и након увођења Е-управе постојаће бројне категорије грађана којима неће бити доступни њени сервиси, а то су махом старије особе, лица у тешком социјалном статусу који немају приступ интернету, лица која нису стекла основно образовање, слијепе и слабовиде особе (до тренутка кад се коришћење Е-управе у потпуности не прилагоди и овим лицима) и слично.

На крају крајева, управна дјелатност и управа су у многим земљама одлично функционисали и служили грађанима прије увођења Е-управе што само иде у прилог тврдњи да се ефикасност управе може успоставити и без њене дигитализације, али да то зависи од актера и

[45] UNDP, Сарајево, „*Сет алата за планирање дигиталне трансформације у јавном сектору, процјена дигиталне спремности организације: методологија и приручник*“ , *file:///C:/Users/j.starcevic/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/7VE7CJ59/Digitalna%20transformacija_WEB.pdf*, 9.

прописа. То такође, значи да се у БиХ неће ништа промијенити на боље уколико се истовремено са дигитализацијом не промијени свијест и ниво знања грађана и вршилаца управне дјелатности те ниво одговорности код потоњих за обављање својих послова и радних задатака. Негативне појаве које прате јавну управу са и без дигитализације, какве су корупција, непотизам, бирократизација и политизација свих управних дјелатности наставиће да постоје и након дигитализације уколико се озбиљно не приступи темељној и свеобухватној реформи јавне управе, само ће можда обим наведених негативних појава бити у некој мјери смањен због веће могућности контроле процеса.

Не смије се заборавити да дигитализација захтијева огромна финансијска средства која тренутно ентитетске владе, а ни власт на нивоу БиХ не може прибавити. Ту је и додатна обука кадрова која је до сада била потпуно занемарена. И све то треба ускладити са захтјевима за смањењем трошкова државне управе што су суштински два различита правца.

Безбједност личних података грађана је исто тако значајно питање које је непосредно повезано са дигитализацијом. Сервери влада и јавних институција у БиХ су већ неколико пута били на удару хакера и озбиљно погођени њиховим нападима, што намеће питање колико је власт спремна да уложи у заштиту и смањење „рањивости“ дигиталних система од угрожености спољним факторима, другим државама које имају своје интересе или терористичким нападима.

Заштита личних података је задњих година постала изузетно важна тема широм свијета. Дигитализација омогућује груписање, похрану и дијељење личних података на нивоима који до сада никада нису били могући. Лични подаци милијона људи постају предмет недозвољене похране, кориштења и злоупотребе, па тако и лични подаци које прикупљају институције јавне власти често буду противзаконито коришћени, дијељени и прикупљани од стране неовлаштених особа. Проблем који је постојао и прије дигиталног доба је сада вишеструко већи обзиром на лакоћу злоупотребе од стране особа које имају приступ базама података државних органа. Проблем с којим су суочене државе широм свијета и за које се још траже свеобухватнија рјешења често се спомиње као најнегативнији аспект дигитализације.[46]

Негативну страну дигитализације представља и отуђење јавне управе од непосредног контакта са грађанима. Све се више усмјерава према *он-лине* услугама и губи се непосредност контакта са корисни-

[46] Р. Храњец, „Негативни аспекти дигитализације, *https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/negativni-aspekti-digitalizacije-45140*, 2021.

цима јавних услуга. Непосредан људски контакт у неким сегментима особито социјалне заштите и даље остаје пресудан за ефикасно обављање законом прописаних дужности.[47]

6. ЗАКЉУЧАК

Дигитализација управе и креирање Е-управе је неминовна фаза у развоју јавне управе која у развијеним земљама Европе и свијета не представља будућност већ садашњост. У том смислу, БиХ је у великом заостатку, а јавна управа као сервис грађана дужна је да тим истим грађанима, односно корисницима јавних сервиса омогући што ефикаснији, економичнији и ефективнији начин задовољавања њихових потреба и заштите њихових права и интереса.

Постојећи правни оквир за успостављање Е-управе је квалитетно постављен, нарочито у Републици Српској и може представљати основ за даљу имплементацију дигиталног потписа и дигиталног документа, претварање мануелних у дигиталне сервисе и њихово увезивање у један интероперабилни систем који би био функционалан у свим својим сегментима до тзв. четврте фазе односно обављања цјелокупне „трансакције“ путем интернета. Неопходно је такође, донијети законе о електронској управи који ће системски уредити употребу информационо-комуникационих технологија, односно услове за успостављање, одржавање и коришћење интероперабилних информационо-комуникационих технологија од стране органа државне управе, јединица локалне самоуправе, установа, јавних предузећа и правних лица којима су повјерена јавна овлашћења.

Међутим, начин на који се дигитализација до сада одвијала у БиХ није и неће довести до очекиваних резултата све док у овом процесу равноправно не буду учествовале надлежне ентитетске власти, односно све док Европска унија и институције БиХ не прихвате реалност у којој егзистира јасна подјела надлежности и презумпција надлежности у корист ентитета унутар БиХ успостављена највишим правним актом, Уставом БиХ. Коректним политичким дијалогом могу се отклонити баријере које су тренутно постављене на процес дигитализације због чега велику штету трпе грађани, привредни сектор и држава у цјелости.

У буџетима надлежних власти неопходно је планирати већа средства за дигитализацију управе те посебну пажњу обратити на креирање ефикасне заштите система од спољашњих напада јер они постају све софистицираније и чешћи. Такође, обука кадрова, односно држа-

[47] *Ibid.*

вних службеника за коришћење Е-управе и прилагођавање организације радних мјеста и расподјеле радних задатака је једнако важна активност. На крају, не треба заборавити на обавезу упознавања грађана путем средстава јавног информисања и на друге начине са промјенама у јавној управи и предностима увођења Е-управе.

Све наведено јасно показује обимност и озбиљност посла који очекује институције јавне управе у БиХ у предстојећем периоду. Подсјећања ради, реформа јавне управе се налази међу четрнаест приоритета које је Европска комисија поставила пред БиХ услов за пуноправно чланство у Европској унији тако да посао на реформи није остављена на вољу надлежним властима као унутрашње питање већ је наметнута као дио далеко ширег процеса. Истини за вољу, ни друге државе које су јој се придружиле у посљедње двије деценије нису завршиле процес реформе јавне управе у тренутку пуноправног приступања Европској унији већ су одлуке о приступању доношене из комплексних политичких и социо-економских али и геостратешких разлога али без обзира на то, грађани БиХ имају право захтијевати, а власти у БиХ имају дужност и обавезу довести тај процес до краја.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Благовчанин, Срђан, “Реформа јавне управе у БиХ: 20 година (не)научене лекције“, *Зборник Радова „Двије деценије реформе јавне управе у БиХ – (не)научене лекције“*, Транспаренцу Интернационал, Бања Лука, 2023.
2. Отајагић, Ферид „Савремене тенденције у јавној управи“, А*нали Правног факултета Универзитета у Зеници*, Зеница, 2011.
3. Пусић, Еуген, „*Наука о управи*“, ХИИ Измијењено и допуњено издање, Загреб, 2002.
4. Шехрић, Едина „Развој концепта електронске управе у Босни и Херцеговини – изазови и перспективе“, *Анали Правног факултета у Тузли*, 2015.

Правни извори

1. Стратешки оквир за реформу јавне управе у БиХ 2018–2022, „Службени гласник БиХ“, број 85/18.
2. Акциони план за реформу јавне управе, „Службени гласник БиХ“, број 18/21.
3. Закон о електронском документу БиХ, „Службени гласник БиХ“, број 58/14.
4. Закон о електронском потпису БиХ, „Службени гласник БиХ“, број 91/06.

5. Закон о управном поступку БиХ, “Службени гласник БиХ" бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16.
6. Правилник о мјерама и поступцима употребе и заштите електронског потписа, средстава за формирање електронског потписа и система цертификације, „Службени гласник БиХ“, број 14/17.
7. Правилник о ближим условима за издавање квалификованих потврда, „Службени гласник БиХ“, број 14/17.
8. Одлука о усвајању оквира интероперабилности БиХ, „Службени гласник БиХ“, број 53/18.
9. Одлука о електронском пословању и Е-влади у Савјету министара, "Службени гласник БиХ", бр. 7/10.
10. Закон о Агенцији за информационо-комуикационе технологије, „Службени гласник Републике Српске“, број 90/23.
11. Закон о електронском потпису, „Службени гласник Републике Српске“, број 106/15 и 83/19.
12. Закон о електронском документу, „Службени гласник Републике Српске“, број 106/15.
13. Закон о електронском пословању, „Службени гласник Републике Српске“, број 59/09 и 33/16.
14. Закон о општем управном поступку, "Службени гласник Републике Српске", бр. 13/02, 87/07 - испр., 50/10 и 66/18.
15. Закон о безбиједности критичних инфраструктура у Републици Српској, „Службени гласник Републике Српске“, број 58/19.
16. Закон о информационој безбиједности, „Службени гласник Републике Српске“, број 70/11.
17. Правилник о посебним условима које морају да испуњавају цертификациона тијела, „Службени гласник Републике Српске“, број 78/16 и 108/19.
18. Правилник о евиденцији цертификационих тијела, „Службени гласник Републике Српске“, број 78/16.
19. Правилник о техничко-технолошким поступцима за израду квалификованог електронског потписа и других услуга повјерења и мјерама заштите електронског потписа И других услуга повјерења, „Службени гласник Републике Српске“, број 78/16.
20. Правилник о поступку издавања дозволе и уписа у регистар цертификационих тијела за издавање квалификованих електронских цертификата, „Службени гласник Републике Српске“, број 78/16.
21. Правилник о издавању временског жига, „Службени гласник Републике Српске“, број 112/16.
22. Закон о електронском документу Федерације БиХ, „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 55/13.
23. Правилник о садржају, облику и начину попуњавања пријаве за регистрацију и увјетима и поступку електронске регистрације пос-

ловних субјеката у Федерацији БиХ„„Службене новине Федерације БиХ“, број 34/24.

24. 26. Закон о електронском потпису Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, „Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине“, број 11/20.

Интернет извори

1. Храњец, Роберт, „Негативни аспекти дигитализације“, *https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/negativni-aspekti-digitalizacije-45140*
2. УНДП, Сарајево, „Сет алата за планирање дигиталне трансформације у јавном сектору, процјена дигиталне спремности организације: методологија и приручник“, *file:///C:/Users/j.starcevic/-AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/7VE7CJ59/Digitalna%20transformacija_WEB.pdf*
3. „Стандард развоја јавних Е-Услуга у Републици Хрватској – смјернице“, *https://rdd.gov.hr/UserDocsImages/e-Standardi/Standard%20-razvoja%-20javnih%20e_usluga%20u%20RH_Smjernice.pdf*
4. „Шта је дигитална јавна управа: Штедите вријеме, новац и "не фали вам папир", *https://www.klix.ba/vijesti/bih/sta-je-digitalna-javna-uprava-stedite-vrijeme-novac-i-ne-fali-vam-papir/240126016*
5. Вијеће Европске уније, Политика проширења ЕУ, Босна и Херцеговина, *https://www.consilium.europa.eu/hr/policies/enlargement/bosnia-herzegovina/*
6. Transparency international, „Процес интеграције БИХ у ЕУ: 14 приоритета из мишљења Европске комисије 4 године послије“, *https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2023/07/ispunjavanje-prioriteta-2023-prelom-WQ-1.pdf*
7. Ћузулан, Драган, „Процес реформе јавне управе је незаустављив и незамјењив“, Канцеларија координатора за реформу јавне управе, *https://parco.gov.ba/2021/03/18/dragan-cuzulan-proces-reforme-javne-uprave-je-nezaustavljiv-i-nezamjenjiv/*.
8. Ћузулан, Драган, „Морамо ревидирати постојећи Акциони план за реформу јавне управе и у том правцу имамо пуну подршку Европске комисије“, *https://parco.gov.ba/2023/07/26/dragan-cuzulan-moramo-revidirati-postojeci-akcioni-plan-za-reformu-javne-uprave-i-u-tom-pravcu-imamo-punu-podrsku-evropske-komisije/*
9. Центар за политике и управљање, *http://www.cpu.org.ba/blog-bih/post/2020/elektronska-uprava-u-bosni-i-hercegovini/*
10. ПАРЦО, Стратешки оквири за реформу јавне управе, *https://parco.gov.ba/rju/o-rju-2/strateski-okviri-za-rju/*
11. „Шта представља дигитализација?“ *https://www.netplanet.rs/index.-php/clanci/54-sta-je-digitalizacija*

Assistant Professor Jelena Starčević, LL.D.

Ministry of Scientific and Technological Development and Higher Education of Republic of Srpska

MODERN CHALLENGES OF PUBLIC ADMINISTRATION IN BIH -DIGITALIZATION AND E-GOVERNMENT

Summary

Bosnia and Herzegovina is currently at a digital crossroads. Torn between the necessity of reform in the processes of joining imposed by both the European Union and the accelerated development of society and economy on the one hand, and the impossibility of reaching political consensus on key issues concerning competences in the field of digitization on the other hand, BiH has been standing still for a long time, looking as the region rapidly catches up with the world. Digitization is no longer just a trend, but a necessity and a necessary prerequisite for a more efficient, transparent and economical public administration that will serve as a modern and expeditious public service for citizens. The Covid19 pandemic has shown that this is a reality and not just an empty words. However, the European Commission does not give up its intention to raise the digitization of public administration to the level of state institutions in the process of joining BiH, which puts the actually competent entity and cantonal institutions in a particularly unenviable position, at the same time marking them in front of citizens and service users as the main culprits for blocking the process. In this political game, the biggest damage is suffered by the citizens and the economy that cannot use digital services that makes life and business easier for millions of people around the world today. If we add the fact of generally low level of digital literacy of citizens and public administration officials who should be users and provides services via e-government, it is clear that the scale of the challenge of digitalization of public administration in BiH is great. The paper analyzes the existing positive legal framework in this area and performs a comparative analysis of regulations at all levels of government in BiH, pointing out their shortcomings and possible improvements. The paper also identifies obstacles that slow down the digitization process and suggests possible solutions. By examining these key aspects, the paper provides a deeper understanding of the current state of digitization and electronic administration in BiH, and contributes to the debate on the improvement of public services and the modernization of public administration in the country.

Key words: *Digitilization; Public Administration; E-Governance; Electronic Signature; Electronic Document.*

УДК/UDC 342.924(497.11)
СТРУЧНИ РАД / *EXPERT PAPER*

Јелена Миливојевић

Локални омбудсман града Крагујевца
Докторанд Правног факултета у Крагујевцу

ОГРАНИЧАВАЊЕ АКАТА ОРГАНА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ КРОЗ ПРАКСУ ОМБУДСМАНА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Аутор се у раду бави питањем односа органа државне управе и независних контролних органа који су снабдевени овлашћењем да контролишу њихов рад. Питање којим ће се посебно бавити тиче се овлашћења, поступка као и правног дејства одлука којим се то постиже. Централно место у раду биће у односу омбудсмана као независног и самосталног органа и органа државне управе који својим актима одлучују о правима и на праву заснованим интересима грађана. У овом делу реч је о обавезујућим или необавезујућим дејствима одлука којима се може утицати али и ограничавати дејство аката које доносе органи државне управе. Посебна пажња биће усмерена на препоруке којима омбудсмани указују на неправилности али и траже исправке истих, а у погледу заштите правних интереса.

Кључне ријечи: Права; Акти; Државна управа; Омбудсман.

1. УВОД

Питање ограничавања аката органа државне управе не може се посматрати без претходног осврта на систем поделе власти и организациону структуру органа у једном нормативном систему. Аутор се у овом раду бави проучавањем односа органа управе у мешовитом систему поделе власти са посебном освртом на поступање омбудсмана као независног и самосталног органа у правном систему Републике Србије. Иако је институција омбудсмана релативно нови инструмент контроле управе у правном систему Србије, његовој конституционализацији претходила је озбиљна промена како у организацији власти тако и нормативне регулативе која се њоме и бави. Однос органа вла-

Јелена Миливојевић, *jelenajovicickg@gmail.com.*

сти у једном таквом систему подразумева постојање адекватних система за контролу, ограничавање али и надзор над законитошћу и целисходношћу рада система јавне управе. Управо је то био и разлог за установљењем посебног органа који ће бити како проф. Јовичић наводи „спона између власти и народа“.[1] Премда је институт омбудсмана настао на подручју скандинавских земаља које карактерише систем тзв. негативног парламентаризма, исти се развија током деветнаестог и двадесетог века и у осталим правним системима без обзира на облик организације власти. Разлог за то је свакако у чињеници да је природа једног оваквог института суштински другачија од свих осталих облика организације органа у систему поделе власти. Наиме, када говоримо о појму омбудсмана не можемо рећи да се ради ни о судском, ни о законодавном, нити извршном органу, чак нема ни заједничких елемената у његовом поимању. Суштина је управо у специфичности која се огледа у његовој независности и самосталности као посебног органа.

У правном систему Републике Србије овај институт настао је обрнутим редоследом гледајући територијални статус његовог развоја.[2] Најпре се установљава на подручју јединица локалне самоуправе да би се касније установио на републичком нивоу. Организација рада, надлежност и одлуке које доноси приликом свога поступања имају директан утицај на органе управе које су и задужени да контролишу. Једно од кључних питања је однос који постоји између омбудсмана и других органа управе. Тај однос се може посматрати двојако. С једне стране, омбудсман је орган који примарно контролише рад других органа локалне самоуправе и тиме представља својеврсног браниоца законитости и правилности аката истих. С друге стране, омбудсман према органима локалне самоуправе иступа као самосталан и независан орган који штити права грађана и спроводи поступак по њиховим притужбама а ради заштите њихових права. Органи локалне самоуправе чији се рад контролише у поступку пред локалним омбудсманом су надлежне општинске/градске управе али и већа као извршни органи власти на локалном нивоу. Овде се прави разлика у зависности од тога да ли се иступа као првостепени или другостепени орган у поступку пред омбудсманом. Као резултат контролне функције омбудсмана може се иницирати измена одлука које доносе органи локалне самоуправе или наложити поступање истих по препорукама и предлозима које се даје тим поводом.

[1] М. Јовичић, *Омбудсман – чувар законитости и права грађана*, Београд 1969, 7–8.

[2] З. Јовановић, Ј. Миливојевић, „Заштита људских права кроз праксу омбудсмана у Републици Србији“, *Правна ријеч* 67/2023, 89.

2. НАСТАНАК И РАЗВОЈ ИНСТИТУЦИЈЕ ОМБУДСМАНА КАО НЕЗАВИСНОГ И САМОСТАЛНОГ ОРГАНА

Настанак институције нераскидиво је повезан са развојем људских права. Ипак, развој ове установе омбудсмана условљен је и развојем идеје о подели власти. Условљеност развојем људских и мањинских права може се посматрати још из античког периода и доба старог Рима. У том смислу, значајна је сличност између ове установе и установе „трибуна“ у старом Риму, чија је основна сврха била заштита права плебејаца. За разлику од трибуна постојали су и „цензори“ који су не само штитили права већ и контролисали рад службеника.[3]

Институција омбудсмана настала је у Шведској 1809. године, да би се након тога установила и у осталим скандинавским земљама, док ће се развити у остатку света до краја друге половине двадесетог века. Постојање ове установе не би било целисходно без претходно уређене организације власти и самим тим поделе функција између законодавне и извршне власти. Небитно да ли полазимо од теорија дихотомне или трихотомне поделе власти. Оно што је суштински важно је установљавање механизма ограничавања егзекутиве од стране легислативе. А то се постиже управо путем институције омбудсмана.

Сама реч „омбудсман“ шведског је порекла и означава „заступника“ или представника. Негде се користи термин „парламентарни повереник“ или „парламентарни тужилац“. Користи се и термин „чувар законитости“ као и „заштитник грађана“.[4] Различита терминолошка одређења условљена су различитим формама постојања ове установе у свету. Ипак, најзаступљенији је термин „омбудсман“. Један од разлога је свакако тежња да се пође од оригиналног шведског модела.

После Шведске, следећа у низу земаља која уводи омбудсмана је Финска. Уставом од 1919. године, установљено је постојање јединственог, самосталног и независног органа који ће бити надлежан за поштовање и спровођење законитости од стране цивилних и војних органа власти. Након Финске, Данска је уставом од 1953. године установила постојање омбудсмана, а потом 1955. године и донела Закон о увођењу омбудсмана.

Занимљиво да је први следећи у низу земаља, након скандинавских, за развој ове установе заслужан Нови Зеланд. Ово је последица утицаја Штефана Хорвица који је био у мисији промоције ове установе широм света па се тако и чуло на англосаксонском подручју за ову

[4] *Ibid.*

[4] *Ibid.*

установу. После Новог Зеланда то је учинила и Велика Британија као и низ других земаља.[5]

Док је установљавање ове установе у већини земаља предвиђено уставом као највишим правним актом, у другима то се ипак свело на законско регулисање овог института. Пример за то су Велика Британија, Нови Зеланд као и Немачка. То се може оправдати из два разлога. Први је негативна критика стручне јавности и неприхватање нечег новог и непознатог. Други је правна и друштвена условљеност организације државног и друштвеног апарата. То се посебно односи на Немачку након Другог светског рата. Друштвена условљеност није једини фактор настанка и развоја ове установе. Развој ове установе несумњиво је условљен развојем различитих механизама заштите људских и мањинских права, те је његова експанзија условљена развојем како међународних тако и националних видова њихове заштите. Ту се мисли на декларације о људским и мањинским правима, различите конвенције као и остале видове регулисања заштите. Како је ово питање постало интензивирано шездесетих година прошлог века то је и његова појава праћена равојем установе омбудсмана или како је проф. Јовичић назива „омбудсманија“.[6]

3. ПОСТУПАЊЕ ОМБУДСМАНА У ОДНОСУ НА ОРГАНЕ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Поступак пред омбудсманом карактерише више елемената који га чине другачијим у односу на поступке пред осталим државним органима. Иако се често наглашава да је реч о тзв. квазиуправном поступку, постоје одређени елементи по којима се овај поступак у много чему разликује од управног. С једне стране, поставља се питање карактера или природе контроле коју спроводи омбудсман и у том смислу полази се од одређења која је то врста контроле управе. Имајући у виду овлашћења која омбудсман има према органима управе које контролише, можемо рећи да се ради о тзв. спољној правној контроли са значајним ванправним овлашћењима. Основна карактеристика оваквог поступка произлази из начина на који се покреће и води, те аката којима се окончава. Покретање поступка карактерише могућност покретања по захтеву странке или по службеној дужности. Предмет контроле омбудсмана огледа се у контроли законитости и целисходности аката које доносе органи управе, организације и јавна предузећа, а која је овлашћен да контролише омбудсман.

[5] *Ibid.*
[6] М. Јовичић, 7–8.

Ако се поступак покреће по притужби грађанина, омбудсман је дужан да установи да ли има елемената да се поступак настави или оконча.[7] На овај начин, у року од петнест дана даје се овлашћење омбудсману да узимајући у обзир све околности случаја утврди да ли ће и како даље поступати. Ако има елемената да се настави са поступком контроле, омбудсман је дужан да обавести орган који је предмет контроле и да затражи све податке који су од значаја за даље поступање. Полазећи од тога да је омбудсман орган са примарном функцијомм заштите права грађана, поступак се не може покренути по анонимним пријавама. Право на покретање поступка пред омбудсманом има било које лице које сматра да му је актом или радњом органа или службе повређено неко људско или мањинско право. Подносилац притужбе може бити како домаћи тако и страни држављанин. Обавезни елементи притужбе су подаци о подносиоцу притужбе, органу или служби на коју се притужба односи, околности конкретног случаја, чињенице и докази који поткрепљују наводе из захтева, као и да ли је и која правна средства подносилац притужбе користио.[8]

Једна од основних карактеристика поступка пред омбудсманом јесте тајност поступка. На овај начин се штите како подносиоци притужбе тако и сва лица и подаци до којих се долази у поступку пред омбудсманом. Имајући у виду напред наведено, омбудсман је обавзан да све чињенице до којих дође у поступку чува као тајну како за време трајања мандата тако и по његовом окончању. Основни разлог за овакво одређење огледа се у чињеници да је омбудсман установљен као посебан орган који треба да буде гарант правне сигурности у друштву.

Пракса са којом се омбудсман често сусреће доводи до закључка да се грађани не жале толико на непоступање органа управе колико на третман неправедног, неразумног и незадовољавајућег поступања. Иако је увођење инситуције омбудсмана имало за циљ да исправи тзв. лошу управу, пракса је показала да се кроз рад омбудсмана не врши контрола управе у смислу утврђивања лоших поступања већ и успостављање механизама којима ће се унапредити заштита људских права. То се огледа кроз правну природу одлука које омбудсман доноси али и кроз овлаћења да буде посредник или нека врста споне између грађана и управе.

Омбудсман у поступку по притужби може да је одбаци уколико утврди да има недостатке, да је реч о анонимном захтеву, да не садр-

[7] Одлука о локалном омбудсману града Крагујевца, *Сл. лист града Крагујевца*, бр. 27/2019 и 37/2021, чл.18 и чл. 26.

[8] *Ibid.*

жи обавезне податке нити су они отклоњени у остављеном року, да се односи на рад органа који није надлежан да контролише, да је поднет по протеку рока застарелости за поступање и у другим случајевима када се притужба не односи на рад органа односно службе. Ако се поступак по притужби не одбаци, оставља се рок од петнаест дана за одговор на притужбу органу односно служби, као и достављање свих релевантих података, те доказа и чињеница на које се странка у притужби позива.[9]

Након разматрања достављених података органа односно службе, омбудсман окончава поступак на један од два начина. Први је обустава поступка, који подразумева да је омбудсман у току поступка утврдио да је орган односно служба у току поступка отклонио неправилности на које се притужба односи или ако је подносилац притужбу повукао. Друга ситуација подразумева да је поступак спроведен до краја и да се окончава доношењем одлуке од стране омбудсмана. Одлуке које омбудсман може донети су: препорука, мишљење и предлог. Актима које доноси на крају поступка омбудсман може предложити отклањање недостатака који су утврђени, дати предлоге за унапређење односа са грађанима, али и покренути дисциплински и кривични поступак тамо где утврди да за то постоји основ.

Међутим, одлуке које омбудсман доноси на крају поступка немају обавезујућу правну снагу. То је и основни недостатак поступка пред омбудсманом. Имајући у виду одсуство правних санкција, односно обавезујућег дејства, намеће се закључак о сврси контроле управе коју на овај начин спроводи омбудсман. Посматрајући све елементе поступка налазимо да је сврха контроле коју спроводи омбудсман, како остваривање јавних интереса, тако и заштита грађана. С друге стране, имајући у виду поступак пред омбудсманом као и овлашћења којима је снабдевен, поставља се питање да ли су овде субјекти контроле само органи или и службеници. Имајући у виду законске новине, које дају овлашћења омбудсманима и за покретање поступака према службеницима на положају као и могућност разрешења по захтеву омбудсмана, може се закључити да се предмет контроле помера са органа и на службенике.[10]

С обзиром на напред наведено, долазимо до закључка да је омбудсман важан елемент не само контроле управе, већ и да кроз ту

[9] Одлука о локалном омбудсману града Крагујевца, *Сл. лист града Крагујевца*, бр. 27/2019 и 37/2021, чл. 27.

[10] Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018, 114/2021, 92/2023, 113/2017 – др.закон, 95/2018 – др.закон, 86/2019 – др. закон,157/2020 – др.закон и 123/2021 – други закон, чл. 52, ст. 2.

контролну функцију у циљу заштите људских права доприноси унапређењу и развоју исте. Често се препорукама које даје омбудсман побољшава али и унапређује систем управе, уводе новине кроз предлоге за измену појединих одредаба као и одлука које се доносе. Иако у Републици Србији постоји нешто више од две деценије, омбудсман као посебан независан и самосталан орган који има уставну и законску категорију значајан је фактор за успостављање законитости и целисходности рада органа управе како у организацином, тако и у функционалном смислу.

4. ДЕЈСТВО ОДЛУКА ОМБУДСМАНА КАО НЕЗАВИСНИХ И САМОСТАЛНИХ ОРГАНА

Одлуке којим се окончава поступак пред омбудсманом су различите по својим модалитетима, па се овде говори о препорукама, мишљењима и предлозима. Препоруком се окончава онај поступак којим је омбудсман приликом утврђивања постојања повреде неког људског права утврдио да постоји неправилност или незаконитост рада органа управе. У таквим околностима омбудсман је овлашћен са правом да упути препоруку ради отклањања неправилности са остављањем рока за поступање по истој. Орган је у обавези да достави обавештење да ли је и у којој мери поступао по препоруци омбудсмана. Мишљење се доноси у оним ситуацијама када се кроз поступак утврди да постоји неправилно поступање органа управе са указивањем на природу неправилности и начина како би се она могла исправити. Предлог је усмерен на указивање на начин како би се могле неке одлуке изменити, а да би се ускладиле са законом или другим правним актом.

Посматрајући врсте одлука које омбудсман доноси, поставља се питање у којој мери се оне спроводе. Да ли је довољно да се остави рок за поступање по одлуци омбудсмана уз претњу обавештавања органа који га је изабрао у случају непоступања по захтеву омбудсмана. На овом месту наилазимо на основни „нормативни недостатак“ у положају омбудсмана. Полазећи од чињенице да препоруке нису обавезујуће, не постоји посебан механизам да се санкције утврде са степеном обавезности ка органу на који се односе. У пракси је битна моћ ауторитета омбудсмана наспрам принуде коначне судске пресуде, јер за разлику од судских органа чије одлуке имају обавезујући карактер омбудсмани нису снабдевени том јачином моћи утицаја на друге органе.

Ипак, пракса показује да је рад омбудсмана од изузетног значаја кроз једно средство којим је снабдевен, а то је могућност покретања

уставне иницијативе за променом законских и других аката по којима органи поступају. На овај начин, макар и посредно се обезбеђује утицај необавезујућих одлука омбудсмана, а осигурава се принцип индиректне контроле законитости рада управе.

Имајући у виду тзв. хибридни систем или модел омбудсмана који постоји у правном систему Србије, поред утицаја на органе управе кроз контролу њихових аката веома је значајно указати и на утицај одлука омбудсмана на развој и унапређење система заштите људских и мањинских права. Полазећи од надлежности да врши контролу аката и поступања органа управе са циљем заштите и унапређења људских и мањинских права, долазимо до закључка да су омбудсмани изузетно битан механизам за унапређење, развој заштите али и стварање нових начина за исто.[11] Кроз праксу омбудсмани често наилазе на проблеме који им дају идеју за развој сарадње и са другим органима који се баве заштитом и унапређењем људских и мањинских права чиме доприносе развоју функционалног система заштите људских и мањинских права.

Један од таквих примера је и сарадња коју је омбудсман града Крагујевца успоставио са инситутцијом правобранилаштва Града, чији циљ је било успостављање бесплатне медијације на подручју локалне самоуправе. Таквом сарадњом предвиђено је да омбудсман путем посредовања, у оним случајевима где то не може правобранилац, омогући брже и ефикасније решавање проблема грађана у односу према органима управе. На тај начин се и економичније решава спорно питање и омогућава уштеда како за грађане тако и за органе управе. На овај начин се кроз сарадњу и споразум страна ствара обавезујућа одлука којом се брже и лакше решава спорно питање. Дакле, у овом случају омбудсмани су не само инструменти контроле органа управе већ и помоћни и подршке унапређењу развоја и професионализације исте.

5. ЗАКЉУЧАК

Иако је институт омбудсмана релативно нов у правном систему Србије, кроз праксу се показало да је један од незаобилазних елемената за успостављање система контроле али и унапређења рада органа управе. Кроз одлуке које доноси, али и активности које предузима, омбудсман је као независан и самосталан орган у много чему битан фактор за успостављање правне државе и владавине права. С једне стране, актима којима усмерава поступање органа управе утиче на

[11] А. Кларић, „Институција локалног омбудсмана – упоредна искуства из свијета и у граду Београду“, *Администрација и јавне политике* 1/2020, 93.

остваривање и заштиту људских и мањинских права, док с друге стране исправља неправилности и незаконитости у њиховом раду. Иако његове одлуке немају обавезујући карактер, ауторитет омбудсмана којим делује с циљем заштите права чине га посебним елементом за развој и унапређење у правним системима где је предвиђен.

Контролна функција омбудсмана је двојака. У првом степену, контролише се рад органа односно службе на коју је усмерена притужба грађанина. У другом степену, приступа се контроли од стране непосредно вишег органа односно органа који врши надзор над радом органа односно службе који се контролише. Другостепена контрола наступа тек када се не испоштује препорука или мишљење омбудсмана. Осим контролне функције, значај ове институције огледа се и кроз његово одређење као „гаранта“ сигурности и заштите не само људских већ и мањинских права на локалном нивоу. Колико је значајан као орган у систему заштите људских права, говори нам и пракса појединих држава које немају своје националне омбудсмане али имају специјализоване омбудсмане за област заштите одређених људских права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Јовичић, Миодраг, *Омбудсман – чувар законитости и права грађана*, Београд 1969;
2. Јовановић, Зоран, Миливојевић Јелена, „Заштита људских права кроз праксу омбудсмана у Републици Србији“, *Правна ријеч* 67/2023;
3. Кларић, Александар, „Институција локалног омбудсмана – упоредна искуства из свијета и у граду Београду“, *Администрација и јавне политике* 1/2020.

Правни извори

1. Закон о Заштитнику грађана, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 105/2021;
2. Закон о локалној самоуправи, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон, 47/2018 и 111/2021 – др. закон;
3. Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018, 114/2021, 92/2023, 113/2017 – др. закон, 95/2018 – др. закон, 86/2019 – др. закон,157/2020 – др. закон и 123/2021 – други закон;
4. Одлука о локалном омбудсману града Крагујевца, *Сл. лист града Крагујевца*, бр. 27/2019 и 37/2021.

Jelena Milivojević, LL.M.

Local ombudsman of the City of Kragujevac

ON LIMITING THE IMPACT OF THE STATE ADMINISTRATION ACTS BY OMBUDSMAN IN THE LEGAL SYSTEM OF SERBIA

Summary

In this work, the author deals with the issue of the relationship between state administration bodies and independent control bodies. The author will specifically address the authorization of procedures and the legal impact of decisions. The central focus of the work will be on the ombudsman's role as an independent and neutral body and the state administration system. This primarily concerns the binding and non-binding effects of decisions, which can influence and limit the impact of acts passed by administrative bodies. Special attention will be paid to the recommendations by which the ombudsman points out irregularities but also seek corrections in terms of the protection of legal interests.

Key words: *Law, Acts; State administration; Ombudsman*.

UDC/УДК 351.941
EXPERT PAPER / *СТРУЧНИ РАД*

Ivan Petrović, LL.M.

Deputy Local Ombudsman of the city of Kraljevo

THE PROACTIVE ROLE OF THE INSTITUTION OF THE LOCAL OMBUDSMAN IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AGAINST THE SYSTEMATIC VIOLATION BY ADDOPTING ILLEGAL ACTS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT BODIES

In the paper, the author focuses on the role of the Local Ombudsman, specifically highlighting the illegality of general act norms imposed by local self-government mayors. These norms contravene the Law on Local Self-Government when it comes to establishing special professional services and general acts. Additionally, decisions made by local self-government assemblies in relation to penal policy, specifically regarding the prescription of fines, violate the Law on Misdemeanors. In this context, the author highlights the illegality of the executive bodies of local self-government establishing special professional services, despite this being expressly within their jurisdiction. This creates a conflict of interest in the selection and appointment of managers for these special professional services. The author also highlights the illegitimate imposition of fines, which the misdemeanor courts in the Republic of Serbia use to issue rulings that lack legal force, thereby infringing upon the citizens' guaranteed constitutional rights. In addition, the paper highlights the significance of establishing a local ombudsman to stop such infringements. This will enable local self-government assemblies to eliminate the aforementioned illegalities, preventing future occurrences that could harm citizens' rights and the Republic of Serbia's judiciary.

Key words: Local Ombudsman; Law on Misdemeanors; Law on Local Self-Government; General act; Decision; Illegality; Citizens' rights.

Ivan Petrović, *ivanpetrovicjoske@gmail.com*.

1. INTRODUCTION

The institution of the ombudsman has a long and varied history, since in ancient times, Egyptian kings used complaint officers at their courts. Moses appointed such officers to respond to the complaints of the Hebrew people. During the Roman Republic, two censors listened to complaints about maladministration by those in power and served as observers of administrative actions. In China's Han Dynasty, the controlling Yuan served the same function.

The very name "ombudsman" comes from the practice of the medieval Germanic language of the tribe by Norse word *umboðsmaðr*. In these decentralized, informal governments, only two punishments were available to convicted lawbreakers: (1) they could be declared "outlaws" allowing anyone to take their lives; or (2) may be punished. If punished, the offender's family was expected to pay the fine to the victim's family. To avoid further conflict between the two families, a neutral third party was appointed to collect the fine and deliver it to the victim's family. Imagine a helmeted Viking marching up to the door of a medieval Norse hut. The man from the house answered the call, and then shouted to his family: "That's the man who came to collect the fine, that's the umboðsmaðr." "Umboðs" means "commission", "Maðr" comes from "man" - one who visits in connection with an offer is an ombudsman, neutral representative of authority. Over time the word referred to any kind of agent.[1]

The institution of ombudsman was created in Sweden in 1713, and after the military defeat by Russia, the Swedish king left the country and sought refuge in Turkey. While in exile, the king appointed his representative at home to oversee the conduct of the administration and judiciary during his absence. That representative is appointed as an ombudsman.

In 1809, the king was deposed and a new Constitution was adopted. The Constitution authorized the appointment of an ombudsman to the Assembly, and the parliament was supposed to supervise the use of executive power through the ombudsman. Despite this change, the functions of the ombudsman remained intact. However, over the years the institution has undergone a metamorphosis. According to Linda Reif, the ombudsman institution has evolved over time and changed from a purely legislative observer to a process based on public complaints.[2]

[1] I. Petrović, I. Pejović, „Ombudsman i medijacija – budućnost alternativnog rešavanja sukoba u javnom sektoru", *Zbornik radova „Razvoj i unapređenje institucije ombudsmana u funkciji zaštite ljudskih prava"* (ur. Z. Jovanović, J. Milivojević), Kragujevac 2023, 85–105.

[2] L. Reif, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Marinus Nijoff, Leiden 2004, 4.

In mid-1983, approximately 21 states had an ombudsman institution at the national level, and 6 had an institution at the provincial/state or regional level.

In recent years, there has been a massive expansion of the ombudsman institution as a consequence of the transition of many countries towards democracy and democratic government structures.

The transition to democracy accompanied by government reforms has been observed primarily in Latin America, Central and Eastern Europe, and also in parts of Africa and Asia Pacific. Countries that have established their own ombudsmen at that time include Argentina, Costa Rica, Colombia, Guatemala, Peru, Namibia, South Africa, Poland, certain francophone African countries, Hungary, Lithuania, Slovenia, the Czech Republic, Thailand and the Philippines.

The ombudsman institution today, regardless of the above-mentioned variations, is responsible for joint supervisory functions in the areas of protection, promotion and enforcement of basic human rights and freedoms, good governance and the rule of law.

By 2001, the institution of the ombudsman at the national level had spread to about 110 countries in the world. In many countries there are also regional, city and provincial ombudsmen, and some countries have ombudsmen at the national, regional and sub-national level.[3]

There are two types of ombudsman institutions located in different parts of the world. They are determined by the nature and extent of the mandate of the respective offices. There are "classic ombudsman" offices that largely retain the form and role of the original Swedish ombudsman, whose function was mainly to combat maladministration in public sector agencies. There is also what is called a "hybrid human rights ombudsman" that combines both the traditional roles of an ombudsman and a human rights commission.

Today, there are very few purely traditional ombudsman offices, as many developed and developing countries have decided to give such an ombudsman additional duties, such as monitoring freedom of information, privacy and/or whistleblower protection laws, etc. On the other hand, human rights ombudsman institutions are hybrid in nature. Some resemble a classic ombudsman, while others are more akin to pure human rights commissions.

The dictionary generally defines an ombudsman as a civil servant who investigates complaints against the government or its officials. Based on its

[3] "Origin of ombudsman institutions in the world", *https://www.varuh-rs.si/en/about-us/history/origin-of-ombudsman-institutions-in-the-world/*.

functions, the Ombudsperson is also described as a public defender, an appellant, a guardian of legal guardians, a voice of citizens and a citizen's advisor. In essence, the Ombudsperson protects citizens from injustices committed by civil servants.[4]

2. HISTORY OF OMBUDSMAN INSTITUTION IN SEBIA

According to important regulations, in Serbia, the institution of ombudsman can be established at republican, provincial and local levels. However, unlike the first two levels, the establishment of an ombudsman at the local level does not represent an obligation established by law.

The Ombudsman became part of the legal system of the Republic of Serbia in 2005, when the Law on the Ombudsman was passed. The election and powers of the Protector of Citizens are regulated by the Constitution of the Republic of Serbia from 2006, and the first Protector of Citizens, Saša Janković, took office on July 23, 2007, by taking the oath before the members of the National Assembly. The Protector of Citizens has four deputies elected by the National Assembly, who assist the Protector in performing his duties.[5]

The institution of the Local Ombudsman was first established at the provincial level in 2002 in Vojvodina.[6][7]

At the local level, the first ombudsman was established in Bačka Topola in 2003, and today they exist in thirteen (out of 173) local self-government units.[8]

3. INSTITUTION OF OMBUDSMAN

The ombudsman institution is an independent body that protects and promotes the exercise of citizens' rights, controlling whether the authorities and organizations entrusted with public powers work legally and properly. The institution of the ombudsman examines with particular attention ethics, conscientiousness, impartiality, expertise, expediency, effectiveness, respect for the dignity of the party and other qualities that should charac-

[4] I. Petrović, I. Pejović.

[5] *https://www.ombudsman.rs/index.php/o-nama*.

[6] Law on establishing certain competences of the Autonomous Province of Vojvodina, *Official Gazette of the RS*, no. 6/2002.

[7] Provincial Assembly Decision on the Provincial Ombudsman, *Official Gazette of AP Vojvodina*, no. 23/02.

[8] *Pro i contra analiza nadležnosti zaštitnika građana*, Komitet pravnika za ljudska prava – YUKOM, Beograd 2021.

terize the administration, and which citizens have every right to expect from those they pay for as taxpayers.[9]

Advantages of local self-governments in which the institution of the Local Ombudsman was established:

- the ombudsman has the power and responsibility to proactively identify and resolve issues that cause concern for the principle of good administration;
- can give a specialist neutral assessment and write recommendations to the parties in dispute about what they could or should do;
- can resolve disputes with the power of persuasion and reasoning, so that the parties to the dispute do not necessarily have to meet or negotiate with each other;
- solves disputes reasonably and objectively, represents the public interest;
- can give an opinion, before disputes arise between public administration and citizens;
- can review trends and develop and promote best practices that can benefit stakeholders.

The ombudsman is an independent and impartial person who investigates complaints from individuals or groups. The ombudsman has the authority to give recommendations and opinions, which are not legally binding. The role of the ombudsman is to provide a confidential and informal way to resolve disputes.

4. LEGAL FRAMEWORK OF LOCAL SELF-GOVERNMENTS FOR THE ADOPTION OF REGULATIONS AND OTHER LEGAL ACTS

The right of a local self-government unit (hereinafter: LSGU) to independently regulate the organization and competence of its bodies, as well as to regulate its own affairs, is established in the Constitution of the Republic of Serbia,[10] the European Charter on Local Self-Government,[11] the Law on Local Self-Government,[12] and then specified in numerous other laws.

[9] I. Petrović, I. Pejović.

[10] The Constitution of the Republic of Serbia - the Constitution, *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006 and 115/2021.

[11] European Charter on Local Self-Government - ECLSG, *ETC*, no. 122.

[12] The Law on Local Self-Government - LSG, *Official Gazette of RS*, no. 129/2007, 83/2014 - other law, 101/2016 - other law, 47/2018 and 111/2021 - other law.

According to the Constitution, the LSGU independently, in accordance with the Constitution and the law, prescribes the organization and competence of its organs and services (Article 179), i.e., independently, in accordance with the law, regulates issues of importance for the performance of work within its own scope established by law (Article 190. paragraph 1), adopts the budget and final account, urban planning and development program, determines its symbols and their use (Article 190, paragraph 3), prescribes offenses for violations of those regulations (Article 190, paragraph 5).

The concept of local self-government, established by Article 3 of the ECLSG, is also based on the principle of independence of local self-government, which implies the right to be independent regulation of affairs from its own scope and management of those affairs, which is achieved within the framework of the law and in accordance with the principle of constitutionality and legality, with the request that is carried out in the interest of the local population. The Republic of Serbia is an opportunity ratification of the ECLSG in 2007 (which made the ECLSG a part of our legal order, by legal force immediately below the Constitution, and before laws and other sources of law) decided to as mandatory, among others, accept the aforementioned provision of Article 3 of this charter.

The Law on Local Self-Government took over and elaborated the aforementioned provisions of the Constitution and ECLSG. It is stipulated that LSGUs, in exercising their competence, issue regulations independently, in accordance with their rights and duties established by the Constitution, the law, other regulation and statute (Article 5, paragraph 1). The provisions of this law which are certain responsibilities of the municipality (Article 20), that is, the responsibilities of the assembly executive bodies of the municipality (and within them also the competence to pass legal acts), normative acts that must be adopted by LGUs are defined (statute, budget and final account, spatial and urban plan, development program, certain public documents politics, etc.), as well as areas in which regulations and other general acts municipalities regulate issues from their original jurisdiction. It is also foreseen the possibility of entrusting LSGUs with certain issues within the jurisdiction of the Republic of Serbia, i.e., autonomous provinces, with the fact that the rights and obligations of LSGUs are entrusted to them jurisdiction, as well as the powers of the Republic of Serbia and autonomous provinces in supervision over the exercise of entrusted competences, shall be regulated by law.

A number of other laws specify the issues that are regulated by the general law acts of LSGUs. These laws, as a rule, contain a specific authorization for adoption of a certain act from jurisdiction

LSGU (legal basis that determines the scope and content, and thus the form, i.e., the type of that acts). The authority to enact local regulations is most often formulated in such a way that municipality "enacts" or "determines", "regulates", "prescribes", "establishes", "educates" and Similarly.

In accordance with the mentioned sources of law and based on them, the statute of LSGUs, among other things, they specify the issues that are regulated by the general acts of the LSGU and determine authority of the authorities for their adoption.

5. THE PLACE OF LOCAL REGULATIONS IN THE HIERARCHY OF LEGAL ACTS

The legal order in the Republic of Serbia is unique (Article 194, Paragraph 1 of the Constitution). That means that all legal acts passed by competent entities in the prescribed procedure form, must be mutually agreed upon, i.e. that legal acts of lower legal force they must be in accordance with acts of higher legal force. The legal force of the normative of an act determines the degree of influence that act exerts on other normative acts and that determines and its place in the hierarchy of legal acts in a legal system.

Since legal acts are passed by different entities and they can have different nature, content and form, a prerequisite for achieving legal unity of the system is a clear determination of the authority responsible for the adoption of the appropriate legal act, as well as determining the type (form) of the legal act that that body can issue. In our legal system, regulations and other general acts are passed by state bodies, authorities territorial autonomy and local self-government.

The Constitution is a legal act with the highest legal force, which in our legal system adopted by the National Assembly and citizens by referendum, according to a special procedure. Like the highest legal act, all other normative acts are subordinated to the Constitution.

Confirmed international agreements and generally accepted international rules rights are an integral part of our legal order, and confirmed international agreements are legal force directly under the Constitution. Confirmed international agreements must not be in contrary to the Constitution (Article 194, Paragraph 4 of the Constitution), while laws and other general acts do not may conflict with ratified international treaties and generally accepted rules of international law (Article 194, Paragraph 5 of the Constitution).

The laws are, after the Constitution and confirmed international treaties and generally accepted rules of international law, the highest legal acts in the legal system. They are passed by the legislative body (in our coun-

try, the National Assembly), by special order legislative procedure. They are based on the Constitution and represent a source of rights for everyone other legal acts of lower legal force.

By-laws are general legal acts whose legal force is weaker than laws and which are passed for the purpose of executing the law, and must be in accordance with the provisions of the law for the purpose of which they were brought. They are adopted by the Government, state administration and, in exceptional cases, local self-government bodies and other public authorities designated by law (as an entrusted job). For the adoption of these acts, an express law is required authorization, they must be in accordance with the Constitution and the law and they cannot be changed create new obligations for legal entities. By-laws are: decrees passed by it The Government (in terms of legal force, they are immediately below the law) and Government decisions, then regulations, orders and instructions (administrative regulations) issued by state administration bodies (ministries and special organizations), as well as administrative regulations adopted by the owners public authorities, including LGUs, in accordance with the law entrusted to them enactment of regulations.

Regulations and other general acts adopted by LSGUs within the framework of the Constitution and the law established competences, are an integral part of the unified legal order of the Republic of Serbia and, therefore, subordinate to the norms of state law, with which they must be in consent. They are hierarchically lower than state regulations and about their compliance with acts of higher legal force must be taken into account during the entire preparation process, adoption and validity of those acts.

According to the Constitution, statutes, decisions and all other general acts of LSGUs must be agreed with the Constitution (Article 194, paragraph 3 of the Constitution), must not be in contradiction with what has been confirmed international agreements and generally accepted rules of international law (Article 194, paragraph 5 of the Constitution), must be in accordance with the law (Article 195, paragraph 2 of the Constitution), and all general acts of LSGUs must also be in accordance with their statutes (Article 195, paragraph 3. of the Constitution).

6. TYPES OF LEGAL ACTS OF LOCAL SELF GOVERNMENT UNITS

All legal acts adopted by LSGUs can be divided into two basic groups.

The first group consists of general legal acts - regulations and other general acts. These acts they contain legal norms of a general nature that establish rules of conduct in advance an unspecified number of cases and persons.

The second group consists of individual, concrete legal acts, which set legal norms of a general character are individualized, applied to individual cases, that is individual persons in certain situations.

6.1. Basic types of general acts from the original scope

Statute – the highest legal act of the LSGU, whose title and author (assembly) are determined by the Constitution and LSG. In addition, the LSG determines a special adoption procedure (by a majority vote of the total number of councilors) and the content of the statute (Article 11 of the LSG).

It is the highest expression of self-governance of LSGUs, limited only by the principle of constitutionality and legality.

Since the statute is the highest legal act, all regulations and other general legal acts of LSGUs must be in accordance with the statute

Decision - the most numerous and significant form of local regulation.

The legislator of this type of regulation is the assembly, and only in exceptional cases, an act in the form of a decision can be passed by another LSGU body, when this is provided for by law and statute. Such is the case with the decision on temporary financing, which is adopted under the prescribed conditions by the municipal/city council (further on, the term council will also be used).

Every decision of the LSGU is made on the basis of the express authorization contained in the law and in the statute.

Like other general acts of the LSGU, it must be in accordance with the Constitution, the law and the statute of the LSGU, and the decisions made by the LSGU on the territory of the autonomous provinces must also be in accordance with the provincial regulations.

Although they have the same name (decision) and the maker (local assembly), according to the content, that is, the issues that are regulated by them, according to the nature of the provisions they contain, as well as the way they are expressed and other features, we can distinguish three types of decisions.

The first type consists of decisions that are of a normative nature, which are regulations in the full sense of the word because they contain norms of a general nature by which LGUs regulate relationships and situations in the areas that are within their original jurisdiction, i.e., regulate the exercise of their rights of succession, the organization and work of organs, as well as numerous issues important for the performance of tasks within their jurisdiction. These decisions contain generally binding rules of conduct for all legal and natural persons who find themselves in situations to

which the regulation refers. This type of LSGU regulation can, in accordance with the law, establish the rights and obligations of legal and physical entities to which the decision refers and prescribe misdemeanors and misdemeanor sanctions for violating their provisions. These regulations represent the essence and the most important content of the normative function of LGUs.

The content of these decisions in the material sense is determined by the law, primarily the LSG (Art. 20 and 32), and the statute of the LSGU. Typical representatives of this group of decisions are decisions regulating communal activities, local transportation, use of construction land and business premises; prescribes the working hours of catering, trade and craft facilities; determine the rates of source income, as well as the amount of local taxes; organized by the organization of the municipal/city administration, the municipal attorney's office or the local ombudsman and the like.

The second group consists of decisions that adopt other acts (budget, final account, founding agreement, cooperation agreement, etc.). These decisions are also regulations, but their basic content is determined in the act that is adopted by them and which is an integral part of that decision. Some of these acts, such as the budget and the final account, the LSGU is obliged to pass according to the Constitution and the law.

The third group of decisions consists of decisions that decide on a very specific issue (the formation of a working body that is not formed by the parliamentary rules of procedure, the calling of referendums, etc.). These decisions do not contain general norms and therefore are not regulations, but represent specific, concrete decisions.

The founding act is a specific general act by which LSGUs establish services, public enterprises, institutions and organizations determined by its statute.

Such authorization of LSGUs is generally determined by LSG, and then regulated in more detail by other appropriate laws. The foundation act is adopted by the assembly of LSGUs, and its content is, as a rule, precisely determined by law (the issues that must be included in this act are listed in detail).

However, as a rule, the laws do not determine the type or form of the founding act adopted by the LSGU, and the practice of the LSGU in this regard is different (the founding act is adopted in the form of a decision or in the form of resolutions). In order to standardize the actions of LSGUs with regard to the form of the founding act, the question arises, as before, whether the founding act is a specific or a general legal act.

If it is taken into account that the founding act refers only to a specific subject and that it contains specific provisions that determine the legal

status, affairs (activity), organization and work of that subject, it can be stated that the founding act is not a general act, because a general legal act, by definition, it contains general legal norms that refer to an indefinite number of persons and cases (which is not the case here). This attitude has been prevalent in our legal theory and legislation for decades, as well as in constitutional judicial practice. However, in recent times there has been a departure from this attitude. Thus, the Law on Public Enterprises defines the founding act as a general act with which the general acts of a public company must be in agreement, which points to the conclusion that the founding act is a general act, regardless of which authority passes it (republican, provincial and local) and that it is subject to evaluate constitutionality and legality.[13]

7. COURT PRACTICE AS A CREATOR OF PENAL POLICY

In exercising their judicial functions, judges are obliged to provide equal, fair and legal protection to all parties. Different decisions by courts in identical factual and legal situations, inconsistent and uneven judicial practice represent a violation of the right to a fair trial from Article 32 of the Constitution and Article 6, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights.[14] Therefore, the role of court practice in the creation of penal policy is of great importance, because its purpose is to prevent, to the greatest extent possible, non-compliance with the Constitution and laws and legal positions taken, and with the aim of predictability of court decisions in the same factual and legal situations.

The large number of regulations by which the judges of misdemeanor courts act, the large number of misdemeanor sanctions they can impose, as well as the fact that they come into contact with the largest number of citizens, compared to other courts, indicate the importance of misdemeanor courts and their role in society. Consistent application of regulations, compliance with the Code of Ethics, constant training in order to master the matter in which they act, compliance with the principle of equality of all citizens before the law, standardization of criminal policy will achieve general and special prevention and gain public trust in the work of the courts.

[13] R. Josipović, B. Čukić, Lj. Lazić, *Priručnik za izradu propisa lokalne samouprave*, Beograd 2019.

[14] European Convention on Human Rights *Official Gazette of SCG - International Treaties*, no. 9/2005, 7/2005 - corrected and *Official Gazette of RS* - International Agreements, no. 12/2010.

If the punishment is not adequate to the severity and type of offense committed, the degree of guilt of the defendant and the resulting consequences, the expected purpose cannot be achieved.

8. PROBLEMS IN PRACTICE

8.1. Decisions prescribing penal provisions

The basis for prescribing a repressive or punitive policy in the local self-government system is contained in the provisions of Article 190, paragraph 5 of the Constitution, which prescribes that the municipality - city, in accordance with the law, prescribes offenses for violations of municipal regulations.

Article 39, paragraph 1 of the Law on Misdemeanors,[15] it is prescribed that a fine may be prescribed by law or regulation in the range of:

1) from 5,000 to 150,000 dinars for a natural person or responsible person;

2) from 50,000 to 2,000,000 dinars for a legal entity;

3) from 10,000 to 500,000 dinars for an entrepreneur.

Article 39, paragraph 2 of the same law stipulates that, except for the provisions of paragraph 1 of this article, a fine can be prescribed in a fixed amount for a natural person and a responsible person from 1,000 to 50,000 dinars, for an entrepreneur from 5,000 to 150,000 dinars, and for a legal entity from 10,000 to 300,000 dinars.

Article 39, paragraph 3 of the same law stipulates that the Decisions of the assembly of the autonomous province, municipal assembly, city assembly or Belgrade city assembly may prescribe fines only in a fixed amount, from the minimum to half of the maximum fixed amount prescribed in paragraph 2. of this article.

On the basis of the above, local self-governments cannot impose monetary fines in a range, but only in a fixed amount for:

- a natural person and a responsible person, a maximum of 25,000.00 dinars,
- entrepreneurs, a maximum of 75,000.00 dinars, and
- legal entity, a maximum of RSD 150,000.00.

However, the practice of determining penal policy from the side of local self-governments is quite different. Which can be determined based on the following analysis:

[15] Law on Misdemeanors, *Official Gazette of the RS*, no. 65/2013, 13/2016, 98/2016 - decision of the CC, 91/2019, 91/2019 - other law and 112/2022 - decision of the CC.

8.1.1. City of Kraljevo

The Decision on working hours in trade, craft and catering facilities in the territory of the city of Kraljevo,[16] in the provisions of Article 23 and 24, prescribes monetary penalties for entrepreneurs, natural and legal persons, and for the responsible person with ranges from 2,500.00 to 500,000.00 dinars.

The Decision on the Symbols of the City of Kraljevo,[17] in the provisions of Article 32 and 33, prescribes fines for entrepreneurs, natural and legal persons, and for the responsible person with ranges of 250.00 up to RSD 500,000.00.

The Decision on water supply and sewerage,[18] in the provisions of Article 81, 82 and 83, prescribed fines for entrepreneurs, individuals, legal entities, and for the responsible person with ranges from 5,000.00 to 1,000,000.00 dinars.

Thanks to the Initiative of the Local Ombudsman number 8 - 174/22 of April 27, 2022, the above decisions have been amended and supplemented.

The decision on the conditions and method of supplying heat energy to the city of Kraljevo,[19] in the provision of Article 84, prescribed a fine for PUK "Toplana" Kraljevo in the range from 50,000.00 to 1,000,000.00 dinars. By the provisions of Article 85, the Jenova fine was prescribed for buyers as legal entities, in the range from 250,000.00 to 1,000,000.00 dinars, and for entrepreneurs in the range from 2,500.00 to 250,000.00 dinars.

By looking at the aforementioned articles of the Decision, more precisely the ranges of fines, it is undoubtedly possible to determine not only the illegality of the imposition of fines, in accordance with the provisions of Article 39 of the Law on Misdemeanors, but also the existence of discrimination, i.e. placing the JKP "Toplane" Kraljevo in a privileged position, in relation to other legal entities, and in that way the decision-maker violated the principle of prohibition of discrimination, in accordance with Article 21 of the Constitution.

[16] The Decision on working hours in trade, craft and catering facilities in the territory of the city of Kraljevo, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 20/2010.

[17] The Decision on the Symbols of the City of Kraljevo, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 17/2009.

[18] The Decision on water supply and sewerage, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 3/2015, 29/2015, 2/2018 and 52/2020.

[19] The decision on the conditions and method of supplying heat energy to the city of Kraljevo, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 20/2010, 28/2013 and 44/2020.

Thanks to the initiative of the local ombudsman number 14-456/22 of October 17, 2022, the aforementioned decision was amended and supplemented.

8.1.2. City of Čačak

The decision on the public water supply and sewerage system of the City of Čačak[20] in the provisions of Article 84 and 85 prescribes fines for entrepreneurs, natural and legal persons, and for the responsible person with ranges from 5,000.00 to 500,000.00 dinars.

The Decision on House Rules in Residential Buildings[21] in the provisions of Article 30, 31 and 32 prescribes fines for entrepreneurs, natural and legal persons, and for the responsible person with ranges of 5,000.00 up to 250,000.00 dinars.

8.1.3. Municipality of Bor

The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy[22] in the provisions of Article 85 and 86, fines for entrepreneurs, natural and legal persons, and for the responsible person are prescribed in the range from 5,000.00 to 1,000,000.00 dinars.

8.1.4. City of Kruševac

The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy to the City of Kruševac[23] in the provisions of Article 79 and 80, fines are prescribed for entrepreneurs, natural and legal persons, and for the responsible person with a range of 2,500.00 up to RSD 100,000.00.

8.1.5. City of Leskovac

The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy[24] in the provisions of Article 109 and 110, fines for entrepreneurs are

[20] The decision on the public water supply and sewerage system of the City of Čačak, *Official Gazette of the City of Čačak*, no. 13/2008 and 9/2011 - other decisions.

[21] The Decision on House Rules in Residential Buildings, *Official Gazette of the City of Čačak*, No. 11/2015.

[22] The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy, *Official Gazette of the Municipality of Bor*, no. 16/2013 and 27/2015 and *Official Gazette of the City of Bor*, no. 13/2018, 61/2020, 23/2021, 23/ 2023 and 47/2023.

[23] The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy to the City of Kruševac, *Official Gazette of the City of Kruševac*, No. 6/2011.

[24] The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy, *Official Gazette of the City of Leskovac*, no. 11/2023.

prescribed in the amount of 100,000.00 instead of 75,000.00, the responsible person of the Energy Subjects with a fine in the amount of 50,000 0.00 dinars instead of 25,000.00, legal entities 500,000.00 instead of 150,000.00 dinars.

8.1.6. City of Pančevo

The decision on the use of the name, coat of arms and flag of the City of Pančevo[25] in the provisions of Article 17 prescribes fines for entrepreneurs, individuals, legal entities, and for the responsible person with ranges from 500.00 to 100,000.00 dinars.

8.1.7. City of Požarevac

The Decision on the Use of the Coat of Arms and Flag of the City of Požarevac[26] in the provisions of Article 20 and 21 prescribe fines for entrepreneurs, natural and legal persons, and for the responsible person with ranges from 500.00 to 100,000.00 dinars.

8.1.8. City of Subotica

The Decision on the use of the name, coat of arms and flag of the City of Subotica[27] in the provisions of Article 35, fines are prescribed for entrepreneurs, natural and legal persons, and for the responsible person with a range of 2,500.00 up to RSD 1,000,000.00.

8.1.9. City of Kikinda

The Decision on public parking lots and removal of vehicles[28] in the provision of Article 55 prescribes a fine of 1,000,000.00 instead of 150,000.00 dinars.

Penal provisions can only be contained in a decision, and that which contains mandatory or prohibitive norms. These provisions define criminal

[25] The decision on the use of the name, coat of arms and flag of the City of Pancevo, *Official Gazette of the Municipality of Pancevo*, no. 9/2006 and *Official Gazette of the City of Pancevo*, no. 16/2009.

[26] The Decision on the Use of the Coat of Arms and Flag of the City of Požarevac, *Official Gazette of the City of Požarevac*, no. 1/2009 and 13/2012.

[27] The Decision on the use of the name, coat of arms and flag of the City of Subotica, *Official Gazette of the City of Subotica*, no. 62/2011.

[28] The Decision on public parking lots and removal of vehicles, *Official Gazette of the Municipality of Kikinda*, no. 24/2011 and 7/2014 - other decisions and *Official Gazette of the City of Kikinda*, no. 17/2016, 12/2017, 25/ 2017, 9/2019 - other decisions, 33/2019, 20/2022, 25/2022, 6/2023 and 25/2023.

acts - misdemeanors (Article 20, paragraph 1, point 14) LSG) and prescribe penalties for those violations: purposes and community service interest (Article 35 of the Offenses Act).

Fines can only be prescribed in a fixed amount, from the minimum to half of the maximum fixed amount prescribed by the Law on Misdemeanors.

On the basis of which it can undoubtedly be concluded that the legally prescribed fine prescribed by the decision of the local self-government is pronounced by the authorized inspector with a misdemeanor order issued in accordance with the law.

8.2. Decisions about establishing of services

Decisions that lead to illegality in the establishment of services are decisions that establish services for internal audit of local self-governments, otherwise the jurisdiction, i.e. The legal basis for the establishment of services is the provision of Article 32, paragraph 1, item 8) of the LSG, which stipulates that the municipal assembly, in accordance with the law, establishes services, public enterprises, institutions and organizations, determined by the municipal statute, and supervises their work.

However, in the legal norms of local self-governments, the practice is different, or illegal, where the mentioned services are established in most cases by mayors, city councils, and there is one case where the decision-maker is a temporary authority, which can be seen in the following analysis of decisions:

Decisions made by mayors:

- The Decision on the establishment of the Service for internal audit of the bodies and services of the city of Kraljevo,[29]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Čačak,[30]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Kruševac,[31]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Novi Pazar,[32]

[29] The Decision on the establishment of the Service for internal audit of the bodies and services of the city of Kraljevo, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 28/2018.

[30] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Čačak, *Official Gazette of the City of Čačak*, no. 10/2018.

[31] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Kruševac, *Official Gazette of the City of Kruševac*, no. 6/2019.

- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the city of Pančevo,[33]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Požarevac,[34]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service,[35]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Sombor,[36]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Užice,[37]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the city of Šabac,[38]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Belgrade,[39]
- The Decision on the establishment of the Service for Internal Audit of Niš City Bodies and Services,[40]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Kragujevac,[41]
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Bor,[42] and

[32] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Novi Pazar, *Official Gazette of the City of Novi Pazar*, no. 6/2022.

[33] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the city of Pancevo, *Official Gazette of the City of Pančevo*, no. 35/2016.

[34] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Požarevac, *Official Gazette of the City of Požarevac*, no. 11/2016.

[35] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service, *Official Gazette of the City of Smederevo*, no. 1/2016.

[36] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Sombor, *Official Gazette of the City of Sombor*, no. 9/2022.

[37] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Užice, *Official Gazette of the City of Užice*, no. 3/2012.

[38] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the city of Šabac, *Official Gazette of the city of Šabac and municipalities: Bogatić, Vladimirci and Koceljeva*, no. 13/2017.

[39] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Belgrade, *Official Gazette of the City of Belgrade*, no. 37/2014, 108/2016 and 128/2018.

[40] The Decision on the establishment of the Service for Internal Audit of Niš City Bodies and Services, *Official Gazette of the City of Niš*, no. 26/2016.

[41] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Kragujevac, *Official Gazette of the City of Kragujevac*, no. 34/2016 and 31/2019.

[42] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Bor, *Official Gazette of the City of Bor*, no. 16/2024.

- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Vršac.[43]

Decisions made by city councils:

- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Vranje,[44] and
- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Jagodina.[45]

Decisions made by a temporary authority:

- The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Pirot.[46]

In all the aforementioned decisions, the provision of Article 82 of the Law on the Budget System is used as the basis for the establishment of the internal audit service.[47] However, when looking at the entire provision of the article, it seems unclear and in contradiction with the provision of Article 32, paragraph 1, point 8) of the LSG.

Namely, the provision of Article 82, paragraph 1 of the LBS, prescribes that the users of public funds establish an internal audit, the provision of paragraph 2 of the same article stipulates that the manager of the user of public funds is responsible for establishing and ensuring the conditions for adequate functioning of the internal audit, according to the provision of paragraph 3 of the same article, it is prescribed that the internal audit is organizationally independent from the activity it audits, is not part of any business process, i.e. the organizational part of the organization, and in its work is directly responsible to the manager of the user of public funds, and according to the provision of paragraph 10 of the same article, it is prescribed that the manager from paragraph 1 of this article reports to the minister on the functioning of the internal audit system by March 31 of the current year for the previous year in the prescribed manner. Based on the above, paragraph 1 and 10 of this article cannot be connected, because

[43] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Vršac, *Official Gazette of the City of Vršac*, no. 20/2021.

[44] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Vranje, *Official Gazette of the City of Vranje*, no. 30/2017, 14/2018 - corrected, 13/2019 and 18/2023.

[45] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Jagodina, *Official Gazette of the City of Jagodina*, no. 19/2022.

[46] The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Pirot, *Official Gazette of the City of Nis*, no. 91/2023 and 113/2023.

[47] The Law on the Budget System – LBS, *Official Gazette of the RS*, no. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 - amended, 108/2013, 142/2014, 68/2015 - other laws, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020, 118/2021, 138/2022, 118/2021 - other laws and 92/2023.

paragraph 1 does not have any mention of the manager in its provision. Otherwise, the establishment does not mean the establishment, proposal to the competent authority, for the establishment of the service in accordance with the provisions of the LSG, because the president of the municipality - the mayor in accordance with the provisions of Article 44, paragraph 1, point 2) the LSG proposes a way of solving issues decided by the assembly. Looking at the provisions of the LSG, it follows that only the City of Pirot made a legal decision, in accordance with the provisions of Article 87, paragraph 1, in connection with Article 86, paragraph 4, and in connection with Article 32, paragraph 1, item 8) of the LSG, because it was adopted by a temporary authority, which performs ongoing urgent tasks within the jurisdiction of the assembly and executive bodies of the local self-government unit.

From the above, it follows that the LSGU assembly, as the founder of services, public enterprises, institutions and organizations established by the LSGU statute, should adopt a founding act in the form of a general act, i.e., a decision. Although the form of the act in this case is not decisive for the assessment of the legal validity and legality of its content, it is important that it be passed by the competent authority, according to the prescribed procedure and with the prescribed content, on the basis of which it prevented the existence of a conflict of interest in the selection and appointment of managers of special professional services by presidents of municipalities - mayors, and respected constitutionality and legality in the standardization of legal acts in the system of local self-government.

9. CONCLUSION

Human evolution is directly related to the increasing complexity of the world around us. The current tendency is legal regulation, through justice and order or the law, how to prevent illegal actions, more precisely, violations of rights in the system of local self-government. Regulations bring with them inflation of valid rules, instability in legal norms and multiplication of procedures.

We witness frequent changes in regulations and the adoption of new ones, so our citizens often feel unable to face the "jungle" that regulations and laws present on their own. With so many regulations, the need for an ombudsman institution can be seen. A strong democratic society, sure of itself and its values, favors the rule of law over the rule of law, justice over revenge. It creates avenues of expression of thought through communication for all its citizens, and respects the intangible, absolute dignity of every human being.

Namely, if the local self-government does not apply the legal rules by which it acts in administrative matters, when directly deciding on the right, obligation or legal interest of the party, which is directly related to the constitutional principle of the rule of law, which is achieved by the government's obedience to the constitution and laws, by preventing any kind of arbitrariness, both on the part of the local self-government that decides, and on the part of the citizens whose rights are being decided. Respecting the rules of procedure is essential for the full realization of citizens' rights. Deciding on the rights and obligations of citizens without respecting the procedures, rules and forms established by law is a violation of the rights of citizens, the principles of good administration and paves the way for possible illegal improvisations, regardless of whether there have been harmful consequences for citizens.

The standard of good administration does not allow inaction and passivity, but requires an active, engaged attitude of authorities towards the performance of tasks within their scope and the lawful performance of those tasks in order to achieve the goal for which local self-governments were given public powers.

Failure to perform tasks and actions within the scope, that is, the competence of local self-governments, is an omission, which as a rule has direct and indirect consequences, and this time it had, the creation of legal uncertainty, aggravation of the legal position of citizens, violation of their rights.

The ombudsman institution, by mediating and giving advice and opinions on issues within its jurisdiction, acts preventively, with the aim of improving the work of administrative bodies and improving the protection of human freedoms and rights, all with the aim of preserving the principles of good administration, so that unnecessary potential court disputes do not arise, and on the basis of damages, in accordance with the provisions of Articles 170 and 172, and in connection with Article 154 of the Law on Obligations,[48] which undoubtedly establishes responsibility of local self-governments, which is the basis for initiating civil lawsuits before competent courts in the Republic of Serbia, which would all lead to unnecessary court costs, and all to the detriment of the Republic of Serbia and its citizens.

As a very important conclusion that arises when considering the legal framework of local self-governments for the adoption of regulations and other legal acts, it is that the institution of the local ombudsman is neces-

[48] Law on Obligations, *Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 45/89 - decision of the Supreme Court of Justice and 57 /89, *Official Gazette of Yugoslavia*, no. 31/93, *Official Gazette of SCG*, no. 1/2003 - *Official Gazette of RS*, no. 18/2020.

sary for local self-government. Namely, the Ombudsman initiates before local self-government bodies to harmonize illegal decisions with the Constitution and the law as soon as possible, which is necessary to correct the observed omission, i.e. irregularities in the work of local self-governments, which violate the principles of good administration, because by making illegal decisions, which prescribe illegal fines, on the basis of which the misdemeanor courts pass convictions, which contain elements of unconstitutionality and illegality, it can undoubtedly be established that citizens are being harmed, and violate the guaranteed constitutional right to a fair trial, in accordance with Article 32, paragraph 1 of the Constitution. Violations of citizens' rights are very numerous and varied, and their protection is the fastest and most effective if activities are undertaken immediately after the violation has been committed by the authorities that control the work of local self-government. It is precisely this speed and proximity to the citizens that represent the two most important elements that speak in favor of the necessity and necessity of the existence of the local ombudsman institution.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. "Origin of ombudsman institutions in the world", *https://www.varuh-rs.si/en/about-us/history/origin-of-ombudsman-institutions-in-the-world/*;
2. „Ombudsman", *https://www.ombudsman.rs/index.php/o-nama*;
3. Josipović, Radimila, Čukić, Biljiana, Lazić, Ljiljana, *Priručnik za izradu propisa lokalne samouprave*, Beograd 2019;
4. Petrović, Ivan, Pejović, Igor, „Ombudsman i medijacija – budućnost alternativnog rešavanja sukoba u javnom sektoru", *Zbornik radova „Razvoj i unapređenje institucije ombudsmana u funkciji zaštite ljudskih prava"* (ur. Z. Jovanović, J. Milivojević), Kragujevac 2023;
5. *Pro i contra analiza nadležnosti zaštitnika građana*, Komitet pravnika za ljudska prava – YUKOM, Beograd 2021;
6. Reif, Linda, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Marinus Nijoff, Leiden 2004.

Legal sources

1. European Charter on Local Self-Government - ECLSG, *ETC*, no. 122;
2. European Convention on Human Rights *Official Gazette of SCG - International Treaties*, no. 9/2005, 7/2005 - corrected and *Official Gazette of RS* - International Agreements, no. 12/2010;
3. Law on Misdemeanors, *Official Gazette of the RS*, no. 65/2013, 13/2016, 98/2016 - decision of the CC, 91/2019, 91/2019 - other law and 112/2022 - decision of the CC;

4. Provincial Assembly Decision on the Provincial Ombudsman, *Official Gazette of AP Vojvodina*, no. 23/02;
5. The Constitution of the Republic of Serbia - the Constitution, *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006 and 115/2021;
6. The Decision on House Rules in Residential Buildings, *Official Gazette of the City of Čačak*, No. 11/2015;
7. The Decision on public parking lots and removal of vehicles, *Official Gazette of the Municipality of Kikinda*, no. 24/2011 and 7/2014 - other decisions and *Official Gazette of the City of Kikinda*, no. 17/2016, 12/2017, 25/ 2017, 9/2019 - other decisions, 33/2019, 20/2022, 25/2022, 6/2023 and 25/2023;
8. The decision on the conditions and method of supplying heat energy to the city of Kraljevo, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 20/2010, 28/2013 and 44/2020;
9. The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy, *Official Gazette of the Municipality of Bor*, no. 16/2013 and 27/2015 and *Official Gazette of the City of Bor*, no. 13/2018, 61/2020, 23/2021, 23/ 2023 and 47/2023;
10. The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy to the City of Kruševac, *Official Gazette of the City of Kruševac*, No. 6/2011;
11. The Decision on the conditions and method of supplying thermal energy, *Official Gazette of the City of Leskovac*, no. 11/2023;
12. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Čačak, *Official Gazette of the City of Čačak*, no. 10/2018;
13. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Kruševac, *Official Gazette of the City of Kruševac*, no. 6/2019;
14. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Novi Pazar, *Official Gazette of the City of Novi Pazar*, no. 6/2022;
15. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the city of Pancevo, *Official Gazette of the City of Pančevo*, no. 35/2016;
16. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Požarevac, *Official Gazette of the City of Požarevac*, no. 11/2016;
17. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Sombor, *Official Gazette of the City of Sombor*, no. 9/2022;
18. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Užice, *Official Gazette of the City of Užice*, no. 3/2012;
19. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the city of Šabac, *Official Gazette of the city of Šabac and municipalities: Bogatić, Vladimirci and Koceljeva*, no. 13/2017;
20. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Belgrade, *Official Gazette of the City of Belgrade*, no. 37/2014, 108/2016 and 128/2018;

21. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Kragujevac, *Official Gazette of the City of Kragujevac*, no. 34/2016 and 31/2019;
22. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Bor, *Official Gazette of the City of Bor*, no. 16/2024;
23. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Vršac, *Official Gazette of the City of Vršac*, no. 20/2021;
24. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Vranje, *Official Gazette of the City of Vranje*, no. 30/2017, 14/2018 - corrected, 13/2019 and 18/2023;
25. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Jagodina, *Official Gazette of the City of Jagodina*, no. 19/2022;
26. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service of the City of Pirot, *Official Gazette of the City of Nis*, no. 91/2023 and 113/2023;
27. The Decision on the establishment of the Internal Audit Service, *Official Gazette of the City of Smederevo*, no. 1/2016;
28. The Decision on the establishment of the Service for internal audit of the bodies and services of the city of Kraljevo, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 28/2018;
29. The Decision on the establishment of the Service for Internal Audit of Niš City Bodies and Services, *Official Gazette of the City of Niš*, no. 26/2016;
30. The decision on the public water supply and sewerage system of the City of Čačak, *Official Gazette of the City of Čačak*, no. 13/2008 and 9/2011 - other decisions;
31. The Decision on the Symbols of the City of Kraljevo, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 17/2009;
32. The Decision on the Use of the Coat of Arms and Flag of the City of Požarevac, *Official Gazette of the City of Požarevac*, no. 1/2009 and 13/2012;
33. The decision on the use of the name, coat of arms and flag of the City of Pancevo, *Official Gazette of the Municipality of Pancevo*, no. 9/2006 and *Official Gazette of the City of Pancevo*, no. 16/2009;
34. The Decision on the use of the name, coat of arms and flag of the City of Subotica, *Official Gazette of the City of Subotica*, no. 62/2011;
35. The Decision on water supply and sewerage, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 3/2015, 29/2015, 2/2018 and 52/2020;
36. The Decision on working hours in trade, craft and catering facilities in the territory of the city of Kraljevo, *Official Gazette of the City of Kraljevo*, no. 20/2010;
37. The Law on establishing certain competences of the Autonomous Province of Vojvodina, *Official Gazette of the RS*, no. 6/2002;

38. The Law on Local Self-Government - LSG, *Official Gazette of RS*, no. 129/2007, 83/2014 - other law, 101/2016 - other law, 47/2018 and 111/2021 - other law;
39. The Law on the Budget System – LBS, *Official Gazette of the RS*, no. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 - amended, 108/2013, 142/2014, 68/2015 - other laws, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020, 118/2021, 138/2022, 118/2021 - other laws and 92/2023.

Иван Петровић, ма

Заменик локалног омбудсмана Града Краљево

ПРОАКТИВНА УЛОГА ИНСТИТУЦИЈЕ ЛОКАЛНОГ ОМБУДСМАНА У ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА ОД СИСТЕМАТСКОГ КРШЕЊА ДОНОШЕЊЕМ НЕЗАКОНИТИХ АКТА ОРГАНА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Сажетак

У раду се аутор бави улогом институције локалног омбудсмана, која се огледа у покретању, односно указивању на незаконитост норми општих аката – одлука које намећу градоначелници локалних самоуправа, а који нису у у складу са Законом о локалној самоуправи у делу оснивања посебних стручних служби и општим актима – одлукама које доносе скупштине локалних самоуправа, а које нису у складу са Законом о прекршајима у делу казнене политике у прописивању новчаних казни. С тим у вези, аутор указује на незаконитост оснивања посебних стручних служби од стране извршних органа локалне самоуправе, иако је то изричита надлежност скупштина локалне самоуправе, на основу чега долази до сукоба интересовање за избор и именовање руководилаца посебних стручних служби. Такође, аутор указује на незаконито изрицање новчаних казни, на основу којих прекршајни судови у Републици Србији доносе или су донели пресуде које по сили закона немају правно дејство и на тај начин загарантована уставна права грађана су прекршени. Поред овога у раду је приказан значај институције локалног омбудсмана за превенцију оваквих прекршаја, како би скупштине локалних самоуправа отклониле наведене незаконитости, а да се оне убудуће не појављују, јер штете грађанима у остваривање својих права и правосуђе Републике Србије.

Кључне речи: *Језик права; Доктринарно проучавање права; Ius/-lex; Правила/норме; Концептуализовање; Систематизовање; Закон/право.*

UDK/UDC УДК/UDC 342.727
IZVORNI NAUČNI RAD / ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE

Budimir Petković
Prof. dr Predrag Raosavljević
Mr. iur. Filip Novaković

Institucija ombudsmena/ombudsmana za ljudska prava
Bosne i Hercegovine

PROVOĐENJE TESTA JAVNOG INTERESA U PRIMJENI ZAKONA O SLOBODI PRISTUPA INFORMACIJAMA U REPUBLICI SRPSKOJ

Slobodan pristup informacijama svakom fizičkom i pravnom licu daje pravo pristupa informaciji koja je pod kontrolom javnog organa, a svakom javnom organu nameće odgovarajuću obavezu njenog objavljivanja. U slučaju da postoje okolnosti zbog kojih bi organ mogao izuzeti određenu informaciju od objavljivanja, on je dužan provesti test javnog interesa, kojim utvrđuje da li preovladava interes objave informacija ili njihovog uskraćivanja, budući da se tražena informacija nalazi u domenu ograničenja relativnog karaktera kod kojih se može, ali i ne mora, uskratiti pristup. Odbijanje zahtjeva za pristup informacijama nije opravdano ukoliko javni organ ne provede striktan trodijelni test, gdje teret dokaza opravdanosti ograničenja uvijek pada na onoga u čijem je posjedu, odnosno pod čijom je kontrolom tražena informacija. Cilj ovog rada je da ukaže šta tačno podrazumijeva test javnog interesa, na koji način se provodi i koje standarde treba da ispuni da bi dosljedno bilo provedeno načelo prema kojem informacije u posjedu javnih organa predstavljaju javno dobro. Kod ocjene srazmjernosti interesa kao ključne elemente treba razmotriti da li tražene informacije ukazuju na bilo kakve prestupe, nepravdu, zloupotrebu vlasti, nemar u obavljanju službene dužnosti, nepoštovanje zakonske obaveze, neovlašteno trošenje javnih sredstava i opasnost po zdravlje ili bezbjednost pojedinca, društva i čovjekove okoline.

Ključne riječi: Test javnog interesa; Sloboda pristupa informacijama; Objavljivanje informacija; Tripartitni test;

Budimir Petković, *bpetkovic@ombudsmen.gov.ba*.
Predrag Raosavljević, *praosavljevic@ombudsmen.gov.ba*.
Filip Novaković, *fnovakovic@ombudsmen.gov.ba*.

1. UVODNE NAPOMENE

U savremenim društvima, pravo na pristup informacijama stoji kao kamen temeljac demokratskog društva, osnažujući pojedince osnovnim alatom znanja, potrebnim za učešće u donošenju odluka, pozivanje javne vlasti na odgovornost i aktivno učešće u demokratskom procesu. Priznato kao osnovno ljudsko pravo raznim međunarodnim i regionalnim instrumentima, pravo na pristup informacijama utjelovljuje suštinu transparentnosti, odgovornosti i slobodnog protoka informacija, nužnih za promociju i zaštitu ljudskih prava i demokratskih načela.

U ovom radu, autori će se udubiti u značaj pristupa informacijama ne samo kao zakonskog prava, već i kao alata za promociju otvorenih društava, osiguravanje dobrog upravljanja i unapređenje ostvarivanja širokog spektra ljudskih prava, uključujući slobodu izražavanja, učešće javnosti, i pravo na znanje. Razvoj informacijskih tehnologija dodatno je povećao važnost i dinamiku pristupa informacijama, predstavljajući i prilike i izazove u ostvarivanju tog prava. Kako društva nastavljaju napredovati u digitalnom dobu, postaje imperativ pozabaviti se složenošću koja proizlazi iz digitalnog jaza, zabrinutošću za privatnost podataka i rastućom ulogom platformi društvenih medija u oblikovanju javnog diskursa.

Zakon o slobodi pristupa informacijama u Republici Srpskoj (u daljem tekstu: ZoSPI RS),[1] uređuje pristup informacijama koje su pod kontrolom javnog organa, kako bi se: (1) ustanovilo da informacije pod kontrolom javnog organa predstavljaju javno dobro od vrijednosti i da javni pristup ovim informacijama promoviše veću transparentnost i odgovornost tih javnih organa, te da su ove informacije neophodne za demokratski proces; (2) ustanovilo da svako lice ima pravo pristupa ovim informacijama u najvećoj mogućoj mjeri u skladu sa javnim interesom, te da javni organi imaju odgovarajuću obavezu da objave informacije; (3) omogućilo svakom fizičkom licu da zatraži izmjenu, i daje komentar na svoje lične informacije pod kontrolom javnog organa.

Ovom prilikom bavićemo se ključnim pitanjima u vezi sa primjenom ZoSPI RS, a koja obuhvataju sljedeće:

1. pravo pristupa informacijama,
2. podnošenje zahtjeva,
3. određivanje nadležnog javnog organa,
4. postupanje organa nakon prijema zahtjeva sa naročitim osvrtom na test javnog interesa,

[1] Zakon o slobodi pristupa informacijama u Republici Srpskoj, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 20/01.

5. evropske i međunarodne standarde u ostvarivanju prava na pristup informacijama.

Cilj ovog rada je da ukaže šta tačno podrazumijeva i obuhvata pravo na slobodan pristup informacijama te kako službenici treba da postupe kada su suočeni sa dilemom da li tražena informacija spada pod neki od zakonom predviđenih izuzetaka, koji opravdava uskraćivanje objave.

Nadalje, prikazana je analiza kojom se podrobnije obrazlaže pojam testa javnog interesa, kategorije koja potiče iz zakona, ali koja nije dovoljno normativno uređena, što stvara opravdane teškoće u primjeni zakona. Analizirajući dugogodišnju praksu Institucije Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine kao institucije nadležne za praćenje provođenja Zakona o slobodi pristupa informacijama, kao i drugih relevantnih tijela uključujući sudove i međunarodna tijela, prikazano je na koji način se provodi test javnog interesa i koje standarde treba da ispuni da bi dosljedno bilo provedeno načelo prema kojem informacije u posjedu javnih organa predstavljaju javno dobro. Kod ocjene srazmjernosti interesa kao ključne elemente treba razmotriti da li tražene informacije ukazuju na bilo kakve prestupe, nepravdu, zloupotrebu vlasti, nemar u obavljanju službene dužnosti, nepoštovanje zakonske obaveze, neovlašteno trošenje javnih sredstava i opasnost po zdravlje ili bezbjednost pojedinca, društva i čovjekove okoline.

2. PRAVO PRISTUPA INFORMACIJAMA

Pristup informacijama zakonom je definisan je kao pravo kojim se svakom fizičkom i pravnom licu daje pravo pristupa informaciji koja je pod kontrolom javnog organa, a svakom javnom organu nameće odgovarajuća obaveza njenog objavljivanja (čl. 3 ZoSPI RS).

Pravo pristupa informacijama može biti ograničeno samo na način propisan ovim zakonom, a koji se ogleda u utvrđivanju odgovarajućih izuzetaka. Ti izuzeci su:

a) Izuzeci kod funkcija javnih organa;
b) Izuzeci kod povjerljivih komercijalnih informacija;
c) Izuzeci kod zaštite privatnosti;
d) Izuzeci utvrđeni nakon obavljenog ispitivanja javnog interesa.

Izuzetak kod funkcija javnih organa (čl. 6 ZoSPI RS) podrazumijeva da nadležni javni organ može utvrditi izuzetak u slučajevima kada se objavljivanjem informacije osnovano može očekivati izazivanje značajne štete po legitimne ciljeve sljedećih kategorija u Republici Srpskoj koji obuhvataju:

(1) interese odbrane i bezbjednosti, kao i zaštitu javne bezbjednosti;

(2) sprečavanje kriminala i svako otkrivanje kriminala;

(3) zaštitu procesa donošenja odluke od strane javnog organa u davanju mišljenja, savjeta ili preporuka od strane javnog organa, zaposlenog lica u javnom organu, ili svakog lica koje vrši aktivnosti za ili u ime javnog organa, a ne obuhvata činjenične, statističke, naučne ili tehničke informacije.

Izuzetak kod povjerljivih komercijalnih informacija (čl. 7 ZoSPI RS) podrazumijeva da kada nadležni javni organ opravdano utvrdi da zahtjev za pristup informacijama uključuje povjerljive komercijalne interese treće strane, on će po hitnom postupku, obavijestiti treću stranu o pojedinostima zahtjeva u formi dopisa kojim će ga informisati o prijemu zahtjeva za objavljivanje informacija. Ukoliko treća strana, u roku od 15 dana od prijema dopisa, odgovori u pisanoj formi da takve informacije smatra povjerljivim i navede razloge za štetu koja bi proistekla iz objavljivanja informacija, nadležni javni organ će utvrditi izuzetak.

Izuzetak kod zaštite privatnosti (čl. 8 ZoSPI RS) podrazumijeva da nadležni javni organ utvrđuje izuzetak kada opravdano utvrdi da tražene informacije uključuju lične interese koje se odnose na privatnost trećeg lica.

Izuzetak utvrđen nakon obavljenog ispitivanja javnog interesa (čl. 9 ZoSPI) predstavlja posebnu vrstu izuzetka propisanu zakonom. Naime, nadležni javni organ objavljuje traženu informaciju bez obzira na izuzetak utvrđen po prethodna tri osnova ukoliko je to opravdano javnim interesom uzimajući u obzir svaku korist kao i svaku štetu koja može proisteći od njenog objavljivanja. Prilikom donošenja odluke da li je objavljivanje informacije opravdano javnim interesom, nadležni javni organ razmatra okolnosti kao što su (ali nisu ograničene na): svako nepoštovanje zakonske obaveze, postojanje bilo kakvog prestupa, sudsku pogrešku, zloupotrebu vlasti ili nemar u obavljanju službene dužnosti, neovlašćeno korišćenje javnih fondova, ili opasnost po zdravlje ili bezbjednost pojedinca, javnosti ili okoline.

Ako je utvrđeno da je objavljivanje traženih informacija, koju je nadležni javni organ utvrdio kao izuzetak kod povjerljivih komercijalnih interesa i kod zaštite privatnosti, u javnom interesu, nadležni javni organ će dopisom obavijestiti treću stranu da će informacija biti objavljena po isteku roka od 15 dana, računajući od dana prijema dopisa. Treća strana će takođe biti dopisom obaviještena o pravu žalbe, kojem nadležnom organu se žalba podnosi, uz neophodne informacije u vezi sa obraćanjem tom organu, kao i krajnji rok i troškove za podnošenje žalbe. Takođe, treća strana će dopisom biti obaviještena o pravu obraćanja Instituciji ombuds-

mena/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, uz neophodne informacije za obraćanje Ombudsmenu Bosne i Hercegovine.

Ukoliko je dio traženih informacija utvrđen kao izuzetak, nadležni javni organ izdvaja taj dio i objavljuje ostatak informacije, osim ako usljed njenog razdvajanja na dijelove informacija nije postala nerazumljiva (čl. 10 ZoSPI RS).

3. PODNOŠENJE ZAHTJEVA

Zahtjev za pristup informacijama, prema čl. 11, st. 1–2 ZoSPI RS, podnosi se onom javnom organu za koji podnosilac zahtjeva smatra da je nadležan, pri čemu javni organ nije ovlašten da ispituje opravdanost zahtjeva ili da zahtijeva njegovo obrazloženje. Podneseni zahtjev mora ispunjavati odgovarajuću formu i to:

(1) da je sastavljen u pismenoj formi na jednom od zvaničnih jezika Bosne i Hercegovine (jezik srpskog naroda, jezik bošnjačkog naroda i jezik hrvatskog naroda),

(2) da sadrži dovoljno podataka o prirodi i/ili sadržaju informacije, kako bi se omogućilo da javni organ uz razuman napor pronađe traženu informaciju, i

(3) da sadrži ime podnosioca zahtjeva i njegovu adresu.

Ukoliko se zahtjev odnosi na ličnu informaciju, onda zahtjev, pored ispunjavanja pomenutih uslova, može podnijeti samo fizičko lice na koga se zahtjev odnosi, njegov zakonski zastupnik ili lice koje je podnosilac zahtjeva pismeno ovlastio kroz davanje odgovarajuće punomoći za pristup informaciji. Ukoliko zahtjev podnese fizičko lice na koje se zahtjev odnosi, to lice dužno je potpisati zahtjev i pokazati ličnu kartu. Ukoliko zahtjev podnese zakonski zastupnik podnosioca zahtjeva ili lice koje je podnosilac zahtjeva pismeno opunomoćio za pristup informaciji, to lice dužno je potpisati zahtjev i pokazati svoju ličnu kartu, dokaz o zakonskom zastupanju odnosno punomoć, kao i kopiju lične karte za podnosioca zahtjeva (čl. 11, st. 3 ZoSPI RS).

Ukoliko javni organ nije u mogućnosti udovoljiti zahtjevu zbog nedostatka formalnih uslova koje podneseni zahtjev mora ispunjavati, javni organ će, što je prije moguće, a najkasnije u roku od osam dana od dana prijema zahtjeva pismeno obavijestiti podnosioca zahtjeva, da zahtjev ne može biti obrađen iz navedenog razloga. Navedeni dopis sadrži pouku o pravu na žalbu, navođenje organa i adresu organa kome se žalba podnosi, rok i troškove za podnošenje žalbe, kao i uputstvo o pravu obraćanja Ombudsmenu uz navođenje neophodnih podataka za kontaktiranje Ombudsmena Bosne i Hercegovine (čl. 12, st. 1 ZoSPI RS). Za zahtjeve koji ne

sadrže dovoljno podataka o prirodi i/ili sadržaju informacije, obavještenje sadrži i sva specifična pitanja koja mogu razjasniti zahtjev, kao i kopiju Vodiča za pristup informacijama kojim se svakom licu omogućava pristup informacijama pod kontrolom javnog organa (čl. 12, st. 2 ZoSPI RS). Dopisom se podnosilac zahtjeva obavještava da se njegov preinačeni zahtjev smatra novim zahtjevom (čl. 12, st. 3 ZoSPI RS).

4. ODREĐIVANJE NADLEŽNOG JAVNOG ORGANA

Određivanje javnog organa predstavlja veoma važno pitanje u primjeni Zakona o slobodi pristupa informacijama u Republici Srpskoj sa stanovišta zloupotrebe u njegovoj primjeni prvenstveno od strane javnih organa ukoliko su javni organi udruženja građana/organizacije civilnog društva. Udruženja građana osnivaju se u skladu sa Zakonom o udruženjima i fondacijama. U praksi se dešava da se javni organi nakon prijema zahtjeva, na zahtjeve ne odgovaraju jer se smatraju nenadležnima ili se pak oglase nenadležnima u smislu da se na njih ne odnosi Zakon o slobodi pristupa informacijama u Republici Srpskoj. Zakon je u tom smislu eksplicitan. Naime, javni organ je svaki republički organ, gradski organ, opštinski organ ili bilo koji organ u Republici Srpskoj kako slijedi:

1) izvršni organ;

2) zakonodavni organ;

3) pravosudni organ;

4) organ koji obavlja javnu funkciju, a imenovan je ili ustanovljen u skladu sa zakonom;

5) bilo koji drugi upravni organ;

6) pravno lice koje je u vlasništvu ili koje kontroliše javni organ.

Ukoliko javni organ koji primi zahtjev nije nadležan, dužan je bez odlaganja, a najkasnije u roku od petnaest dana od dana prijema, zahtjev dostaviti nadležnom javnom organu i o tome pismeno obavijestiti podnosioca zahtjeva. Međutim, ukoliko javni organ koji je primio zahtjev u navedenom roku utvrdi da je zahtijevana informacija pod njegovom kontrolom, a nadležni javni organ, nakon što je obaviješten o pojedinostima ovog zahtjeva, nema prigovora da javni organ koji je primio zahtjev obradi takav zahtjev, u tom slučaju javni organ koji je primio zahtjev smatra se nadležnim javnim organom i obrađuje zahtjev (čl. 13, st. 1 ZoSPI RS).

Ako se ne može utvrditi sjedište nadležnog javnog organa, a u slučaju kada javni organ koji primi zahtjev ima kontrolu nad traženom informacijom, javni organ koji je primio zahtjev se smatra nadležnim javnim organom. Ako se ne može utvrditi sjedište nadležnog javnog organa, a u slučaju

kada javni organ koji je primio zahtjev nema kontrolu nad traženom informacijom, javni organ koji je primio zahtjev će u roku od petnaest dana od dana prijema, dopisom obavijestiti podnosioca zahtjeva da zahtjev ne može biti obrađen iz ovog razloga (čl. 13, st. 2 ZoSPI RS).

5. OPOSTUPANJE ORGANA NAKON PRIJEMA ZAHTJEVA

Nakon prijema zahtjeva nadležni javni organ preduzima sve potrebne radnje da pribavi traženu informaciju i razmatra sve činjenice i okolnosti koje su od značaja za njegovu obradu (čl. 14, st. 1 ZoSPI). O podnesenom zahtjevu, organ odlučuje donošenjem odgovarajućeg dopisa kojim se: (1) odobrava pristup traženoj informaciji u cjelosti ili djelimično ili (2) odbija pristup informaciji u cjelosti ili djelimično.

Dopis kojim se odobrava pristup djelimičnoj ili cijeloj informaciji, prema čl. 14 ZoSPI RS, treba da sadrži:

(1) obavještenje o mogućnosti ličnog pristupa informacijama u prostorijama nadležnog javnog organa;

(2) obavještenje o mogućnosti umnožavanja informacije i o procijenjenim troškovima umnožavanja, uz napomenu da se umnožavanje informacije obezbjeđuje nakon izvršene uplate. Kada je umnožavanje informacije veoma složeno ili dugotrajno, ono se omogućava u vrijeme koje je prihvatljivo i za podnosioca zahtjeva i za nadležni javni organ. Nadležni javni organ dostavlja priloženu kopiju tražene informacije, kada se informacija obezbjeđuje besplatno.

Dopis kojim se odbija pristup informaciji u cjelosti ili djelimično, prema čl. 14, st. 3 ZoSPI RS, treba da sadrži:

(1) zakonski osnov za status njenog izuzeća, uz navođenje članova zakona na koje se poziva, kao i sva materijalna pitanja koja su važna za odluku, što uključuje i uzimanje u obzir faktora javnog interesa;

(2) pouku o pravu o pravu podnošenja žalbe, određenom organu, a što uključuje neophodne podatke za kontakte sa takvim organom, krajnji rok za podnošenje, kao i troškove podnošenja žalbe uz uputstvo o pravu obraćanja Ombudsmenu Bosne i Hercegovine sa neophodnim podacima za njegovo kontaktiranje.

Rok za donošenje dopisa – odnosno obavještenja po podnesenom zahtjevu je najkasnije 15 dana od dana prijema zahtjeva. Za one zahtjeve koji se obrađuju u vezi sa povjerljivim komercijalnim informacijama, zaštitom privatnosti i/ili u vezi sa obavljanjem ispitivanja javnog interesa zbog postojanja zakonom propisanih izuzetaka, rok se produžava u skladu rokovima koji su utvrđeni zakonom za pomenute izuzetke. Podnosilac zahtjeva će dopisom, a po hitnom postupku, biti obaviješten o produženju

roka (čl. 14, st. 4 ZoSPI RS). Pristup traženim informacijama obezbjeđuje se na jednom od zvaničnih jezika Bosne i Hercegovine kao i na originalnom jeziku koji je različit od jednog od zvaničnih jezika, ako je to moguće učiniti (čl. 15, st.1 ZoSPI RS).

6. PROVOĐENJE TESTA JAVNOG INTERESA

Obaveza provođenja ispitivanja javnog interesa propisana je svim zakonima kojima se uređuje pravo pristupa informacijama u Bosni i Hercegovini.[2]

Nijedan od postojećih zakona u dijelu koji se odnosi na provođenje ispitivanja javnog interesa ne propisuje na koji način se vrši njegovo sprovođenje, propisujući neophodne procesne radnje. Ovaj način provođenja ispitivanja javnog interesa nije propisan nijednim podzakonskim aktom nijednog javnog organa.

S tim u vezi, zakonodavcu se nameće obaveza da ovo pitanje normira na odgovarajući način, uzimajući u obzir predstavljenu analizu kao polaznu osnovu u procesu izrade pojedinih zakonskih rješenja. Kada postoji obaveza provođenja ispitivanja javnog interesa, njega u prvom redu provodi organ javne vlasti koji je primio zahtjev i dužan ga je riješiti u skladu s odredbama Zakona o slobodi pristupa informacijama.[3] Budući da ne postoje zakonom propisana ograničenja, ovo ispitivanje može se provesti i u postupku po žalbi, kao i u upravnom sporu.[4] ZoSPI RS, za razliku od ZoSPI BiH, kao i pojedinih zakona u regionu koji se odnose na ovu problematiku ne pravi razliku na tzv. apsolutna i relativna ograničenja za provođenje ispitivanja javnog interesa, što znači da se ovo ispitivanje provodi u svakom konkretnom slučaju.

Kada se utvrdi da pojedina informacija spada u kategoriju izuzetaka koji ne podliježu obavezi objelodanjivanja, predviđeni su izuzeci od izuzetaka, odnosno situacije kada informacije koje spadaju u kategoriju zaštićenih, mogu biti djelimično ili u cjelosti objavljene. Namjera zakonodavca je, očigledno, da spriječi korišćenje izuzetaka kada to nije opravdano, odnosno da ograniči potencijalne zloupotrebe pojedinih odredbi zakona, sa ciljem uskraćivanja tražene informacije. Drugim riječima, službenik za informisanje treba da objelodani informaciju ako ocjeni da bi se time

[2] Zakon o slobodi pristupa informacijama na nivou institucija Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 61/23 – u daljem tekstu: ZoSPI BiH; Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 32/01 i 48/11 – u daljem tekstu: ZoSPI FBiH.

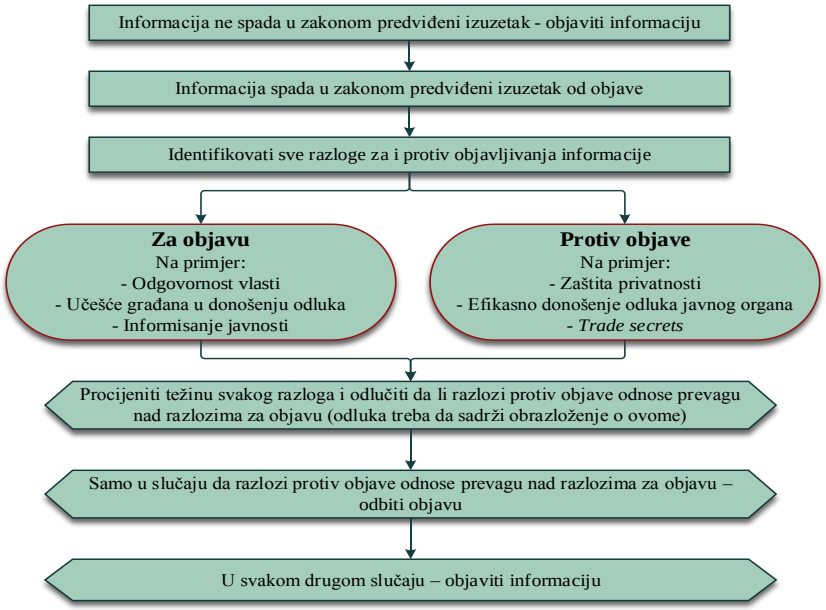
[3] *Smjernice za provedbu Zakona o pravu na pristup informacijama, Test razmjernosti i javnog interesa*, Povjerenik za informiranje Republike Hrvatske, Zagreb 2017, 15.

[4] *Ibid.*, 16.

postigla veća društvena korist, čak i onda kada utvrdi da informacija može spadati u predviđene izuzetke i da može nastupiti određena šteta njenim objavljivanjem. Javni interes, dakle, igra dvostruku ulogu prilikom provođenja ovog testa, jer ne samo da može poslužiti kao osnov za uskraćivanje pristupa određenoj informaciji, nego i može predstavljati razlog da se ona objavi uprkos predviđenim izuzecima. U praksi, često se dešava da traženi dokumenti sadrže informacije dvostruke prirode, one koje su javne, i samim tim manje zaštićene, kao i one koje su u većoj mjeri predmet zaštite (kao npr. lični podaci, porodične ili zdravstvene prilike, podaci koji se odnose na maloljetna lica, poslovne tajne ili drugi podaci koji ne trebaju biti javni). Pored odluke o objelodanjivanju ili uskraćivanju informacija, u takvim slučajevima svrha zakona se najpotpunije postiže omogućavanjem djelimičnog pristupa informacijama, odnosno razdvajanjem informacija na dijelove, što konkretno može obuhvatiti prekrivanje, prikrivanje ili izostavljanje zaštićenih informacija uz istovremeno omogućavanje uvida u ostatak dokumenta. Od službenika za informisanje se očekuje proaktivan pristup (koji u ovom slučaju podrazumijeva namjeru pozitivnog odgovora) svakom zahtjevu, što može obuhvatiti radnje analize, izostavljanja zaštićenih informacija na najpodesniji način (korišćenjem markera, ispuštanjem dijelova dokumenta, kopiranjem ili umnožavanjem nespornih dijelova i sl.) i upućivanje stranaka kako da na najlakši i najpodesniji način dođu do informacije koju traže. Smisao ovih radnji je da preostala informacija ne gubi smisao i zadrži svoju saznajnu vrijednost, odnosno da ostatak informacije nije postao nerazumljiv ili neupotrebljiv poslije njenog razdvajanja na dijelove.

Korišćenjem metoda *argumentum a contrario,* dolazimo do zaključka da javni organ prije nego što donese odluku da odbije zahtjev za pristup informacijama, mora sa neophodnom dozom izvjesnosti utvrditi da tražena informacija **nesporno** spada u zakonom predviđene izuzetke, da potom utvrdi da bi šteta po javni interes **bila** veća od koristi koju objavljivanje takve informacije povlači, i konačno da bude **siguran** da informacija nije postala nerazumljiva ako se razdvoji na dijelove. Da bi test javnog interesa ispunio standarde postavljene zakonom, svaka od ovih faza u odlučivanju mora biti obrazložena, npr. potencijalna povreda privatnosti maloljetnika može za posljedicu imati veću štetu po javni interes, nego što je to slučaj maloletnika sa informacijama koje ukazuju na potencijalnu korupciju u zapošljavanju, nezakonito favorizovanje pojedinih privrednih subjekata u javnim nabavkama ili sumnjivo ili naglo uvećavanje imovine nosilaca javnih funkcija. Još jedna bitna stavka u provođenju testa javnog interesa je **pretpostavka** zakonitosti objave informacije, prema kojoj tražena informacija može biti uskraćena podnosiocu zahtjeva, **samo** u slučaju nespornog utvrđivanja svih elemenata podrobnije obrazloženih u obja-

šnjenju testa javnog interesa. Ovakav zaključak proizilazi iz osnovnog principa zakona, prema koje su informacije u posjedu javnih organa „javno dobro“, ali i da javni organ „ima obavezu“ da objavi tražene informacije, gdje pravo pristupa podliježe „samo formalnim radnjama i ograničenjima.“



Da bi podrobnije utvrdili standarde koji se odnose na tumačenje i primjenu testa javnog interesa, neophodno je analizirati praksu Evropskog suda za ljudska prava, posebno oko pitanja koja informacija može biti od značaja za javnost, čime podliježe obavezi objelodanjivanja.

7. EVROPSKI STANDARDI ZAŠTITE PRAVA NA PRISTUP INFORMACIJAMA

Evropski sud za ljudska prava u Strazburu smatra da se ocjenjivanje toga da li je i u kojoj mjeri uskraćivanje pristupa informacijama predstavljalo miješanje u prava pojedinca na slobodu izražavanja (konkretno, prava na slobodu pristupa informacijama) mora provesti u svakom pojedinom predmetu i s obzirom na relevantne okolnosti, uzimajući u obzir niže navedene relevantne kriterije:[5]

1. svrha zahtjeva za pristup informacijama,
2. priroda tražene informacije,

[5] Vid. odluku Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, 2016, § 157.

3. uloga podnosioca zahtjeva i

4. dostupnost informacija.

Evropski sud za ljudska prava je zauzeo stav da odbija prigovor o onemogućavanju ostvarivanja prava na pristup informacijama kao nespojiv *ratione materiae* s odredbama Konvencije, na osnovu toga da jedan od četiri kriterijuma – prvenstveno „svrha zahtjeva za informacijama“ – nije zadovoljen, pri čemu je Evropski sud je implicitno naveo da ih treba ispitivati kumulativno.[6]

Da bi čl. 10 Konvencije bio primjenjiv, svrha nečijeg traženja pristupa informacijama u vlasništvu javnog tijela vlasti treba omogućiti ostvarivanje prava te osobe na slobodu primanja i širenja informacija i ideja drugima (*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, § 158). Mora se utvrditi da li je pristup zatraženim informacijama bio ključan element ostvarivanja prava na slobodu izražavanja, i to ne samo na slobodu izražavanja, nego i na druga prava i osnovne slobode.

Informacije, podaci ili dokumenti kojima se traži pristup, uopšteno, moraju zadovoljiti test javnog interesa kako bi se podstakla potreba za otkrivanjem prema međunarodnim standardima ljudskih prava i sloboda. Definicija toga šta predstavlja predmet od javnog interesa zavisi od okolnosti svakog pojedinog predmeta. Javni interes odnosi se na pitanja koja utiču na javnost u tolikoj mjeri da ona može legitimno iskazati interes za njih, koja privlače pažnju javnosti ili koja ju u značajnoj mjeri zabrinjavaju, a posebno kada utiču na dobrobit građana ili život zajednice (*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, §§ 161–162).

Evropski sud za ljudska prava smatra da bi činjenica da su zatražene informacije spremne i dostupne trebala biti važan kriterijum u cjelokupnoj ocjeni toga može li se odbijanje pružanja informacija smatrati „miješanjem” u slobodu „primanja i širenja informacija“ zaštićenu tom odredbom (*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, § 170).

Javne vlasti mogu uskratiti pristup informacijama samo pod određenim uslovima i slučajevima striktno navedenim u Evropskoj konvenciji. Tako, odredbom čl. 10, st. 2 Evropske konvencije predviđa se da ostvarivanje sloboda predviđenih čl. 10 može podlijegati takvim formalnostima, uslovima, ograničenjima ili sankcijama predviđenim zakonom i koje su neophodne u demokratskom društvu, u interesu nacionalne sigurnosti, teritorijalnog integriteta ili javne sigurnosti, sprječavanja nereda ili zločina (kriminala), zaštite zdravlja i morala, ugleda ili prava drugih, sprječavanja širenja povjerljivih informacija ili u interesu očuvanja autoriteta i nepristrasnos-

[6] Vid. odluku Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Center for Democracy and the Rule of Law v. Ukraine*, no. 75865/11, 2020, § 49, 54–59.

ti sudstva. U većini predmeta koji su se odnosili na pristup informacijama u vlasništvu države, legitiman cilj na koji se pozivalo da bi se opravdalo ograničavanje prava podnosilaca predstavke je zaštita prava drugih.[7]

Organi javne vlasti u Republici Srpskoj, koji posjeduju određene informacije, prilikom odlučivanja o zahtjevu za pristup informacijama moraju da vode računa o standardima i praksi koje je ustanovio Evropski sud za ljudska prava, i to ne samo zbog toga što je Bosna i Hercegovine članica Savjeta Evrope, nego i zbog činjenice da su evropski standardi ljudskih prava – Evropska konvencija, protokoli uz Evropsku konvencije, te praksa i standardi koje je ustanovio Evropski sud za ljudska prava – inkorporirani u ustavno-pravni sistem Bosne i Hercegovine i predstavljaju njegov integralni dio. To vidimo u odredbi čl. II/2. Ustava Bosne i Hercegovine prema kojoj se prava i slobode predviđene u Evropskoj konvenciji i u njenim protokolima, direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da navedeni akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima (pravom), a što potvrđuje i praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.[8]

8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Slobodan pristup informacijama svakom fizičkom i pravnom licu daje pravo pristupa informaciji koja je pod kontrolom javnog organa, a svakom javnom organu nameće odgovarajuću obavezu njenog objavljivanja. U slučaju da postoje okolnosti zbog kojih bi organ mogao izuzeti određenu informaciju od objavljivanja, on je dužan provesti test javnog interesa, kojim utvrđuje da li preovladava interes objave informacija ili njihovog uskraćivanja, budući da se tražena informacija nalazi u domenu ograničenja relativnog karaktera kod kojih se može, ali i ne mora, uskratiti pristup. Odbijanje zahtjeva za pristup informacijama nije opravdano ukoliko javni organ ne provede striktan trodijelni, prethodno opisan test, gdje teret dokaza opravdanosti ograničenja uvijek pada na onoga u čijem je posjedu, odnosno pod čijom je kontrolom tražena informacija. Svi važeći zakoni o slobodi pristupa informacijama u Bosni i Hercegovini (ZoSPI BiH, ZoSPI RS i ZoSPI FBiH) sadrže odredbu o provođenju testa javnog interesa i jasni su pogledu obaveze njegove primjene.

Sama sintagma „javni interes“ je amorfni koncept koji nije definisan niti u jednom od zakona o slobodi pristupa informacijama. Ovakva

[7] Vid. odluke Evropskog suda za ljudska prava u predmetima *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, § 186 i *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. 37374/05, 2009, § 34.

[8] S tim u vezi vidjeti odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine: Odluka o dopustivosti i meritumu, AP-461/16 iz 2018. godine; Odluka o dopustivosti i meritumu, AP-1275/13 iz 2016. godine; Odluka o dopustivosti i meritumu, AP-3318/13 iz 2016. godine; Odluka o dopustivosti i meritumu, AP-3337/16 iz 2018. godine.

fleksibilnost je namjerna. Zakonodavac i organi izvršne vlasti nadležni za provođenje zakona vjerovatno su svjesni činjenice da se javni interes mijenja tokom vremena i u zavisnosti od okolnosti svakog slučaja. Iz istog razloga zakon ne definiše sam pojam testa javnog interesa niti propisuje proceduru na koji način se on provodi.

Iz predstavljene analize slijedi da kod provođenja testa javnog interesa, prednost ima objelodanjivanje informacija u svrhu podizanja transparentnosti i većeg uključivanja građana u proces donošenja odluka javnih organa. Argumenti za odbijanje zahtjeva koji su vezani za identitet podnosioca zahtjeva ili njegove motive, generalno su irelevantni, kao i navodi da informacija koja se objavljuje može biti pogrešno protumačena ili izazvati nesporazum. Jednako tako, činjenica da postoje drugi načini kontrole zakonitosti rada ne umanjuje interes javnosti da sazna određene informacije.

Sa druge strane, istim tim javnim organima treba obezbijediti prostor i vrijeme u okviru kojeg će razmotriti dostupne pravce djelovanja, sa ciljem donošenja nepristrasne i zakonite odluke, bez uplitanja bilo koje strane. Otkrivanje informacija o protivpravnom postupanju može biti od pomoći za uspostavljanje vladavine prava, ali istrage o protivpravnim radnjama mogu zahtijevati povjerljivost da bi postigle željeni rezultat. Zbog toga, sve što interesuje javnost nije automatski pitanje od javnog interesa. Činjenica da se o temi raspravlja u medijima ne znači nužno da postoji javni interes da se objelodani informacija o njoj. Javna znatiželja (obični kuriozitet) nije isto što i javni interes koji nalaže objelodanjivanje, čak i ako značajan segment populacije ima želju da sazna informaciju.

Iz predstavljene prakse Evropskog suda za ljudska prava možemo zaključiti da je prag za dokazivanje zakonitosti odbijanja objave informacije postavljen visoko. Neke od informacija koje se mogu smatrati po svojoj prirodi povjerljivim su obavještajni podaci dobijeni od strane povjerljivih ili zaštićenih izvora ili stranih vlada, činjenice koje proističu iz postupka tekuće i zakonito vođene krivične istrage ili informacije o zakonitim istražnim tehnikama i metodama. U pogledu ličnih informacija, postoje okolnosti koje opravdavaju objelodanjivanje takvih informacija bez pristanka lica na koje se podaci odnose, ako za to postoje opravdani interesi. Kao primjeri do kojih su autori došli istraživanjem ove dileme na globalnom nivou navode se programi pomoći osobama koje prijete ugrožavanjem sopstvenog života zbog uskraćivanja socijalne pomoći, ustupanje ličnih i zdravstvenih informacija ustanovama nadležnim za zaštitu javnog zdravlja u slučajevima zaraznih bolesti ili dijeljenje podataka koji će dovesti do neposrednog srodnika preminule ili teško povrijeđene osobe. Konačno, poslovne tajne (*trade secrets*) takođe mogu biti predmetom objave ukoliko prouzrokuju interes i pažnju zajednice koja je

direktno pogođena planiranim poslovnim aktivnostima, i ukoliko takve aktivnosti zaslužuju javnu debatu.[9]

Autori smatraju da provođenje testa javnog interesa prema gore opisanim standardima najbolje služi cilju borbe protiv kulture „tajnosti“ unutar javnih službi, koja je donekle uvriježena i u našem društvu. Prema standardima moderne javne uprave, ovakav pristup nesumnjivo povlači i zahtjev za dodatnom obukom službenika koji su nadležni za postupanje po zahtjevima za slobodan pristup informacijama, gdje bi u novom svjetlu bili sagledani značaj i obim ovog prava, proceduralni mehanizmi koji omogućavaju njegovu realizaciju, efikasno vođenje i pristup bazama podataka, zaštita lica koja prijavljuju nezakonitosti i kategorije informacija koje podliježu obavezi objavljivanja.

LISTA REFERENCI

1. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda;
2. Odluka Evropskog suda za ljudska prava, *Center for Democracy and the Rule of Law v. Ukraine*, no. 75865/11, 2020;
3. Odluka Evropskog suda za ljudska prava, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, 2016;
4. Odluka Evropskog suda za ljudska prava, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. 37374/05, 2009;
5. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu, AP-1275/13, 2016;
6. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu, AP-3318/13, 2016;
7. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu, AP-3337/16, 2018;
8. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu, AP-461/16, 2018;
9. Smjernice za provedbu Zakona o pravu na pristup informacijama, Test razmjernosti i javnog interesa, Povjerenik za informiranje Republike Hrvatske, Zagreb 2017;
10. Ustav Bosne i Hercegovine 1995, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 25/09 – Amandman I;
11. Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 32/01 i 48/11;

[9] To je npr. slučaj u planiranom proširenju kamenoloma koje ima uticaja na životnu sredinu, zdravlje i bezbjednost većeg broja građana, nezavisno od rješavanja imovinskih odnosa.

12. Zakon o slobodi pristupa informacijama u na nivou institucija Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 61/23;
13. Zakon o slobodi pristupa informacijama u Republici Srpskoj, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 20/01.

Budimir Petković
Prof. dr Predrag Raosavljević
Mr. iur. Filip Novaković

The Institution of Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina

PUBLIC INTEREST TEST IN IMPLEMENTATION OF THE LAW ON FREEDOM OF ACCESS TO INFORMATION IN REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Free access to information gives every person the right to access information that is under the control of a public authority, while imposing on every public authority the corresponding obligation to publish it. In the event that there are circumstances due to which the authority could exempt certain information from publication, it is obliged to conduct a public interest test, which determines whether the interest of publishing the information or its withholding prevails since the requested information is in the domain of restrictions of a relative character, where access may or may not be denied. Denying access to information is not justified unless the public authority performs a strict three-part test where the burden of proof of the justification of the restriction always falls on the authority in possession or in control of requested information. The aim of this paper is to indicate what exactly the public interest test entails, how it is carried out, and what standards it should meet in order to consistently implement the principle according to which information in the possession of public authorities represents the public good. When evaluating the proportionality of interests, key elements that should be considered are whether the requested information indicates any crimes, injustice, abuse of power, negligence in the performance of official duties, non-compliance with legal obligations, unauthorized spending of public funds, and danger to the health or safety of the individual, society, and the human environment.

Key words: *Public interest test; Free access to information; Release of information*.

Р. Брковић, Б. Галић, Р. Раонић, *Конституционализација права на одмор*, Зборник радова „Правне празнине и пуноћа права“, Источно Сарајево 2024, стр. 237–260.

УДК/UDC 349.2:331.32
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / REVIEW ARTICLE

Проф. др Радоје Брковић

Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Крагујевцу, у пензији

Доц. др Борислав Галић

Факултет за привреду и правосуђе, Привредна академија Нови Сад

Рајко Раонић

Докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НА ОДМОР

„Једна од најбољих и најчистијих радости је одмор послије рада“
Имануел Кант

Доминантним-убрзаним развојем радног права у XXI вијеку, развијала су се и права и обавезе запослених код послодаваца. Једно од данас основних права, које пропагирају-промовишу многи уставни системи и детаљније закони о раду, јесте право на одморе у току рада и по основу рада. Претеча конституционализације овог права, и његовог увртавања у уставне системе широм свијета, је Вајмарски устав из 1919. године, који је био прекретница за концептуалицазију многих уставних система и увртавања овог права у исте. Овим правом и његовом конституционализацијом жели се обезбједити минимум права по основу рада-„достојанственог рада“, а ово се право законским текстовима развијало у најминималнијем обиму, испод којег не може ићи ниједан послодавац. Аутор у раду желе да приближе овај, данас, фундаментални правни институт које се црпи из Устава, Закона о раду и других подзаконских текстова, и да исти дефинишу са теоретскоправног аспекта и укажу

Радоје Брковић, *brkovicradoje@gmail.com.*
Борислав Галић, *galic.bora@gmail.com*.
Рајко Раонић, *rajkoraonic@gmail.com*.

на његов значај и специфичности око истог. С тога, предмет овог рада био би преглед теме из теоретскоправног угла и указивања на његов значај, наравно поткрепљено са становишта нормативноправног уређења и то према данашњој ситуацији и како је исто дефинисано „Lex fundamentalisom“, и указати на сличности и разлике, како је овај институт дефинисан у земљи и региону. Према мишљењу аутора, значај рада би откривао и циљ истог, а он би се огледао у томе што овај радноправни институт тј. право, представља једно од фундаменталних права запослених, и да је дубоко неразвијена свијест о његовом значају, а које је свакако, са разлогом, због своје битности саставни дио Устава Републике Србије.

Кључне ријечи: Запослени; Послодавац; Радно вријеме; Одмор у току рада; Дневни одмор; Годишњи одмор..

1. УВОД

У текстовима устава великог броја држава, данас се право на рад и права која прате тај радноправни институт, јемчи као посебно право међу слободама, правима и одговорностима човјека. Као идеја, затим један од најзначајних, најсложенијих и најтеже остваривих захтева радничке класе, и на крају њено признато право, како је у теорији традиционално означавано, нераздвојно је повезано са значајем и улогом рада у друштву. То право први пут је изражено као захтев који је добио и законско признање кроз акте донешене током револуционарних збивања у Француској, у фебруару 1948. године, и од тада је једно од основних људских права у сваком друштву у коме се чува достојанство човека, без кога се сва остала своде на нулу, како је за вријеме револуције писао Шарл Фурије.[1] Радно право у XXI веку је незамисливо без фундаменталног института који карактерише мање или више све радне односе, а то је право на одмор. Овај институт је осмишљен ради јачања права запослених и задовољавања њихове основне потребе а то је право на физичко и психичко одмарање од процеса рада. Овај институт – иначе право запослених, прокламовано је највишим правним актима тј Уставима[2] а касније дорађивано кроз

[1] Д. Драшковић, „Стварно значење уставног јемства права на рад*“, Правни живот* 12/2015, 657; Вид: Б.Чолић, „Импозантан спектар Уставом загарантованог права на рад и његова жаштита”, *Правни живот* 11/2016, 397;

[2] Устав Србије, *Сл. Гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021), чл. 60: Svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa. Niko se tih prava ne može odreći; Устав Црне Горе *Сл. Лист ЦГ*, бр. 1/2007, 38/2013 и Амандмани I-XVI), чл. 64: Zaposleni imaju pravo na ograničeno radno vrijeme i plaćeni odmor. Zapos-

Лех Фундаменталисе[3] и друге подзаконске акте[4] који су ишли у правцу да овај правни институт и додатно оснаже и побољшају. Полазећи од уставних гаранција, поред питања плата-зарада, питања ограниченог радног времена, одмора и одсуства, представљају веома битна питања за област рада и запошљавања, о којима се у већини случајева води социјални дијалог и врши колективно преговарање.[5] Свакако

leni imaju pravo na zaštitu na radu; Устав Хрватске, *Народне новине*, 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/02, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, чл. 56: Сваки запослени има право на тједни одмор и плаћени годишњи одмори ових права се не може одрећи; Уставом Македоније се прописује у члану 32, да, сваки запослени има право на дневни, недељни и годишњи одмор. Запослени се не могу одрећи ових права. Остваривање права запослених и њихов положај уређују се законом и колективним уговорима Док је Уставом Шпаније члан 35 и Француске члан 34 прописано, да се права запослених уређују законима и другим подзаконским актима; Уставом СФРЈ су била контституционализована права радника на дневни, седмични и годишњи плаћени одмор. Тадашњи устав доноси побољшање услова за раднике и умјесто дотадашњих 14 дана плаћеног годишњег одмора, чланом 162 став 4 новог Устава, је тај износ увећан на минимално утврђених 18 радних дана плаћеног годишњег одмора. На тај начин наша земља је тада инкорпорирала одредбе минимално утврђеног годишњег одмора Међународне организације рада, у свој уставни систем. Д. Паравина, „Социјална сигурност и стабилност радника према новом Уставу СФР Југославије*“, Зборник Правног факултета у Нишу* 1974, 89–97; Уставом ЕУ**,** су прописана индивидуална права радника у која спадају између осталог: право на поштене и праведне услове рада, који укључују заштиту здравља, безбједности и достојанства на раду, као и ограничавање трајања радног времена, право на дневни, недељни и плаћени годишњи одмор. Б. Лубарда, „Социјална права у уставу Европске уније*“, Право и привреда* 5–8/2005, 524; Ово право је релативно скоријег датума и до његове прве конституционализације долази тек са доношењем Вајмарског устава 1919 године, иако су први елементи права на рад били уграђени још у Монтањарском уставу из 1793. Е. Хасани, И.Чукаловић, *Коментар Устава републике Косово*, Deutsche Gesellschaft fur Internationale Zusammenarbeit 8GIZ) GmbH, 2013, 164; Може се уочити да је комплекс позитивних људских права, како је изложен у новом Уставу Србије, као у случају четри већ поменуте посткомунистичке земље (Мађарској, Бугарској, Чешкој, Словачкој) под утицајем немачке конституционалне доктрине, развијене на основу Вајмарског устава. П. Јовановић, „Уставни (дис)континуитет у савременој Србији у светлости европских и регионалних стандарда*“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2006, 106;

[3] Закон о раду – ЗОР, *Сл Гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – Аутентично тумачење.

[4] Законодавцу а касније и послодавцима је подзаконским актима остављено право додатног уређивања права на одмор; Општи колктивни уговор, *Сл Гласник РС,* бр, 50/2008, 104/2008 - Анекс I и 8/2009 – Анекс II чл. 10–11–12. Dužina godišnjeg odmora utvrđuje se tako što se zakonski minimum uvećava po osnovu kriterijuma utvrđenih zakonom, kao i po osnovu: - rada noću; - rada subotom i nedeljom; - invalidnosti; - statusa samohranog roditelja deteta do 14 godina života. Poslodavac je obavezan da zaposlenom utvrdi broj dana godišnjeg odmora, primenom kriterijuma utvrđenih zakonom, ovim kolektivnim ugovorom i posebnim, odnosno kolektivnim ugovorom kod poslodavca.

[5] Р. Кличковић, „Радно вријеме, одмори и одсуства у Републици Српској*“, Радно и социјално право* 1/2011, 96;

немерљив значај имају Препоруке и Конвенције Међународне организације рада (Мор)[6], која је кроз своје препоруке и конвенције додатно разрадила неке основне и минималне услове за имплементацију и развој овог радноправног института. Па се тако према ставовима Међународне организације рада, посебна радноправна заштита се јемчи посебно осетљивим лицима као што су жене (труднице, породиље), малољетници, запосленима старије доби. Право на одморе као једно од основних права сваког запосленог, постало је симбол слободног радног законодавства које предвиђа свака развијена земља, с тим што се ово право остварује на различите начине у свакој земљи понаособ. Под којим и каквим условима ће се стећи-активирати ово право, доста зависи од тога у којој сфери запослени ради, да ли је то држава-послодавац, или пак правна лица у приватном власништву.[7] Један од најкарактеристичнијих примера, јесте свакако сфера образовања, која предвиђа овај механизам у другачијем начину и облику. Право на одморе је загарантовано напред наведеним актима и његова примена тј. остваривање јесте сигурно, у супротном послодавац долази на праг прекршајне или грађанскоправне одговорности.[8] Циљ овог рада јесте

[6] Према Уставу Мор-а из 1919 године, ова Организација проучава и решава проблеме везане за рад и укупну социјалну политикуна међународном плану и ради на побољшању услова рада и живота радника. Јер постоје такви услови рада који великом броју лица наносе неправду, беду и одрицање, који стварају такво незадовољство да доводе у опасност светски мир и склад. П. Јовановић, „Радноправне димензије социјално-економсих права у европском и нашем праву”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2006*, 346; Услови рада представљају централну тему интересовања Мор-а. С. Јашаревић, „Радноправни и социјалноправни оквири Србије као правне државе*“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004, 363;

[7] На ово указује и Лубарда, који је става да се разликује радно време, па тако постоји радно време за све запослене, као и посебан правни режим радног времена за поједине делатности – *ratione materiae*, као и за поједине категорије запослених – *ratio personae.* Вид: Б. Лубарда, *Увод у радно право- са елемнтима социјалног права*, Правни факлултет Универзитета у Београду 2013, 181–183; Закон о основама система образовања и васпитања, *Сл. Гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018 – др. Закон, 10/2019, 27/2018 – др.закон, 6/2020 и 129/2021. Запослени у школи, по правилу, користи годишњи одмор за вријеме школског распуста. чл.161.

[8] Право на одмор спада међу основна права субјекта радног односа, и запослени не може да се одрекне овог права, не може да се смањи његова дужина трајања, нити пак, ово право може да се пренесе на друго лице. С обзиром да се гарантује највишим општим актима (уставом и законом), послодавац мора запосленом да омогући коришћење одмора јер у супротном чини прекршај, и као такво, ово право не може да буде предмет погодбе између запосленог и послодавца. Д. Батавељић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу 2013, 252–253; Из казненог дјела Закона о раду Хрватске очита је опредељеност законодавца да повреде правила о одморима третира као теже прекршаје послодавца, а да најтежим прекршајима послодавца утврђује повреде правила о распореду и трајању радног времена. С обзиром на чињеницу да су правила о одморима у једнакој мјери правила о заштити здравља и

да овај институт-право, приближи са нормативноправног и теоретскоправног аспекта, и да заправо нагласи његову суштинску важност јер је исти дио Уставних система многих земаља. Његовом применом и имплементацијом заправо се жели указати и дати на значају запосленом, који своја основна права по основу рада може и мора остваривати код сваког послодавца. Тако је према мишљењу професорице Ковачевић-Перић, насупрот стремљењу пристојног рада који је усмерен ка хуманизацији рада и услова на истом и морализацији радних односа, савремени трендови глобализације (дерегулације, флексибилизације), потиру концепт социјалне кохезије, оживљавају неолибералне аспирације у односима рада и капитала и тиме стварају услове за нарушавање „фундаменталних људских права и принципа на раду“. И према њеном мишљењу и поред цивилизацијиских успона, у погледу стања људских права и слобода на раду, и уопште, ситуација у радним односима је, као с краја XIX вијека.[9]

И да сублимирамо, социјална и економска права која се гарантују у уставним системима, па самим тим и право на рад и између осталог и право на одморе, гарантују се у релативном смислу. Конституционализација права на рад и права која га прате, ни у једном уставном систему не подразумјевају гаранцију државе да обезбједи право на посао и права која из истог произилазе сваком радноспособном грађанину, већ искључиво гаранцију, да уколико запосленом ова права припадају тј. иста је остварио, не може бити ускраћен нити дискриминисан. Најкраће, своди се на ангажовану и активну улогу државе да ствара привредни и друштвени амбијент који ће обезбједити што шире могућности за остварење овог права. Држава, наравно, путем свог апарата и законског механизма треба да осигура законитост функционисања, стабилност и законитост већ успостављеног радноправног односа запосленог са послодавцем и обрнуто.[10]

сигурности на раду као што су то и правила о радном времену, оваквим разликовањем законодавац показује неразумјевање основне сврхе тих правила и циљева које њихова примјена мора постићи. Наиме, здравље и сигурност радника могу једнако угрозити повреде правила о одморима као и повреде правила о организацији радног времена. С.Шокчевић, „Заштита здравља и сигурности радника примјеном правила о радном времену и одморима*“*, *Сигурност* 2/2012, 156;

[9] Љ. Ковачевић-Перић, „Људска права у савремном развоју*“*, *Радно и социјално право* 1/2013, 101;

[10] Д. Драшковић, 670;

2. ОДМОР КАО ОСНОВНО ПРАВО

Прекомерно дуго радно време и неадекватна организација радног времена доводе до замора радника, што узрокује акутне и хроничне последице по њихово здравље. Дуго радно време током радног дана доприноси стварању несанице и губитку концентрације у раду који може на крају довести до повреда и несрећа на раду. Отуда, главна сврха прописа који регулишу трајање и организацију радног времена је заштита здравља и сигурности радника.[11] Из напред наведеног заправо и произилази суштински зашто су права на одморе данас нека од најосновнијих права.[12] Одмор је раднику неопходан и немогућност да се одмори доводи до исцрпљивања[13] Пуно право које је признато укључује право на одмор, разоноду, разумно ограничење радног

[11] Т. Каламатиев, А. Ристовски, „Трајање и организација радног времена и прописи о плаћеном годишњем одмору у праву Европске уније и у Македонском радном законодавству“, *Право и Мултидисциплинарност-Зборник радова са међународне научне конференције,* Правни факултет Универзитета у Нишу 2019, 262.

[12] Према мишљењу Шундерића, право на одмор спада у групу (социјалних) права којима се обезбјеђује: заштита здравствених и других радних способности радника од претераног исцрпљивања, обнављање радних способности, тј репродуковање истрошене радне енергије, активни и пасивни одмор и разонода и унапређење радних способности стицањем нових знања и на други начин. Радницима се не може ускратити право на коришћење одмора. Међутим, ни радник се не може одрећи права на годишњи одмор. Б.Шундерић, *Радно право- Приручници за полагање правосудног испита-Књига 10*, Службени гласник, Београд 2010, 117. и Б. Шундерић, „Социјалне функције предузећа*“, Право и привреда* 3– 6/95, 618; Ових права се нико не може одрећи, А. Петровић, „Међународни стандарди рада и радноправни систем наше земље*“, Радно и социјално право* 1/2013, 16; Према мишљењу Јовановића, Привредно–економско окружење је такође од значаја за сврсисходније коришћење одмора. Јер, уколико радник, због ниске зараде, своје слободно вријеме мора да користи за додатно радно ангажовање и за обезбјеђивање допунских прихода, онда раднику врло мало времена остаје за одмор и обнављање психофизичких и радних способности. То се даље негативно одражава на његов рад у радном односу и на зараде које по основу таквог рада остварује, Вид: П. Јовановић, *Радно право*, Правни Факултет Нови Сад 2015, 233– 234; За Карл Маркса је, слободно вријеме, прије свега, „вријеме за слободан развитак“. К. Маркс*, Темељи слободе,* Напријед, Загреб 1976, 274; Ограничавање и скраћивање трајања радног времена, одмори и одсуства, као и други институти, воде очувању и унапређивању радноправне способности радника. П. Јовановић, Д. М. Божичић, „Заштита и безбедност запослених на раду“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2016, 758.

[13] V. Mantuvalu, „Labour Rights Human Rights“, *European Labor Law Journal* 2/2012, 151–172; Основне функције одмора су: - физиолошко-здравствена, која има за циљ отклањање умора; - радно-заштитна која има за циљ превенцију од исцрпљивања и повређивања на раду; - економска која има за циљ продуктивнији рад; - социјална која има за циљ обезбјеђивање слободног радног времена. В. Симовић, „Право запослених на одморе - према међународним стандардима и црногорском праву*“, Научни скуп са међународним учешћем “Право и друштвена стварност”, Правни факултет Приштина – Косовска Митровица* 2014, 258.

времена и повремени плаћени одмор. Порицање тог права представљало би озбиљну повреду људског достојанства; то је била, на пример, једна од најрепресивнијих карактеристика нерегулисаног капитализма у 19. веку.[14] Право на одморе је проистекло као обавеза послодавца да пази по службеној дужности на остваривање истих од страна запослених, а притом узимајући у обзир приликом расподјеле[15] ових права, да посебно обрати пажњу на потребе процеса рада и минимално утврђено право запосленог на одморе, који га по закону следују. С тога послодавац се налази у раскораку да обезбједи несметано обављање процеса рада а да притом мора да обезбједи запосленом право на одморе. Одмор у радноправном смислу представља временски период који није радно вријеме.[16] Према мишљењу професора Каламатиева и Ристовског, термини „радно време“ и „одмор“ појмови који су међусобно искључиви, засновани на принципу „или - или“, што значи да одређени временски период може да се квалификује или у оквирима радног времена или као време за одмор.[17]

Па између осталог пракса је до сада искристалисала три врсте одмора које предвиђа већи број Закона о раду а то су права на: одмор у току радног дана, дневни, недељни и годишњи одмор.[18] На међународном нивоу, неке конвенција које прописују минимум права на остваривање одмора су: Универзална декларација о људским правима,[19] Конвенција 132 Мор-а[20], Директива ЕЗ 93/104 и Директива ЕЗ 2003/88.[21]

---

[14] J. Donnelly, *Universal Human Rights*, Cornell University Press, 2nd ed., 2003, 28; Основна права по основу рада која јемчи Устав Србије у члану 60, било би „шире схватање достојанства на раду“ који јемче многобројни међународни акти. Р. Косановић, С. Пауновић, „Достојанство на раду*“, Радно и социјално право* 2/2018,143–160.

[15] Закон о државним службеницима – ЗОДС, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005-испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022, чл 55: Распоред радног времена у оквиру радне недеље утврђује послодавац; Одлуку о распореду коришћења одмора у току дневног рада доноси послодавац, чл 65.

[16] Директива ЕЗ 2003/88 чл. 2 став 1 тачка 2.

[17] Т. Каламатиев, А. Ристовски, „Европска директива о одређеним аспектима организације радног врмена (2003/88/ЕЗ) и Македонско радно законодавство-Актуелна Ситуација и критичке тачке (Не) усклађености“*, Радно и социјално право* 1/2018, 29.

[18] ЗОР.

[19] Универзална Декларација о људским правима, *Генерална Скупштина* УН, 1948. Чл 24; На основу опште декларације, УН су 1966 године донјели два пакта о људским правима од којих је један „Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима“, који садржи већи број одредби из подручја радног права. На пример, о: забрани дискриминације (чл. 2), праву на рад (чл.6), праведним и повољним условима рада, хигијенско-техничкој заштити на раду, напредовању у раду, одсуству и др. (чл.7). А Петровић, 4.

3. УСТАВНА И ЗАКОНСКА РЕГУЛАТИВА ПРАВА НА ОДМОР

Из свега наведеног у претходном дијелу рада, јасно се закључује да право на одморе представља модерни систем радних односа који је незамислив без истих. С тога, и не чуди уставна утемељеност овог права у многим земљама широм свијета. Према радноправним теоретичарима, ово право припада групи основних права (симбол и принцип достојанственог рада) по основу радног односа, и неотуђиво право, којег се појединац у овом случају запослени, не може одрећи. Своју контитуционализацију, ово право акумулира из Устава Србије, тачније члана 60. Уставом се јемче основна и неотуђива права по основу рада па између осталог своје утемељење проналази и „право на одморе“.[22] Разлог за утемељењем овог института у многим Уставима јесте свакао немјерљив утицај и значај међународних докумената (конвенција и препорука).[23] Под утицајем и у циљу имплеметна-

[20] Конвенција бр 132 Међународне организације рада о плаћеном годишњем одмору, прописује у члану 3 „Свако лице на које се примјењује ова Конвенција има право на плаћени годишњи одмор у одређеном минималном трајању. Свака чланица која ратификује ову Конвенцију тачно утврђује дужину одмора у једној изјави коју прикључује уз ратификацију. Одмор ни у ком случају не сме бити краћи од три радне недеље за годину дана службе“; Препоруком Мор-а 162 из 1980 године, параграф 14, предвиђа већи број индивидуалних права старијих запослених, па један од тих права су смањење радног времена и повећање годишњих одмора, Д. Јовевски, Д. Босиљанов, „Систем заштите здравља и безбједности на раду старијих радника“, *Радно и социјално право* 1/2013, 205.

[21] Док се овом директивом утврдили неки минимални стандарди а који се тичу, дневног одмора, недељног одмора, најдуже недељно радно вријеме, годишњи одмор, трајање ноћног рада итд. О праву на одморе вићети више: J. Rojot, R.Blanpain, *General Report*, Legal and Contractual Limitations to Working Time in the European Union, Peeters Press, Leuven 1997, 31–51.

[22] Тако су у Великој Британији, одредбе о одморима другачије уређене па према Правилнику о радном времену 1998. агенцијски радници и запослени имају законско право на најмање четири недеље плаћеног годишњег одмора. Јавни и државни празници се могу рачунати у ово право. Током прве године радника запослења, право настаје сразмерно. Пошто је Правилником утврђено само минималним захтевима, издашније одредбе које се односе на годишњи одмор могу се донети у уговор о раду. *Working Regulations SI 1998 NO 1883, Research Paper 98/82, 10 August 1998; A Guide to UK Employmet Law, https://www.tim-russell.co.uk/upimages/employment%20guide.pdf, приступљено дана 31.03.2023 године.*

[23] Па један од таквих докумената који доприноси утемељењу права на одмор као једно од данас уставних права и који је сигурно индиректно утицао да се законодавци опредјеле да ово право уврсте у ред Уставних права по основу рада, јесте *Директива 94/104 ЕЗ од 23. Новембра 1993 године*, која у члану 1 став 2 прописује минимални период дневног одмора, седмичног одмора и годишњег одмора. О утицају поменуте Директиве, говори у прилог и чињеница, да је иста утицала и на развој Литванског радног права у погледу регулисања права на одморе. T. Davulis, D. Petrylaito, “*TACKLING THE ECONOMIC CRISIS: LABOUR LAW IN LITHUANIA*”, Labour Regulation in

ције европских трендова и развојних правних стандарда, велики број законодаваца се базирао да право на одмор данас представља једно од најзначајних питања која се тичу радног права, тј. права које произилази по основу рада. Да би ово право суштински било присутно у сваком радном односу, како код нас, тако и у земљама региона, врло је битна његова имплементација и валоризација. Сама унификација није довољна, уколико од истог нема крајњи корисник овог права, а то је сваки запослени. Свјесни чињенице да ово право зна некада бити инструмент злоупотребе, тј. у крајњем случају несавјесног поступања послодавца, његова важност се не смије занемарити. Требало би изнаћи модел који би био најдјелотворнији, да остваривање овог права функционише перфектно (нпр. појачана инспекцијиска контрола), јер у само таквим околностима, не бисмо долазили до ситуација да запослени у крајњем случају – врло често, одсуствује из здравствених разлога или да заштиту овог прва остварује преко суда у судском поступку (у поступку приликом отказа).

Ово уставом загарантовано право, своју детаљнију примјену и разраду истог, у којим и под каквим околностима се исто остварује-стиче, разрађује претежно Законом о раду.[24] Законом се уређује ово право на општи начин према свим запосленим на територији земље. Док се појединим законима може ово право и додатно регулисати али под обавезно у повољнијем облику, него ли су то прописи који важе у Лех Фундаменталису.[25] Запослени који ради најмање шест часова

---

the 21st Century: In Search of Flexibility and Security, 12*;* Па су на основу овог и сличних докумената, многи уставни системи незамисливи без права по основу рада а у које припада и право на одмор. Тако је *Уставом Италије* прописано да се максимална дужина радног дана утврђује са законом. Радник има право на недељни одмор и плаћени годишњи одмор, а не може га се одрећи. Чл. 36; *Устав Пољске* у члану 66, прописује : да запослени има право на празнике утврђене законом и годишњи плаћени одмор,максимални стандарди радног времена су предвиђени законом; *Уставом Португала* тј чланом 59 истог, држава гарантује: држава је дужна да обезбједи одморе запосленима, радници посебно имају права на ограничење радног времена;

[24] Према Закону о државним службеницима дефинисана су права на: одмор у току дневног рада, дневни одмор, недељни одмор, годишњи одмор, и одсуство уз накнаду зараде (плаћено одсуство), као врло значајно право које не спада у домен одмора већ искључиво служи и припада запосленом по основу заштите и остварења неких других права (нпр.породичних).

[25] Државни службеник има право на одморе и одсуства према општим прописима о раду и посебном колективном уговору. Државни службеник има право на годишњи одмор од најмање 20 а највише 35 радних дана, према мерилима одређеним посебним колективним уговором. Изузетно од става 2 овог члана, државни службеник који остварује право на скраћено радно вријеме има право на годишњи одмор највише до 40 радних дана.Чл. 14; Закон о државним службеницима и намјештеницима, *Сл. лист ЦГ*, бр. 2/2018, 34/2019, 8/2021 и 37/2022 – Одлука УС ЦГ прописује: Државни службеник, односно намјештеник има право на годишњи одмор. Годишњи одмор одређује

дневно има право на одмор у току дневног рада у трајању најмање 30 минута.[26] Док запослени који радни дневно од четри до шест радних часова, има право на одмор у трајању од 15 минута, а онај запослени који ради дуже од 10 часова дневно има право на одмор у тарајању од

се према дужини радног стаж, и то: - од једне до три године 20 радних дана; -од три до седам година 21 радни дан; - од седам до десет година 22 радна дана; - од десте до 15 година 23 радна дана; - од 15-20 година 24 радна дана; - од 20 до 30 година 26 радних дана; - преко 30 година 28 радних дана; Државни службеник, односно намјештеник има право на одсуство са рада, у складу са општим прописима о раду, ЗОДС.

[26] Законом о раду је изричито прописано да се одмор у току дневног рада урачунава у радно време. Под радним временом се у упоредним радноправним системима (ЕУ, САД, Јапан, Русија итд) не сматрају паузе у току рада, док је у домаћем и у црногорском праву задржано за запослене повољније решење (из периода социјализам) – пауза, тј одмор у току рада је саставни дио радног времена. М. З. Кулиџан, „Право на рад у Уставу Републике Србије*”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2016, 322; Одмор траје најмање 30 минута а док се може предвидјети и у другом обиму али свакако већем, о томе одлучује послодавац, а доста зависи од тежине и карактера послова које обавља запослени. Одмор се обично користи у континуитету. Према Ивошевићу, овај одмор се код нас претежно користи стихијски, па због тога и не чуди што је код нас учесталост повређивања веома изражена, нарочито у грађевинарству, рударству, саобраћају, металургији и металној индустрији. З. М. Ивошевић, М.З.Ивошевић, *Коментар закона о раду*, Службени гласник, Београд 2021, 176–178; Извори радног права Европске Уније, уређују радно вријеме са двојаким циљем: да се заштити безбједност и здравље радника и спречи нелојална конкуренција (социјални дампинг). Љ. Ковачевић, „Новелирање комунитарноправних прописа о радном времену: колико ће трајати радна недеља у Европи“, *Право и привреда* 9–12/2009, 90; Паравина тврди да су једни од кључних фактора за унапређење и заштиту радне средине, радне способности и здравља радника, уставом валоризована права на ограничено радно вријеме и одморе, која следују запослене. Д. Паравина, „Унапређивање и заштита радне средина, радне способности и здравља радника*“, Зборник Правног факултета у Нишу* 1974, 111–130; Другим речима, циљ заштите безбједности и здравља на раду, јесте превенција од повреда на раду, као и професионалних болести и болести у вези са радом. Без одговарајућег нивоа „безбједности“ на раду не може бити речи ни о достојанственом раду, јер: *Достојанствен рад јесте безбједан рад*. Здравље и безбједност на раду, дакле, јесу витална компонента достојанственог рада. М. Петровић, „Превенција повреда на раду и професионалних обољења – појам, трошкови и економски подстицаји за улагање у превенцију*“, Право и привреда* 7–9/2019, 679; Свакако да парадигма – пристојан рад, рад за живот достојан човека, промовише нову еру социјалне правде у односима рада и капитала. Тиме, универзална слобода и права човека на раду немају супституте ни у савременим трендовима, не могу се свести на „soft low“. Љ.Ковачевић-Перић, „Људска права на раду у савременом развоју*“, Радно и социјално право* 1/2013, 114; Законом о раду Хрватске се отишло корак даље него ли је то законска норматива код нас, па је тако прописано да право на дневни одмор у трајању од минимум 30 минута ће имати малољетник који ради најмање 4Х и 30мин; чл 73 став; Прековременим радом не може се сматрати рад у вријеме обавезног одмора у току дневног рада у трајању од најмање 30 минута. Пресуда Врховног суда Црне Горе Рев.107/19 од 08.05.2019. године.

најмање 45 минута.[27] Оно што је законодавац предвидио као рестриктивно правило, јесте да запослени ово право не може користити на почетку или на крају радног времена и да ово право урачунава се у радно вријеме.[28] Право на одмор у току дневног рада по правилима требало би организовати да се процес рада несметано развија и одвија, осим ако природа посла не дозвољава прекид рада, као и ако се ради са странкама.[29] Запослени има право на одмор у трајању од најмање 12 часова непрекидно у оквиру 24 часа. Запослени који се сагласио са прерасподјелом радног времена којом је утврђено да запослени не може у таквој ситуацији радити дуже од 60 часова недељно, остварује право на одмору у оквиру 24 часа у непрекидном

27 Тако је црногорским Законом о раду, чл. 73, прописано, да запослени има право да тражи од послодавца, да се сходно вјерским и традиционалним увјерењима, једном седмично, вријеме одмора у току радног дана прилагоди термину подобном за практиковање датих права и увјерења, ако му природа посла дозвољава прекид рада.

28 ЗОР, чл. 64; Из разлога што заштитна функција одмора долази до пуног изражаја ако се користи кад дође до правог замора, а он настаје према истраживањима, половином дневног рада. Одмор у право време је значајан превентивни фактор када је реч о безбједности рада. За вријеме проведено на одмору, запослени задржава права, обавезе и одговорности из радног односа. Повреда за вријеме одмора сматра се повредом на раду. М. З. Ивошевић, З.М.Ивошевић, 178; Законом о раду Републике Словеније – Закон о деловних размјерих, *Уредни лист РС*, шт. 21/13, 78/13 – попр., 47/15 – ЗЗСДТ, 33/16 – ПЗ-Ф 52/16, 15/17 – одл. УС, 22/19 –ЗПосС, 81/19, 203/20 – ЗИУПОПДВЕ , 119/21 – ЗЧмлС-А , 202/21 – одл., УС, 15/22 ин 54/22 – ЗУПС-1“ је прописано да се пауза може користити након једног сата рада и најкасније један сат пре краја радног времена. Чл 154; Према Закон за работните односи, *Службен весник на Република Македонија*“ бр. 62/2005; 106/2008; 161/2008; 114/2009; 130/2009; 149/2009; 50/2010; 52/2010; 124/2010; 47/2011; 11/2012; 39/2012; 13/2013; 25/2013; 170/2013; 187/2013; 113/2014; 20/2015; 33/2015; 72/2015; 129/2015 и 27/2016), чл. 132 пауза се може одредити тек након два сата рада, а најкасније три сата пре краја радног времена.

29 ЗОР, чл.65; Посебан сензибилитет би требало да имају законодавци а у крајњем и послодавци према женама трудницама и породиљама. Мајке доиље имају право, а ради дојења детета, на један или више прекида у раду („одмора“) чију ће дужину одредити национална законодавства. Прекиди у раду се имају рачунати у време проведено на раду и као такви бити плаћени и то независно од чињенице да су прекиди у раду једном случају регулисани и националним законодавством а у другом случају колективним уговором о раду. Д. Паравина, „Правни положај радница према уставу, конвенцијама и препорукама Међународне организације рада*“, Зборник радова Правног факултета у Нишу* 8/1969, 175–186; Према Урдаревићу, послодавац је дужан да запосленој жени која се врати са породиљског одсуства пре времене обезбједи паузу у току радног дана у намјањем трајању од 90 минута или да пак радно вријеме запосленој скрати за 90 минута, а то све док дјете не наврши годину дана. Ова пауза рачуна се у радно вријеме. Б.Урдаревић, „*Приручник за запослене – уклађивање радног и породичног живота“*, Фондација Ане и Влада Дивца, Београд 2020, 13; Вид: Р. Брковић, „Специфичности радноправне заштите жена и деце – Конвенције Међународне организације рада са освртом на радноправну регулативу у Републици Србији“, *Правни живот* 11/2017, 313–323.

трајању најмање од 11 часова.[30] Право на недељни одмор запосленом припада у трајању најмање од 24 часа непрекидно а којем се додаје вријеме одмора од утврђеног дневног одмора. Став законодавца је да право на недељни одмор би по правилу требало искористити недељом,[31] а уколико процес рада послодавца то не дозвољава, послодавац може предвиђети и други дан за коришћење овог права. Запослени који због обављања посла у различитим смјенама или у прерасподјели радног времена не може да користи одмор у трајању од 24 часа, има право на недељни одмор у трајању од најмање 24 часа непрекидно. Уколико пак запослени због процеса рада, ради и на дан свог одмора, послодавац је у обавези да му обезбједи одмор у трајању од најмање 24 часа непрекидно у току наредне радне недеље.[32] Седмични одмор треба да обезбједи рекреацију и обнављање радне снаге запосленог, као и задовољавање материјалних, културних, духовних, породичних и других ширих циљева. Због тога овај одмор треба да одговара већем броју физиолошких, психичких, социјалних, економских и других потреба запосленог, с једне стране, и ефикасно је средство за сузбијање изостанака запослених с рада, с друге стране.[33] Запосленом се гарантује право на годишњи одмор.он ово право стиче и исто га следује у календарској години после мјесец дана непрекидног рада од дана заснивања радног односа код послодавца.[34] Под неп-

[30] ЗОР, чл 66; Слично решење је предвидио и Закон о деловних размјерих, чл. 155, док је чланом 157 истог закона, предвиђено, посебне форме и одступања, од норми које прописују права на одморе запосленима.

[31] Тако је Законом о унутрашњој трговини Црне Горе, *Сл лист ЦГ,* бр. 49/2008, 38/2019 предвиђено: Трговина на велико и трговина на мало не може да се обавља недељом и у дане државних и других празника одређеним законом којим се уређују државни и други празници. Изузетно од става 1 овог члана недељом и у дане државних и других празника трговина на велико и трговина на мало може обављати у: - апотекама; - специјализованим продавницама..... вићети више чл.35а; Ово право је највише погодило запослене у приватном сектору који услед динамичног радног времена (рад у смјенама преко цијеле недеље), нису имали обезбјеђен сигуран дан одмора - јер је дан одмора варирао од потреба послодавца и самог запосленог, с тога ово је врло креативно решење од стране Црногорског законодавца а у интересу запослених; Законом о раду Републике Хрватске, чл. 75, прописано да недељни одмор радник користи недељом, или у дан који недељи претходи; Према закону о раду Француске, *Code du travail*, прописано је да недељни одмор мора бити у најмањем обиму 24 узастопна сата, и да је у интересу запослених да тај дан буде недељом. Л. 3132-2 – Л.3132-3.

[32] ЗОР, чл 67.

[33] С. Дедић, Ј. Гардашевић-Сијерчић, *Радно право, друго новелирано и проширено издање,* Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 271.

[34] У Сјеверној Македонији, овај услов је минимум шест мјесеци, запослени мора бити запослен код послодавца, да би стекао право на годишњи одмор. Закону за работните односи, чл. 139.

рекидним радом сматра се период који је запослени провео и у времену привремене спријечености а које га право следује по основу здравственог осигурања. Како и сам Устав Републике Србије гарантује и прописује, запослени се не може одрећи права на годишњи одмор, нити му се исто може ускратити или замјенити новчаном накнадом, осим у случају престанка радног односа.[35] Право на годишњи одмор припада запосленом по основу сваке календарске године и то најмање 20 радних дана.[36] Увећање овог минимума од 20 радних дана је свакако последица неких објективних околности попут доприноса на раду, услова рада, дужине радног стажа, радног искуства, спреме запосленог, чије се увећање предвиђа општим актом или уговором о раду. Радна недеља по којој запослени остварује право на коришћење годишњег одмора рачуна се као пет радних дана,[37] док се празници који су нерадни дани, привремена спријеченост за рад,[38] не рачунају у дане годишњег одмора.[39] Право на годишњи одмор сразмјерно се обрачунава и припада у висини једне-дванаестине за сваки мјесец дана рада у календарској години у којој је засновао радни однос или у којој му престаје радни однос.[40] Годишњи одмор по правилу се користи једнократно а законодавац је предвидио и оставио могућност да се исти користи у дјеловима. Када запослени искористи могућност илити послодавац није у могућности да му обезбједи несметано једнократно коришћење овог права, па своје право искористи у дјелови-

[35] ЗОР, чл 68.

[36] Запослени коме је у току године престао радни однос, остварује право на годишњи одмор у пуном обиму како је то закон прописао (притом узимајући у обзир и формулу увећања истог како је то ближе описано у колективном уговору и уговору о раду). П. Михајловић, „Одговори на питања из облати радних односа*“, Право и привреда* 9–12/2005,119–120; Врло занимљива и креативна решења су предвиђена Законом о деловних размјерих којим је прописано, да старији радник, инвалид рада, радник са тјелесним инвалидитетом од најмање 60% и радник који негује и штити дијете којем је потребна посебна нега и заштита у складу са прописима којима се уређују породична давања, на најмање три додатна дана годишњег одмора. Запослени има право на један додатни дан годишњег одмора за свако дете које није навршило 15 година живота. Слично решење је предвиђено и у Закон за работните односи Републике Сјеверне Македоније у чл. 137.

[37] Запослени који ради шест радних дана, има право на годишњи одмор у трајању од 24 радна дана. Законом о раду Црне Горе, чл. 81.

[38] Ако је запослени за вријеме коришћења годишњег одмора привремено спречен за рад у смислу прописа о здравственом осигурању – има право да по истеку те спријечености за рад настави коришћење годишњег одмора. ЗОР, чл. 70 ст. 3.

[39] Према, Закону за работните односи, чл. предвиђено је слично решење, па је истим прописано да се празници, суботе и недеље и слободни дани, изостанци због боловања, као и други случајеви оправданог одсуства са посла не рачунају у дане годишњег одмора.

[40] ЗОР, чл. 69, 70, 71, 72.

ма, у обавези је да први дио користи најмање у трајању од двије недеље непрекидно у току календарске године, а остатак најкасније до 30. јуна наредне године.[41] Право је запосленог да одабере моделе коришћења права на годишњи одмор, па тако има право према овом закону да користи двократно, мада се са послодавцем може договорити да годишњи одмор користи у више дјелова. Уколико запослени није у цјелини или дјелимично искористио годишњи одмор због одсутности са рада ради коришћења породиљског одсуства, одсуства ради његе дјетета и посебне његе дјетета, има право да годишњи одмор у цјелини или дио који није искористио, искористи до 30 јуна наредне године.[42] На који ће начин и у којем обиму запослени остварити ово право, одлучује послодавац уз консултације са запосленим.[43] Актом којим се одлучује о овом праву, јесте решење[44], које мора бити достављено запосленом најкасније 15 дана прије датума одређеног за почетак коришћења годишњег одмора, док се изузетно предвиђа да уколико се годишњи одмор користи на захтјев запосленог, решење о коришћењу годишњег одмора послодавац може доставити и непосредно прије коришћења овог права. Вријеме коришћења годишњег одмора, може да се измјени, уколико то захтјева процес рада и стање на послу и то најкасније пет дана прије дана одређеног за коришћење годишњег одмора. Када је у питању коришћење колективног годишњег одмора код послодавца или у организационом дјелу код послодавца, послодавац може да донесе решење о годишњем одмору у коме наводи запослене и организационе дјелове у којима раде и да исто истакне на огласној табли, најмање 15 дана прије дана одређеног за коришћење годишњег одмора, чиме се сматра да је решење уручено запосленима. Остављена је могућност да се решење о коришћењу годишњег одмора достави запосленом у електронској форми као и на његов захтјев послодавац је дужан да то решење и писмено достави.

[41] Слично је регулисано и Законом о деловних размјерих чл. 162.

[42] ЗОР, чл 73; Пресуда Управног суда Црне Горе У.бр.3094/19 од 19.03.2021. год.

[43] Годишњи одмор се користи водећи рачуна о потребама процеса рада, могућностима одмора и рекреације радника и водећи рачуна о његовим породичним обавезама. Родитељи дјеце школског узраста имају право на коришћење најмање једне седмице годишњег одмора за вријеме школског распуста. Запослени има право да у току године користи један дан годишњег одмора (ово право предвиђа и Закон о раду Хрватске) а да притом мора најавити исти послодавцу три дана раније (слично решење је предвиђено и у Сјевреној Македонији) гдје се оставља могућност запосленом да бира коришћење два дана годишњег одмора са најавом послодавцу три дана прије. Законом о деловних размјерих чл. 163.

[44] Распоред коришћења годишњег одмора, послодавац је дужан да донесе до 30. јуна текуће године. Законом о раду Републике Хрватске, чл 85; Док је у Црној Гори послодавац у обавези да распоред коршишћења одмора, донесе до 30. априла текуће године.

Уколико је дошло до престанка радног односа, послодавац је дужан да запосленом који није искористио годишњи одмор у цјелини или дјелимично, исплати новчану накнаду умјесто коришћења годишњег одмора и то у висини просјечне зараде у претходних 12 мјесеци, сразмјерно броју дана неискоришћеног годишњег одмора.[45] Задовољење овог права на новчану исплату, има карактер накнаде штете.[46]

Поред великог броја правних аката, како националних тако и међународних у практичној примени истих постоје одређене недоумице које су резултат пре свега, различитих тумачења субјеката који се баве професионалном применом нормираног права. Одређене несугласице постоје поводом утврђене обавезе да се први део годишњег одмора у трајању од најмање двије радне недеље непрекидно мора искористити у току календарске године. Друга врста проблема односи се на накнаду за (не) искоришћени годишњи одмор. Када се ради о првој врсти проблема сматрамо да воља субјеката радног односа треба да буде одлучујућа за коришћење годишњег одмора у дијеловима, јер уговор о раду је резултат сагласности воља послодавца и запосленог, с тога треба код модела коришћења годишњег одмора у деловима испоштовати захтјев запосленог, који најчешће из оправданих разлога не жели да користи први део годишњег одмора у

[45] Право на коришћење годишњег одмора везано је за вријеме проведено на раду, тј фактички рад у години за коју се тражи годишњи одмор, а вријеме од годину дана након престанка функције, за коју је функционер примао накнаду, не убраја се у вријеме проведено на раду за које би истом припало право на коришћење годишњег одмора. Пресуда Управног суда Црне Горе У.бр. 6118/19 од 05.04.2021 године.

[46] ЗОР, чл. 75–76; Вид: М. З. Ивошевић, З. М. Ивошевић, 195–196; Накнада штете за неискоришћени годишњи одмор се утврђује у зависности од дужине годишњег одмора према просјечној заради коју је запослени остварио код послодавца за годину или дио године у којој је стекао право на коришћење годишњег одмора. Пресуда Управног суда Црне Горе У.бр. 5098/20 од 17.03.2022. године. Ако одговарајућа могућност коришћења права на плаћени годишњи одмор никада није пружена, новчана накнада предвиђена чланом 7 Директиве 2003/88 покрива читаво трајање радног односа, до његовог престанка. Ограничење од 18 мјесеци од завршетка године у којој се то право стечено мора искористити, није у складу са чланом 7 Директиве. *C.King protiv The Sash Window Workshop Ldt i Richarda Dollara C– 214/16 od 08.06.2017* године*;* Радник коме је незаконито престао радни однос, што је утврђено у судском поступку у коме је наложено његово враћање на посао, тај радник нема право на новчану накнаду за неискоришћени плаћени годишњи одмор за раздобље од дана незаконитог отказа до његовог враћања на рад. *QH против Varhoven kasacionen sad na Republika Bulgaria , CV protiv Iccrea Banca SpA C-762/18 i C-37/19 од 18.06.2020;* Право на накнаду штете за наискоришћени годишњи одмор имају и правни сљедбеници-наследници запосленог који је преминуо а није остварио ово право по основу рада. Став Европског суда је да, домаћи прописи се морају изузети иако не предвиђају ово право законских сљедбеника. *Stad Wuppertal protiv Marije Elisabeth Bauer i Voker Willmeroth protiv Martine Bro&onn* спојен предмет *C-569/16,C-570/16 od 06.11.2018* године.

континуитету две радне недеље (најмање десет радних дана). Сматрамо, да неведена конвенција Мор-а 132 не захтјева да се годишњи одмор користи на начин како је то Законом о раду Србије, Црне Горе, Босне и Херцеговине, Републике Српске, регулисано. с тога је неопходно извршити ревизију постојеће законске регулативе у смислу да субјекти радног односа сами сагласношћу воља одлуче како ће и по ком моделу искористити минималне дане годишњег одмора. Овакав став произилази из одредби Конвенције, а измјенама законских норми отклониће се препреке за флексибилније пословање и онемогућиће се прекршајно дјеловање послодавца. Аргумент за овакав став треба тражити у пракси развијених земаља (нпр Немачка). Када се ради о другој врсти проблема исплата новчане накнаде због (не) искоришћеног годишњег одмора, ту има више несугласица од којих се две истичу: висина и правна природа ове накнаде. Спорно је да ли запослени има право на исплату не само материјалне него пак и нематеријалне штете за неискоришћени годишњи одмор за случај престанка радног односа. Сматрамо да запослени има право на накнаду обе штете јер је послодавац овлашћен да одлучује о распореду коришћења годишњег одмора. Посебна ситуација настаје ако штету претрпи послодавац јер је запослени искористио пун годишњи одмор а који није „зарадио“ тј. није радио код послодавца пуну календарску годину. Сматрамо да штета постоји али за њу није крив запослени јер он није учествовао приликом доношења одлуке о распореду коришћења годишњег одмора. Не улазећи у даље научне анализе, сматрамо да је неопходно извршити измену законске регулативе у погледу начина коришћења годишњег одмора и у погледу накнаде штете за како неискоришћени тако и за искоришћени годишњи одмор за случај престанка радног односа.

4. АУТОНОМНИ АКТИ КОЈИМА СЕ РЕГУЛИШЕ ПРАВО НА ОДМОР

Аутономни акти којима се данас највише уређује право на одморе, јесу колективни уговори и уговори о раду.[47] Многи аутори су ста-

[47] Наиме сваки послодавац може, свесно или несвесно, поготово ако изостаје стандард „добре воље“ (што је такође везано за демократизацију радних односа), да у свом предузећу створи такав амбијет у коме је немогуће колективно преговарати (лоша клима) и да онда радне односе једнострано регулише својим актом, или да чак регулисање радних односа сведе на терен индивидуалног преговарања (уговором о раду) са сваким радником понаособ. У овом случају, када запослени свој радноправни положај регулишу једино уговором о раду, тада су они минимално заштићени. Заправо, заштићени су на нивоу који пружа закон и њихова сопствена „преговарачка моћ“, односно статус, место и улога коју имају код послодавца. П. Јовановић, „Нове

ва, да уколико друштвена, економска и социјална стварност допушта, да се додатна питања радног положаја запослених регулишу колективним уговором, јер је то свакако једна од „степеница“ које послодавац у свом дјеловању мора да поштује, а притом по правилу акт који гарантује боље, сигурније и погодније услове за начин стицања и коришћења предметног права.[48] Колективним уговором се потпуније уређује радноправна материја у односу на закон с тим да се све то одвија на основу закона који је то омогућио и воље странака учесница-потписница колективног уговора. [49] Позитивни примјери [50] код нас, колективног уговора и колективног преговарања, које се односе на одморе у истима, у пракси је много, али за поменути је нпр. посебан колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика - посебан колективни уговор за државне органе, који на један креативан начин заправо показују разумјевање, унапређење и поштовање одређених животних ситуација и услова приликом стицања овог права.[51] Колективни уговори се односе на квантитативно већи број запослених и његова имплементација и валоризација је сигурнија, а док се за уговор о раду не би то могло рећи, јер се истим дефинише и формира једнострана релација „послодавац-запослени“. Колективни уговори су од свог настанка крајем XIX вијека као дио и израз права на синдикално организовање прешли значајан развојни пут преко јурисподенције и законодавног уређивања до прве уставноправне конституционализације у Вајмарском уставу, да би данас пра-

тенденције у нашем радном праву*“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004, 344.

[48] За указати је став Врховног касационог суда Србије, „Судови опште надлежности у редовном поступку, нису овлашћени да као претходно питање применом члана 197 Устава Републике Србије, цене уставност и законитост одредаба колективног уговора којим је угооврена ретроактивна примјена појединих одредаба тог општег акта који обавезује све субјекте на које се односи у регулисању материјално правног односа послодавца и запослених.“ „Нормативна контрола уставности и законитости одредаба општих аката*“, Билтен Врховног касационог суда* 2-2022, Београд 2022, 88.

[49] Р. Брковић, Б. Урдаревић, *Радно право са елемнтима социјалног права*, Службени гласник, Београд 2022, 296.

[50] Успјешност колективног преговарања у највећој мјери зависи од економског, институционалног политичког и правног окружења у којем се воде преговори. Колективно преговарање је један од кључних инструмената за регулисање услова рада и односа имеђу послодавца и радника на начин којим се обезбјеђује праведнија дистрибуција вишка средстава, унапређују услови рада и чува достојанство радника, али истовремено и институционализују индустријски сукоби. Б. Урдаревић, „Проширено дејство колективног уговора као начин унапређења колективног преговарања“, *Страни правни живот* 2/2021, 282.

[51] Посебан колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика, *Сл гласник РС*, бр.21/2015, 92/2020 и 123/2022, чл. 14; Посебан колективни уговор за државне органе, *Сл гласник РС*, бр. 38/2019 и 55/2020, чл. 12.

во колективног преговарања о условима рада и запошљавања у многим уставима, засновани на принципима политичке и економске демократије било уврштено у основна социјална права, и као таква у основна права човјека.[52] Колективни уговор је акт којим се по правилу јемчи већи обим права обавеза и одговорности између запослених и послодавца, а којим се јемчи и сам начин њиховог остварења-задовољења.[53] Оно што разликује овај акт у односу на закон, јесте његова ширина дјеловања, па исти дјелује *интер-партес*, тј. његово дјеловање је предвиђено између запослених и послодавца. Па тако колективни уговор о раду као и сваки акт којим се уређују друштвени односи, има четри врсте или сфере дјеловања: 1. Просторну, 2. Временску, 3. Материјалну , 4. Персоналну [54], што заправо показује његову квалитативну димензију, који доприноси „квалитету више“ регулацији радних односа.

5. ЗАКЉУЧАК

Право на одморе је механизам и радноправни институт који доприноси бољем стандарду и положају запослених, здравијем и безбеднијем радном амбијенту код послодавца. Његова сврха и смисао о коме свједочи и радноправна теорија јесте да је то први степеник ка достојанственом, безбеднијем и здравијем радном окружењу који се позитивно рефлектује на послодавца и на запосленог. Наша земља ово право интезивно предвиђа од Устава из 1974, и у сваком наредном ово право је неизоставни дио уставноправне материје. Велики утицај а можда и највећи на конституционализацију овог права у нашу уставну материју имале су савремени радноправни трендови почев од Вајмарског устава па закључно са Директивама ЕЗ и Кон-

[52] Е. Вег, „Колективни уговори*“*, *Право и привреда* 3–6/1993, 272; Вид: М. Миљковић, „Важење и дејство колективних уговора“, *Право и привреда* 11–12/1998, 29–52.

[53] Уз улогу синдиката, колективни уговор је гаранција за ограничено радно вријеме, за одморе радника, плате, за обавезе и одговорности у раду. Б. Ивановић, *„*Радни односи у тржишној привреди*“*, *Право и привреда* 3-6/93, 239; Многи послодавци нису у стању да испоштују закон а не камоли да их даље обогаћују по принципу „ *favor laborem“* у својим колективним уговорима. Највећи обим и квалитет права треба очекивати у колективним уговорима на нивоу послодавца. Зато их послодавци и избјегавају. Наиме, најбољу превентиву актуелним проблемима у области синдикалног организовања и колективног преговарања види у афирмацији социјалног дијалога. П. Јовановић, „Актуелне потребе даљег развоја радног законодавства Србије*“*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2012, 102; Како се ради о појединачном праву запосленог, о његовој заштити вид: Р. Брковић, „Заштита појединачних права запослених и решавање вишкова заполених према Закону о раду“, *Правни факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке* 2005, 159–165.

[54] Е. Вег, 285.

венцијама и Препорукама Међународне организације рада које су у суштини додатно оснажиле и створиле платформу(генезу), и дале подстрек зашто је важно ово право, и имплементација истог у уставну материју. Самом конституционализацијом права на рад у многим уставним системима широм свијета, јавила се потреба да се уз то прошири опус права по основу рада и да најхуманија права попут права на одморе продру на мјесто која свакако и заслужује. Ако посматрамо са аспекта социологије, филозофије, економије, безбједности, здравља, заправо ћемо и пронаћи суштину зашто су битна права која се тичу одмора. Смјели би се усудити да кажемо да је право на одмор=инклузивност. Нема инкулузивног човјека-запосленог, уколико му се не обезбједи достојанствен и пристојан рад са исто таквим условима, а ту мислимо прије свега на пристојан и достојан одмор. Инклузивност човјека је уско везана са овим правом, на начин што већи-погоднији, обим овог права имамо инклузивнијег човјека тј. запосленог који остварује циљеве – користи у разним сферама друштва јер превсходно за то има времена, док у супротном мањи обим ових права, имамо мање инклузивног човјека-запосленог, који од својих обавеза по основу рада не стиже да се генерише-оријентише ка својим другим животним циљевима и жељама. Па је према мишљењу аутора основна снага одмора тј. слободног времена (доколице), заправо у Карл Марксовој идеји о слободном радном времену, која се састоји у томе, што увећањем слободног времена појачавају се шансе појединца за развој његовог бића и стварају услови за изградњу свестранијег, стваралачко духовно богатијег индивидуума, који мијења и себи прилагођава процес производње а тиме и кумулативно и цјело друштво. У пракси се исувише даје мала пажња (стихијиски) овим правима, која суштински чине живот. Конституционализацојом желио се гарантовати минимум права на одморе, испод којих ниједан послодавац не смије ићи, с тим да се овај институт у другим законским и подзаконским формама а ту се прије свега мисли на колективне уговоре и уговоре о раду, може и другачије осмислити али само у ширем обиму. Његову процесну примјену јемчи Устав и други процесни акти и нико се не може лишити овог права која следују запосленог по основу рада тј запослења.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Davulis, Tomas, Petrylaito, Daiva, “Tackling the economic crisis: labour law in lithuania”, Labour Regulation in the 21st Century: In Search of Flexibility and Security;
2. Donnelly, Jack,Universal Human Rights”, Cornell University Press, 2nd ed., 2003;
3. Mantuvalu, Virginia, “Labour Rights Human Rights”, European Labor Law Journal 2/2012;
4. Rojot, Jasuques, Blanpain, Roger, “General Report”, Legal and Contractual Limitations to Working Time in the European Union, Peeters Press, Leuven1997;
5. Батавељић Драган, Уставно право, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу 2013;
6. Брковић Радоје, „Специфичности радноправне заштите жена и деце – Конвенције Међународне организације рада са освртом на радноправну регулативу у Републици Србији“, Правни живот 11/2017;
7. Брковић, Радоје, Заштита појединачних права запослених и решавање вишкова заполених према Закону о раду, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу-Институт за правне и друштвене науке 2005;
8. Брковић, Радоје, Урдаревић Бојан, Радно право са елемнтима социјалног права, Службени гласник, Београд, 2022;
9. Вег, Еника, „Колективни уговори“, Право и привреда 3-6/1993;
10. Дедић Сеад, Гардашевић-Сијерчић Јасминка, Радно право, друго новелирано и проширено издање, Правни факултет Универзитета у Сарајеву 2005;
11. Драшковић, Драгољуб, „Стварно значење уставног јемства права на рад“, Правни живот 12/2015;
12. Ивановић Бранислав, „Радни односи у тржишној привреди“, Право и привреда 3-6/93;
13. Ивошевић, М. Зоран, Ивошевић, З. Милан, Коментар закона о раду, Службени гласник, Београд 2021;
14. Јашаревић, Сенад, „Радноправни и социјалноправни оквири Србије као правне државе“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2004;
15. Јовановић Предраг, „Уставни (дис)континуитет у савременој Србији у светлости европских и регионалних стандарда“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2006;
16. Јовановић, Предраг, Радно право, Правни Факултет Нови Сад 2015;
17. Јовановић, Предраг, “Актуелне потребе даљег развоја радног законодавства Србије”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2012;

18. Јовановић, Предраг, “Нове тенденције у нашем радном праву”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2004;
19. Јовановић, Предраг, “Радноправне димензије социјално-економсих права у европском и нашем праву”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2006;
20. Јовановић, Предраг, Божичић, М. Дарко, „Заштита и безбедност запослених на раду”, Зборник Правног факултета у Новом Саду 3/2016;
21. Јовевски, Лазар, Босиљанов, Душан, „Систем заштите здравља и безбједности на раду старијих радника“, Радно и социјално право 1/2013;
22. Каламатиев, Тодор, Ристовски, Александар, „Европска директива о одређеним аспектима организације радног времена (2003/88/ЕЗ) и Македонско радно законодавство-Актуелна Ситуација и критичке тачке (Не) усклађености“. Радно и социјално право 1/2018;
23. Каламатиев, Тодор, Ристовски, Александар, „Трајање и организација радног времена и прописи о плаћеном годишњем одмору у праву Европске уније и у Македнонском радном законодавству“, Право и Мултидисциплинарност-Зборник радова са међународне научне конференције, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2019;
24. Кличковић, Рајко, „Радно вријеме, одмори и одсуства у Републици Српској“, Радно и социјално право 1/2011;
25. Ковачевић, Љубинка, „Новелирање комунитарноправних прописа о радном времену: колико ће трајати радна недеља у Европи“, Право и привреда 9–12/2009;
26. Ковачевић-Перић, Љубинка, „Људска права у савремном развоју“, Радно и социјално право 1/2013;
27. Косановић, Рајко, Пауновић Сања., „Достојанство на раду“, Радно и социјално право 2/2018;
28. Кулицан, З. Милица, „Право на рад у Уставу Републике Србије“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2016;
29. Лубарда, Бранко, „Социјална права у уставу Европске уније“, Право и привреда 5–8/2005;
30. Лубарда, Бранко, Увод у радно право са елемнтима социјалног права, Правни факлултет Универзитета у Београду 2013;
31. Маркс, Карл, Темељи слободе, Напријед, Загреб 1976;
32. Миљковић, Мирослав, „Важење и дејство колективних уговора, Право и привреда 11–12/1998;
33. Михајловић, Параскева, „Одговори на питања из облати радних односа“, Право и привреда 9–12/2005;
34. Паравина, Душан, „Правни положај радница према уставу, конвенцијама и препорукама Међународне организације рада“, Зборник Правног факултета у Нишу 8/1969;

35. Паравина, Душан, „Социјална сигурност и стабилност радника према новом Уставу СФР Југославије“, Зборник Правног факултета у Нишу 1974;
36. Паравина, Душан, „Унапређивање и заштита радне средина, радне способности и здравља радника“, Зборник Правног факултета у Нишу, 1974;
37. Петровић, Александар, „Међународни стандарди рада и радноправни систем наше земље“, Радно и социјално право 1/2013;
38. Петровић, Мила, „Превенција повреда на раду и професионалних обољења – појам, трошкови и економски подстицаји за улагање у превенцију“, Право и привреда 7–9/2019;
39. Симовић, Весна, „Право запослених на одморе- према међународним стандардима и црногорском праву“ Научни скуп са међународним учешћем “Право и друштвена стварност”, Правни факултет Приштина – Косовска Митровица 2014;
40. Урдаревић, Бојан, „Приручник за запослене – уклађивање радног и породичног живота“ , Фондација Ане и Влада Дивца, Београд 2020;
41. Урдаревић, Бојан, „Проширено дејство колективног уговора као начин унапређења колективног преговарања“, Страни правни живот 2/2021;
42. Хасани, Енвер,Чукаловић, Иван, „Коментар Устава репубилке Косово“, Deutsche Gesellschaft fur Internationale Zusammenarbeit 8GIZ) GmbH, 2013;
43. Чолић, Борислав „Импозантан спектар Уставом загарантованог права на рад и његова заштита“, Правни живот 11/2016;
44. Шокчевић, Свјетлана, „Заштита здравља и сигурности радника примјеном правила о радном времену и одморима“, Сигурност 2/2012.
45. Шундерић, Боривоје, „Социјалне функције предузећа“, Право и привреда 3–6/95;
46. Шундерић, Боривоје, Радно право - Приручници за полагање правосудног испита-Књига 10 , Службени гласник, Београд 2010;

Правни извори

1. Устав Србије*, Сл. гласник РС,* бр. 98/2006, 115/2021*;*
2. Устав Црне Горе*, Сл. лист ЦГ,* бр. 1/2007, 38/2013 и Амандмани I-XVI;
3. Устав Хрватске*, Народне новине,* бр. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/02, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14;
4. Закон о раду*, Сл. гласник РС,* бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 і 95/2018 – Аутентично тумачење;
5. Законом о раду*, Сл. лист ЦГ,* бр. 74/2019, 8/2021, 59/2021, 68/2021 и 145/2021;

6. Закон о деловних размјерих, *Уредни лист РС,* шт. 21/13, 78/13 – попр., 47/15 – ЗЗСДТ, 33/16 – ПЗ-Ф 52/16, 15/17 – одл. УС, 22/19 – ЗПосС, 81/19, 203/20 – ЗИУПОПДВЕ, 119/21 – ЗЧмлС-А, 202/21 – одл., УС, 15/22 ин 54/22 –ЗУПС-1;
7. Закон за работните односи,*Службен весник на Република Македонија,* бр. 62/2005; 106/2008; 161/2008; 114/2009; 130/2009; 149/2009; 50/2010; 52/2010; 124/2010; 47/2011; 11/2012; 39/2012; 13/2013; 25/2013; 170/2013; 187/2013; 113/2014; 20/2015; 33/2015; 72/2015; 129/2015 и 27/2016);
8. Законо о раду Хрватске, *Народне новине,* бр. 93/14,127/17, 98/19,152/22;
9. Code du travail *Л.* 3132-2 – Л.3132-3;
10. Закон о државним службеницима, *Сл. гласник РС,* бр. 79/2005, 81/2005-испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022;
11. Закон о државним службеницима и намјештеницима, Сл – лист ЦГ, бр. 2/2018, 34/2019, 8/2021 и 37/2022 – Одлука УС ЦГ;
12. Закон о унутрашњој трговини Црне Горе, *Сл лист ЦГ,* бр., 49/2008,38/2019;
13. Посебан колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика, *Сл гласник РС*“, бр.21/2015, 92/2020 и 123/2022;
14. Посебан колективни уговор за државне органе, *Сл гласник РС,* бр. 38/2019 и 55/2020;
15. Општи колктивни уговор, *Сл. гласник РС*, бр. 50/2008, 104/2008 - Анекс I и 8/2009 – Анекс II;
16. Working Regulations SI 1998 NO 1883, Research Paper 98/82, 10 August 1998; A Guide to UK Employmet Law, *https://www.tim-russell.co.uk/upimages/employment%20guide.pdf*, приступљено дана 31.03.2023 године):
17. Директива ЕЗ 2003/88;
18. Билтен Врховног касационог суда 2-2022, Београд, 2022 година;
19. Универзална Декларација о људским правима, Генерална Скупштина УН, 1948;
20. Пресуда Управног суда Црне Горе У. бр. 6118/19 од 05.04.2021 године;
21. Пресуда Управног суда Црне Горе У.бр. 5098/20 од 17.03.2022. године;
22. Пресуда Врховног суда Црне Горе Рев.107/19 од 08.05.2019. године;
23. C.King protiv The Sash Window Workshop Ldt i Richarda Dollara C–214/16 od 08.06.2017 godine;
24. QH protiv Varhoven kasacionen sad na Republika Bulgaria, CV protiv Iccrea Banca SpA spojen predmet C-762/18 i C-37/19 od 18.06.2020.
25. Stad Wuppertal protiv Marije Elisabeth Bauer i Voker Willmeroth protiv Martine Bro&onn spojen predmet C-569/16,C-570/16 od 06.11.2018.

Full Professor Radoje Brković, LL.D.
Faculty of Law, University of Kragujevac

Assistant Professor Borislav Galić, LL.D
Faculty of Economics and Justice, Business Academy Novi Sad

Rajko Raonić
PhD student at the Faculty of Law, University of Kragujevac

CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO REST DURING WORK

Summary

"One of the best and purest joys is rest after work"
Immanuel Kant

With the dominant and accelerated development of labor law in the 21st century, employees' rights and obligations also evolved. One of basic rights today, which is propagated and promoted by many constitutional systems and more detailed labor laws, is the right to rest during work and on the basis of work. The forerunner of the constitutionalization of this right and its inclusion in constitutional systems around the world is the Weimar Constitution from 1919, which was a turning point for the conceptualization of many constitutional systems and the inclusion of this right among them. With this right and its constitutionalization, the aim is to ensure a minimum of rights based on work—"dignified work," and to develop this right through legal texts in the most minimal scope, below which no employer can go. In this paper, the authors aim to examine today's fundamental legal framework, derived from the Constitution, the Labor Law, and other secondary legal texts. They will define this framework from a theoretical and legal perspective, highlighting its significance and specifics. Therefore, this paper will provide a theoretical and legal overview of the topic, highlighting its importance from a normative-legal perspective, taking into account the current situation, the definition provided by the "Lex fundamentalis", and the similarities and differences between these definitions in the country and region. The author believes that the importance of work reveals its goal, as evidenced by the fact that the labor law institute's right to rest represents one of the fundamental rights of employees. Despite this, there is a deeply underdeveloped awareness of its importance, which is why it is included in the Constitution of the Republic of Serbia.

Key words: *Employee; Employer; Working hours; Rest during work; Daily rest; Annual leave*.

UDK/UDC 349.2
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof dr. Mehmed Hadžić

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

NAČELO *IN FAVOREM LABORATORIS* U SISTEMU RADNIH ODNOSA, SA POSEBNIM OSVRTOM NA RADNO ZAKONODAVSTVO U BOSNI I HERCEGOVINI

Načelo in favorem laboratoris, odnosno načelo pogodnosti, je neraskidivo vezano za savremeni sistem radnih odnosa u slučajevima kada su prava na radu ili u vezi sa radom normirana u više pravnih izvora. U sistemu radnih odnosa izvori se primjenjuju na način da se polazi od pojedinačnog ugovora o radu, preko autonommnih općih akata poslodavca i kolektivnih ugovora, do zakona o radu kao lex generalisa i drugih lex specialis zakona kojima su utvrđeni minimalni standardi prava na radu.

Ovaj smjer primjene izvora radnog prava se u određenim slučajevima koriguje primjenom načela in favorem laboratoris. Temeljna svrha ovog načela jeste da se kada je god to moguće u najvećoj mogućoj mjeri zaštiti radnik kao ekonomski slabija strana u radnom odnosu. Načelo in favorem laboratoris se u fazi normiranja primjenjuje kada se jedan institut normira u više izvora koji imaju različitu pravnu snagu Načelo takođe koriste i donosioci odluka u postupku ostvarivanja i zaštite prava na radu i u vezi sa radom u onim situacijama kada se na činjenično stanje može primjeniti više različitih izvora prava. Načelo in favorem laboratoris se u pravilu koristi kod primjene materijalnog prava, ali ostaje otvoreno pitanje mogućnosti njegovog korištenja u primjeni postupaka za ostvarivanje i zaštitu prava na radu i u vezi sa radom.

Ključne riječi: *In favorem laboratoris*; Hijerarhija pravnih izvora.

1. UVOD

Odvajanje sistema radnih odnosa od ostalih najamnih odnosa regulisanih građanskim i obligacionim pravom, u okviru kojih se rad nije značajno

Mehmed Hadžić, *m.hadzic@pfsa.unsa.ba.*

drugačije tretirao u odnosu na svaku drugu roba na tržištu, je počelo u 19. vijeku donošenjem normi javnog prava koje su tada prvenstveno imale za cilj zaštitu radnika kao ekonomski slabije strane. Suočeni sa neizdrživim uslovima rada nadležne javne vlasti su počele uređivati određene segmente radnih odnosa.[1] Kasniji snažan poticaj i pritisak na nadležene javne vlasti su izvršila udruženja radnika – sindikati koja su kao legitiman predstavnik radnika u različitim nacionalnim okvirima bila priznata u drugoj polovini 19. vijeka.[2]

Kao posljedica priznavanja slobode udruživanja na strani radnika u nacionalnim zakonodavstvima su se počela normirati kolektivna prava poput prava na štrajk, prava na kolektivno pregovaranje i zaključivanje kolektivnih ugovora, prava na participaciju i sl. Priznavanjem prava na kolektivno pregovaranje i zaključivanje kolektivnih ugovora početno u nacionalnim zakonodavstvima, a kasnije osnivanjem i djelovanjem Međunarodne organizacije rada (dalje: MOR) u međunarodnim okvirima, uveden je radni standard u okviru kojeg socijalni partneri imaju mogućnost autonomnog uređivanja određenih aspekata radnih odnosa.

Prema čl. 4 Konvencije br. 98. MOR-a iz 1949 godine: „Odgovarajuće mjere prema nacionalnim uslovima treba da budu preduzete kako je potrebno da se podstakne i unaprijedi razvoj i šire korišćenje procedura dobrovoljnih pregovora putem kolektivnih ugovora između poslodavaca i organizacija, s jedne strane i organizacije radnika s druge strane, kako bi se ovim putem odredili radni uvjeti“. Dodatno u Konvenciji br. 154. MOR-a iz 1981 u čl. 2. se navodi: „Za svrhu ove Konvencije termin kolektivno pregovaranje se primjenjuje odnosno proširuje na sve pregovore između poslodavca, grupe poslodavaca ili jednog ili više poslodavačkih udruženja, s jedne strane i jedne ili više radničkih organizacija s druge strane za: a) određivanje uslova rada i zapošljavanja, b) regulisanje međusobnih odnosa između poslodavaca i radnika i c) regulisanje odnosa između poslodavca ili njihovih organizacija i radniče organizacije ili radničkih organizacija“.[3]

[1] Zakon o zdravlju i moralu naučnika u Engleskoj iz 1802. godine, U Francuskoj se uvodi zakonska zabrana rada djece u dobi ispod 10 odnosno 8 godina u rudnicima i tvornicama i manufakturama. U Njemačkoj je 1839 donešen Zakon o zabrani dječijeg rada itd. Vidjeti šire u A. Ravnić, *Osnove radnog prava- domaćeg usporednog i međunarodnog*; Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2004, 340–343.

[2] O nastanku i razvoju sindikata vidjeti šire u: S. Dedić, J. Gradaščević-Sijerčić, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2005, 94–96; B. A. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Beograd 2013, 827–832; V. Brajić, *Radno pravo – radni odnosi, drugi odnosi rada i socijalno osiguranje*, Savremena administracija, Beograd 2001, 26; A. Ravnić, 373–380.

[3] U Bosni i Hercegovini su trenutno (2024. godina) na snazi i Konvencija br. 98 i Konvencija br. 154.

Ovlašćenje radnika i poslodavaca da mogu u međusobnim pregovorima i zaključenim kolektivnim ugovorima uređivati uslove rada i zapošljavanja, međusobne odnose i načine i postupke rješavanja međusobnih sporova, uobičajeno je normirano u nacionalnim lex generalis propisima u sferi radnih odnosa tj. Zakonima o radu. Nacionalnim zakonodavstvima, da li zakonom o radu ili posebnim propisom, se takođe normira i utvrđivanje svojstva reprezentativnosti sindikatima i njihovim organizacijama te udruženjima poslodavaca kako bi imali legitimitet odnosno pravo na zaključivanje kolektivnih ugovora. Ova autonomija socijalnih partnera prema Lubardi znači da se oni svojim sporazumima mogu miješati u tzv. relativni socijalni javni poredak, dok takvo miješanje nije moguće u tzv. apsolutni socijalni javni poredak.[4] Autonomija socijalnih partnera je omeđena granicama apsolutnog socijalnog javnog poretka.[5]

Pored kolektivnih ugovora u sferu autonomnog prava spadaju i sporazumi vijeća zaposlenika ili sindikata i poslodavca, autonomni opći akti poslodavca, te pojedinačne odluke poslodavca. Pojedinačni ugovor o radu između poslodavca i radnika je istovremeno i pravni osnov za zasnivanje radnog odnosa i izvor prava i obaveza na radu i u vezi sa radom.

Osnovni cilj državnog zaštitnog zakonodavstva te normi autonomnog prava jeste zaštita radnika kao ekonomski slabije strane. Naravno, savremena radna zakonodavstva imaju ulogu da zaštite i poslodavce na način da im normativni okvir jamči stabilnost i predvidljivost, kako bi mogli razvijati i unapređivati poslovanje u svojoj djelatnosti.

Načelo *in favorem laboratoris*, odnosno načelo pogodnosti, je neraskidivo i neizostavno vezano za koncept državnog zaštitnog zakonodavstva. Ono predstavlja dodatni instrument zaštite radnika koji spriječava da se aktima autonomnog prava derogiraju norme državnog zaštitnog zakonodavstva, ali i unutar normi autonomnog prava uspostavlja odnose između akata više i niže pravne snage oslonom na njihov nastanak i položaj donosioca.

2. NAČELO *IN FAVOREM LABORATORIS* KAO KOREKTIV U PRIMJENI RADNOG ZAKONODAVSTVA

Jedna od osnovni karakteristika principa *in favorem laboratoris* jeste ta da se aktom niže pravne snage ne mogu ustanoviti manja prava odnosno manji nivo prava od onih prava koja su ustanovljena aktom više pravne snage. Početno se već može argumentirati da se dosljednom primjenom ovog principa jednim dijelom derogira sloboda ugovaranja na način da

[4] B. A. Lubarda, 150.

[5] U apslolutni socijalni javni poredak bi spadale npr. odredbe o ljudskim pravima na radu i u vezi sa radom poput slobode udruživanja, zabrane diskriminacije i sl.

socijalni partneri iako imaju slobodu da određena prava iz radnog odnosa urede na njima najprihvatljiviji način to uređenje ne može izlaziti izvan okvira postavljenog državnim zaštitnim zakonodavstvom, i to u dva smjera. U prvom smjeru kolektivnim ugovorom se ne smije derogirati nivo prava koji je već ustanovljen državnim zaštitnim zakonodavstvom. U drugom smjeru kolektivnim ugovorom se ne smiju uvoditi nova prava čija bi primjena, bez obzira na to što je u njihovom uspostavljanju već ugrađen konsenzus socijalnih partnera, mogla ugroziti neka druga prava sa kojima nominalno možda nisu u vezi, a koja su uspostavljena zakonom. Ovdje se može postaviti pitanje potrebe za ovim principom kada već egzistira princip ustavnosti i zakonitosti na način da akti niže pravne snage moraju biti usklađeni sa aktima više pravne snage. Argument za postojanjem ovom principa jeste u tome što u određenim situacijama usklađenost akta niže pravne snage sa aktom više pravne snage nužno ne znači da će prava iz akta niže pravne snage za adresata biti povoljnija. U određenim nacionalnim zakonodavstvima postoji i izuzeci od ovog pravila koji se pravdaju potrebom za dinamičnijim tržištem rada. Tako je u Holandiji donošenjem Zakona o balansiranom tržištu rada, koji je stupio na snagu 1. januara 2020. godine normirano da je poslodavac radnike po pozivu dužan pozvati najmanje četiri dana prije započinjanja posla pismenim ili elektronskim putem. U suprotnom radnici nisu dužni da se odazovu pozivu poslodavca. Ovaj period od četiri dana se može skratiti kolektivnim ugovorom, ali ne manje od 24 sata.[6]

U sistemu radnih odnosa ovo je posebno važno jer kako naglašava Jovanović pravo rada i pravo svojine nemaju istu pravu snagu. Pravo svojine je uvijek jače pravne snage od prava rada što radnika stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na poslodavca. Zbog toga se principi *in favorem laboratoris* uspostavlja kao trajna konstanta u sistemu radnih odnosa za razliku od određenih, u pravilu privremenih, mjera pozitivne diskriminacije kako bi se poboljšao položaj određenih ranjivih grupa.[7]

Pored zabrane ustanovljavanja manjih prava, dodatna karakteristika primjene ovog načela je ta što se eksplicitno naznačava mogućnost uspostavljanja povoljnijih prava u aktima niže pravne snage od onih prava koja su sadržana u aktima više pravne snage. Tako dolazi, kako naglašava Učur, do derogacije norme višeg ranga, od norme nižeg ranga, uvijek kada je jedno pravo radnika povoljnije uređeno nižom pravnom normom. Ovaj

[6] Vidjeti šire u: A. Eleveld, „Flexi-insecurity and the regulation of zero-hours work in Netherlands“, *European Labour Law Journal* 3/2022, 375–399.

[7] O odnosu prava svojine i prava rada, te odnosu načela *in faviorem laboratoris* i mjera pozitivne diskriminacije vidjeti šire u: P. Jovanović, „Radnopravni efekti principa *in favorem laboratoris*“, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evrpopske unije, knjiga V* (ur. R. Keča), Pravni fakultet u Novom sadu, Novi Sad 2017, 53–68.

autor naglašava potrebu za znanjima i kompetencijama donosilaca ovih akata u procesu njihovog nastajanja, kako u pogledu njihovog sadržaja tako i u pogledu nomotehnike.[8] Na ovaj način su uspostavljene prethodno spomenute granice apsolutnog i relativnog socijalnog javnog poretka.

Oslonom na hijerarhiju izvora radnog prava ovdje se postavlja i pitanje međusobnog odnosa različitih vrsta kolektivnih ugovora, odnosa kolektivnih ugovora i drugih autonomnih i pojedinačnih akata poslodavca, te odnos unutar autonomnih i pojedinačnih akata poslodavca.

U odnosu na kolektivne ugovore uvijek treba voditi računa o teritorijalnom opsegu i položaju ugovornih strana. Uobičajena podjela kolektivnih ugovora oslonom na položaj ugovornih strana jeste na opći kolektivni ugovor koji se zaključuje za teritoriju cijele države ili jedan njezin dio, zatim na granske kolektivne ugovore koji se zaključuju za određenu granu industrije odnosno djelatnost i kolektivne ugovore koji se zaključuju za pojedinačnog poslodavca. U pravilu opći kolektivni ugovor zaključuju konfederacije ili udruženja sindikata i poslodavac na nacionalnom nivou, uz mogućnost pridruživanja ovom ugovoru i nadležne javne vlasti koja predstavlja zaposlene u javnom sektoru. Kolektivne ugovore za nivo grane industrije odnosno djelatnosti zaključuju reprezentativni sindikati i reprezentativna udruženja poslodavaca koja djeluju o toj grani odnosno djelatnosti. Kolektivni ugovor kod pojedinačnog poslodavca zaključuje sam poslodavac i sindikat koji je osnovan kod tog poslodavca ili podružnica sindikata grane odnosno djelatnosti u kojoj poslodavac obavlja svoju aktivnost. Najvišu pravnu snagu ima opći kolektivni ugovor, zatim ugovor za određenu granu industrije odnosno djelatnost i na kraju kolektivni ugovor kod pojedinačnog poslodavca. Imajući u vidu pravnu snagu kolektivni ugovor za granu industrije i pojedinačni kolektivni ugovor ne mogu sadržavati manje prava, odnosno biti u suprotnosti sa općim, ako je on zaključen, ali mogu, kako to predviđa načelo *in favorem laboratoris* ugovoriti povoljnija prava. Identičan je odnos granskog kolektivnog ugovora i kolektivnog ugovora zaključenog kod pojedinačnog poslodavca. Ako su kolektivnim ugovorom niže pravne snage predviđena najpovoljnija prava, onda se u svakom konkretnom slučaju trebaju primijeniti norme neposredno višeg kolektivnog ugovora.

Načelo *in favorem laboratoris* se na identičan gore spomenuti način primjenjuje i na odnos kolektivnog ugovora bilo koje razine, kao akta više pravne snage i autonomnog općeg akta poslodavca te sporazume poslodavca i vijeća zaposlenika odnosno sindikata. Na nivou autonomnih općih

[8] Vidjeti šire u: M. Đ. Učur, „Primjena načela in favorem laboratoris u autonomnom uređivanju radnih odnosa“, *Hrvatska pravna revija* 5/2001, 55–66.

akata i pojedinačnih odluka poslodavca, ovdje treba naglasiti da veću pravnu snagu imaju sporazumi poslodavca i vijeća zaposlenika ili sindikata u odnosu na one autonomne opće akte koje donosi isključivo poslodavac. Razlog tome treba tražiti u nivou donošenja jer u slučajevima zaključivanja sporazuma poslodavac je samo jedna od sporazumnih strana, a ne inokosni donosilac. Konačno, ugovor o radu mora biti usklađen sa svim navedenim aktima više pravne snage, sa mogućnošću, u skladu sa načelom *in favorem laboratoris*, normiranja povoljnijih prava odnosno drugih prava koja nisu normirana u aktima više pravne snage.

Drugi vid načela *in favorem laboratoris* se primjenjuje na način da ako su neka prava različito uređena u izvorima različite pravne snage ima se primijeniti ono pravo koje je najpovoljnije za radnika. Ovo su slučajevi kada se prava ne mogu kvantificirati odnosno brojčano izraziti poput minimalnog trajanja godišnjeg odmora, dužine trajanja radnog vremena, visine osnovne plate i sl. U ovakvim situacijama u svakom konkretnom slučaju, na osnovu zahtjeva radnika, ima se primijeniti ono pravo koje je najpovoljnije za tog konkretnog radnika, bez obzira na to gdje je to pravo normirano i hijerarhiji izvora. Ovdje načelo pogodnosti ima prioritet u odnosu na opće pravilo o prvenstvu primjene izvora niže pravne snage.

Načelo *in favorem laboratoris* je uobičajeno prisutno samo u primjeni materijalnog prava unutar sistema radnih odnosa uređenog radnim zakonodavstvom, kolektivnim ugovorima i autonomnim aktima poslodavca. Postoji otvoreno pitanje primjene ovog načela u procesnom pravu i odnosa ovog načela sa načelom *lex specials derogat legi generali*, što će biti predmet analize u radnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini.

3. PRIMJENA NAČELA *IN FAVOREM LABORATORIS* U RADNOM ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE

Radno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine (BiH) čine propisi koji se donose i primjenjuju u Federaciji Bosne i Hercegovine (Federacija BiH, FBiH), Republici Srpskoj (RS), Brčko distriktu Bosne i Hercegovine (Brčko distrikt BiH, BD BiH) te na nivou institucija Bosne i Hercegovine. U sva četiri zakonodavstva egzistiraju zakoni o radu kao *lex generalis* propisi.[9]

[9] Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine – ZOR FbiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 26/16, 89/18, 44/22 i 39/24; Zakon o radu Republike Srpske – ZOR RS, *Službeni glasnik RS*, br. 1/16, 66/18, 91/21– Odluka US, 119/21, 112/23 i 39/24; Zakon o radu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH* – ZOR BD BiH, br. 34/19, 2/21, 6/21 i 15/22; Zakon o radu u institucijama Bosne i Hercegovine – ZOR u institucijama BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 26/04, 7/05, 48/05, 60/10, 32/13, 93/17, 59/22 i 88/23.

Načelo *in favorem laboratoris* je prisutno u sva četiri zakona o radu.[10] U Federaciji BiH osnovna norma glasi: „Kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu ne mogu se utvrditi nepovoljnija prava od prava utvrđenih ovim zakonom“. U Republici Srpskoj ova norma je jednim dijelom dodatno precizirana i glasi: „Kolektivni ugovor i pravilnik o radu (u daljem tekstu: opšti akti) i ugovor o radu ne mogu da sadrže odredbe kojima se radniku daju manja prava ili utvrđuju nepovoljniji uslovi rada od prava i uslova koji su utvrđeni zakonom„. Dalje se zakonima propisuje mogućnost povoljnijeg uređivanja. Ova odredba u Federaciji BiH glasi: „Kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu mogu se utvrditi povoljnija prava od prava utvrđenih ovim zakonom.“. U Republici Srpskoj i ova odredba je dodatno precizirana te glasi: „Opštim aktom i ugovorom o radu mogu da se utvrde druga, ili propišu povoljnija prava i povoljniji uslovi rada od onih utvrđenih ovim zakonom, osim ako to zakonom nije izričito zabranjeno“. U Republici Srpskoj se eksplicitno navodi mogućnost utvrđivanja drugih prava. U Brčko distriktu BiH je prisutna dosta konfuzna jezička formulacija na način da se zabrana utvrđivanja manjih prava i mogućnost utvrđivanja povoljniji prava tretiraju kao sinonimi upotrebom sintagme „odnosno“. Odredba u Brčko distriktu glasi: „Općim aktom ili ugovorom o radu ne mogu se utvrditi nepovoljnija prava od prava propisanih ovim zakonom, odnosno mogu se utvrditi povoljnija prava od prava propisanih ovim zakonom“. Pod terminom opći akt se podrazumijeva i kolektivni ugovor. Na nivou institucija BiH regulisana je samo zabrana utvrđivanja manjih prava i nepovoljnijih uslova rada bez eksplicitnog normiranja mogućnosti povoljnijeg regulisanja. Odredba na nivou institucija BiH glasi: „Odlukom Savjeta ministara Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Savjet ministara), aktom poslodavca ili ugovorom o radu, ne mogu se propisati manja prava i nepovoljniji uslovi rada od prava i uslova propisanih ovim zakonom“.

U Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH je zakonski normiran i drugi vid načela *in favorem laboratoris* propisivanjema da ako je neko pravo iz radnog odnosa različito uređeno zakonom o radu, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu, primjenjuje se za radnika najpovoljnije pravo, odnosno propis koji to pravo utvrđuje, uz dodatak u Federaciji BiH koji glasi: „osim ako to ovim zakonom nije izričito zabranjeno“.

U Republici Srpskoj i Brčko distriktu BiH zakonima o radu se propisuje da su odredbe općeg akta (uključujući kolektivni ugovor) i ugovora o radu koje sadrže nepovoljnija prava ništave i u tim slučajevima se primjenjuje neposredno zakon o radu. Dodatno u Republici Srpskoj je propisano

[10] Vid. čl. 19 ZOR FBiH, čl. 9–11 ZOR RS, čl. 19. ZOR BdBiH, čl. 7 ZOR u institucijama BIH.

da se ništavost ugovora o radu koji sadrži nepovoljnije odredbe utvrđuje pred nadležnim sudom po zahtjevu zainteresirane strane. Podnošenje ovog zahtjeva ne zastarijeva, a radnik ima pravo na naknadu štete koju je pretrpio zbog primjene ništavog ugovora o radu.

Iz ovog sažetog pregleda normativnog okvira može se izvesti zaključak da načelo *in favorem laboratoris* egzistira u većoj ili manjoj mjeri u sva četiri radna zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. U Federaciji BiH i Republici Srpskoj su normativno određene i granice socijalnog javnog poretka kroz formulaciju „osim ako to ovim zakonom nije izričito zabranjeno“.

3.1. Mogućnost primjene načela *in favorem laboratoris* u procesnom pravu

Načelo *in favorem laboratoris*, kako je prethodno naznačeno svoju primjenu pretežno ima u materijalnom pravu. Ne bi trebala biti sporna primjena ovog načela niti u onim slučajevima kada bi se eventualno u aktima više i niže pravne snage unutar radnog zakonodavstva koje se primjenjuje na konkretnog poslodavca nalazile i procesne norme za ostvarivanje materijalnih prava iz tih akata. Tada bi se već u fazi izrade akta niže pravne snage u procesnom dijelu trebalo voditi računa da norme trebaju biti povoljnije za radnika odnosno adresata od onih normi sadržanih u aktu veće pravne snage, jer bi u suprotnom, njihovo donošenje bilo nepotrebno.

Ovdje se postavlja pitanje u kojoj mjeri ovo načelo se može primijeniti u odnosu na dvije vrste procesnih normi unutar jednog akta. Primjer takvog regulisanja se nalazi u Zakonu o radu Federacije BiH i Zakonu o radu Brčko distrikta BiH. Naime u postupcima za zaštitu od diskriminacije u ovima zakonima radnik takvog kao i lice koje traži zaposlenje mogu od poslodavca zahtijevati zaštitu u roku od 15 dana od dana saznanja za diskriminaciju. Ako poslodavac u roku od 15 dana od dana podnošenja zahtjeva iz prethodnog stava, ne udovolji tom zahtjevu, radnik može u daljem roku od 30 dana podnijeti tužbu nadležnom sudu.[11]

Međutim, opći rokovi za zaštitu povrijeđenih prava su znatno duži. Tako u Federaciji BiH Radnik koji smatra da mu je poslodavac povrijedio neko pravo iz radnog odnosa može u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo, odnosno od dana saznanja za povredu prava zahtijevati od poslodavca ostvarivanje tog prava. Ako poslodavac u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva za zaštitu prava ili postizanja dogovora o mirnom rješavanju spora ne udovolji tom zahtjevu, radnik može u daljem roku od 90 dana podnijeti tužbu pred nadležnim

[11] Vid. čl. 12, st. 1–2 ZOP FBiH i čl. 11, st. 1–2 ZOR BD BiH .

sudom. Radnik ne može podnijeti tužbu sudu ako se prethodno nije obratio poslodavcu za zaštitu prava osim u slučajevima zahtjeva za naknadu štete ili drugog novčanog potraživanja kada rok za podnošenje tužbe zastarijeva u roku od tri godine od dana nastanka obaveze.[12] U Brčko distriktu BiH radnik koji smatra da mu je poslodavac povrijedio neko pravo iz radnog odnosa može u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo, odnosno od dana saznanja za povredu prava zahtijevati od poslodavca ostvarivanje tog prava. Poslodavac je dužan da odluči o zahtjevu radnika u roku od 30 dana od dana dostavljanja zahtjeva, a ako u tom roku ne odluči, smatra se da je zahtjev prihvaćen. Tužbu za zaštitu prava radnik može podnijeti najkasnije u roku od dvanaest mjeseci od dana saznanja za povredu prava, a najkasnije u roku od tri godine od učinjene povrede ukoliko prethodno predmet spora nije riješen u postupku mirnog rješavanja spora. Pravo na podnošenje tužbe nije uslovljeno prethodnim obraćanjem radnika poslodavcu za zaštitu prava.[13]

Za pretpostaviti je da je namjera zakonodavca bila da postupke za zaštitu od diskriminacije učini efikasnijim kako bi radnici i lica koja traže zaposlenje u što kraćem roku mogli ostvariti zaštitu svojih prava. Propuštanjem rokova za podnošenje zahtjeva se gubi pravo na zaštitu u slučajevima diskriminacije. Postoji velika dilema da li se, sa ovako kratkim procesnim rokovima, može postići cilj, a to je brzo i efikasno rješavanje ovakvih sporova. Takođe, treba imati u vidu da sporovi povodom diskriminacije, a pogotovo sporovi povodom mobinga i drugih vrsta zlostavljanja radniku uzrokuju veliki stres i anksioznost. Upravo zbog velike količine stresa radnici nisu u stanju da objektivno i što je još važnije na vrijeme prepoznaju ugrožavanje njihovih prava.

Imajući u vidu naznačeno i imajući u vidu suštinu načela *in favorem laboratoris*, i pored egzistiranja paralelnih procesnih normi sa različitim rokovima, u sporovima za zaštitu od diskriminacije bi trebao dati prednost općim rokovima za zaštitu prava. Evidentno je da su opći rokovi povoljniji za radnika, i da bi se oni, sa utemeljenjem na načelu *in favorem laboratoris*, trebali primjenjivati, bez obzira na to što se radi o normama koje uređuju posebne postupke unutar izvora iste pravne snage.

4. ODNOS NAČELA *IN FAVOREM LABORATORIS* I NAČELA *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI*

Načelo *lex specialis derogat legi generali* se shvata kao opće načelo koje se primjenuje na pravni sistem u cjelini na način da se posebnim propisom derogira odnosno supstituiše primjena općeg propisa unutar javnog

[12] Vid. čl. 114. i 115. ZOR FbiH.
[13] Vid. čl. 13. i 131. ZOR BD BiH.

ili privatnog prava. U određenim slučajevima se posebnim propisom eksplicitno naglašava alternativna primjena općeg propisa. Kao primjer se može uzeti odnos službeničkog sistema radnih odnosa regulisan zakonima o državnim službenicima ili državnoj službi i općeg sistema radnih odnosa regulisanog zakonima o radu. U procesnom smislu, kao primjer se mogu uzeti posebni postupci ostvarivanja prava iz socijalnog osiguranja i socijalne zaštite u odnosu na opći upravni postupak.

U sferi radnih odnosa u onim slučajevima kada u posebnom propisu nema direktne upute na opći i obratno, može se postaviti pitanje primjene načela *in favorem laboratoris*, kada su paralelno na snazi oba propisa. Primjer egzistiranja takvih propisa u Bosni i Hercegovini su Zakon o zabrani diskriminacije[14] koji se primjenjuje na cjelokupnoj teritoriji Bosne i Hercegovine i entitetski zakoni o radu, Zakon o radu Brčko distrikta BiH, te Zakon o radu u institucijama BiH. Prema čl. 6. st. 1, t. a) Zakon o zabrani diskriminacije primjenjuje se na postupanje svih javnih tijela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, općinskih institucija i tijela, te pravnih lica s javnim ovlašćenjima, kao i na postupanje svih pravnih i fizičkih lica, u svim a posebno u sljedećim oblastima: a) zapošljavanja, rada i radnih uslova, uključujući pristup zaposlenju, zanimanju i samozapošljavanju kao i radne uslove, naknade, napredovanja u službi i otpuštanja s posla. Istovremeno i u entitetskim zakonima egzistiraju materijalne i procesne odredbe o zabrani diskriminacije.

Rokovi za podnošenje tužbe u sporovima za zaštitu od diskriminacije u Zakonu o zabrani diskriminacije su znatno duži u odnosu na rokove u entitetskim zakonima i Zakonu o radu Brčko distrikta BiH, te samim tim povoljniji za radnike.[15] Ovdje se postavlja pitanje da li prednost dati načelu *in favorem laboratoris* i primijeniti Zakon o zabrani diskriminacije, ili dati prednost načelu *lex specialis derogat legi generali* i primijeniti entitetske zakone o radu odnosno Zakon o radu Brčko distrikta BiH.

Vrhovni sud Federacije u odluci br. 65 0 Rs 647009 22 Rev od 29. 09. 2022. godine nedvosmislenu prednost daje primjeni načela *lex specialis derogat legi generali* na način da se ima primijeniti Zakon o radu Federacije BiH. U obrazloženju ove odluke sud navodi da „spor između zaposlenika i poslodavca u pogledu ostvarivanja sudske zaštite zbog diskriminacije predstavlja u procesnom smislu parnicu iz radnih odnosa, u kojoj rok za podnošenje tužbe se računa prema pravilima radnog prava - Zakona o radu“.

[14] Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik BiH*, br. 59/09 i 66/16.

[15] Saglasno čl. 13, st. 4 Zakona o zabrani diskriminacije rok za podnošenje tužbe iznosi tri godine od dana saznanja o učinjenoj povredi prava, a najdalje pet godina od dana učinjenja povrede.

Ovakvim stavom Vrhovni sud Federacije BiH faktički stavlja van snage važeći Zakon o zabrani diskriminacije u sferi radnih odnosa iako se u samom Zakonu eksplicitno naglašava da se on, između ostalog, primjenjuje i na tu sferu.

Na ovaj način načelo *in favorem laboratoris* se tretira isključivo u užem smislu koji uspostavlja pravila u odnosima zakona o radu i akata niže pravne snage, i daje određene neformalne smjernice u postupanju u sličnim slučajevima. *Pro futuro* bi trebalo razmotriti mogućnost primjene ovog načela u širem smislu. Naime, do intervencije nadležnog zakonodavca kojom će se dati jasna uputa u primjeni odgovarajućeg propisa u oblasti zaštite od diskriminacije, oslonom na prethodno elaborirane posljedice koje ona ostavlja na radnike, primjena na čela *in favorem laboratoris* imala bi opravdanje jer se njime štiti radnik kao ekonomski slabija strana u radnom odnosu.

5. ZAKLJUČAK

Načelo *in favorem laboratoris* predstavlja važan korektiv u primjeni radnog zakonodavstva koji sprečava da se aktima niže pravne snage derogira nivo prava uspostavljen aktima više pravne snage. Osnovni cilj ovog načela jeste da se onemogući poslodavac da, kao ekonomski jača strana, putem kolektivnog pregovaranja izvrši pritisak na predstavnike radnika, kako bi se kolektivnim ugovorima derogirao postojeći nivo prava ustanovljen zakonom, ili kako bi taj nivo prava derogirao donošenjem autonomnih općih akata, te u zaključenim pojedinačnim ugovorima o radu.

Načelo *in favorem laboratoris* je u većoj ili manjoj mjeri prisutno u sva četiri radna zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. U svim zakonodavstvima je propisana zabrana utvrđivanja manjih prava u aktima niže pravne snage. Takođe, u svim zakonodavstvima, osim na nivou institucija BiH, je propisna mogućnost povoljnijeg uređivanja prava u aktima niže pravne snage.

Jedno od otvorenih pitanja jeste primjena načela *in favorem laboratoris* kada paralelno egzistiraju dvije vrste normi u istom izvoru kojim se uređuje postupak za zaštitu prava kao što je to slučaj u Federaciji BiH i u Brčko distriktu BiH u segmentu zaštite od diskriminacije i ostalim postupcima zaštite prava na radu i povodom rada. Iako se ne radi o odnosu akata više i niže pravne snage oslonom da zaštićeni objekat, a to je dostojanstvo radnika, nema smetnje da se i u ovakvim slučajevima primjeni one procesne norme koje su povoljnije za radnika.

Sljedeće otvoreno pitanje u primjeni ovog načela se javlja kada egzistiraju dva zakona koji uređuju identičnu oblast kao što je to slučaj sa Zakonom o zabrani diskriminacije i normama zakona o radu entiteta, Brčko

distrikta BiH i Zakona o radu u institucijama BiH. Sudska praksa daje prednost primjeni entitetskih zakona o radu oslonom na načelo *lex specialis derogat legi generali*, iako su u ovim zakonima procesne norme za zaštitu prava nepovoljnije za radnika. Do intervencije nadležnog zakonodavca kojom će se dati jasna uputa u primjeni odgovarajućeg propisa u oblasti zaštite od diskriminacije, bez obzira na to što se radi o izvorima iste pravne snage primjena načela *in favorem laboratoris* u širem smislu bi imala opravdanje, opet oslonom na zaštićeni objekat a to je dostojanstvo radnika, uz uvijek prisutnu premisu da je radnik ekonomski slabija strana u radnom odnosu.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Brajić, Vlajko, *Radno pravo – radni odnosi, drugi odnosi rada i socijalno osiguranje*, Savremena administracija, Beograd 2001;
2. Dedić, Sead, Gradaščević-Sijerčić, Jasminka, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2005;
3. Eleveld, Anja, „Flexi-insecurity and the regulation of zero-hours work in Netherlands“, *European Labour Law Journal* 3/2022;
4. Jovanović, Predrag, „Radnopravni efekti principa *in favorem laboratoris*“, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evrpopske unije, knjiga V* (ur. R. Keča), Pravni fakultet u Novom sadu, Novi Sad 2017;
5. Lubarda, Branko A., *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Beograd 2013;
6. Ravnić, Anton, *Osnove radnog prava- domaćeg usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2004;
7. Učur, Marinko Đ., „Primjena načela in favorem laboratoris u autonomnom uređivanju radnih odnosa“, *Hrvatska pravna revija* 5/2001.

Pravni propisi

1. Zakon o radu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH* – ZOR BD BiH, br. 34/19, 2/21, 6/21 i 15/22;
2. Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine – ZOR FbiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 26/16, 89/18, 44/22 i 39/24;
3. Zakon o radu Republike Srpske – ZOR RS, *Službeni glasnik RS*, br. 1/16, 66/18, 91/21– Odluka US, 119/21, 112/23 i 39/24;
4. Zakon o radu u institucijama Bosne i Hercegovine – ZOR u institucijama BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 26/04, 7/05, 48/05, 60/10, 32/13, 93/17, 59/22 i 88/23;
5. Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik BiH*, br. 59/09 i 66/16.

Associate Professor Mehmed Hadžić, LL.D.

Faculty of Law, University of Sarajevo

THE PRINCIPLE *IN FAVOREM LABORATORIS* IN THE LABOR RELATIONS SYSTEM, WITH SPECIAL REFERENCE TO BOSNIA AND HERZEGOVINA LABOR LEGISLATION

The principle of *in favorem laboratoris*, i.e., the principle of convenience, is inextricably linked to the modern labor relations system in cases when rights at work or in connection with work are regulated in several legal sources. In the labor relations system, sources are applied in such a way that it starts from individual employment contracts, through autonomous general acts of the employer and collective agreements, to labor laws as lex generalis and other lex specialis laws that establish minimum standards of rights at work.

This direction of application of sources of labor law is corrected in certain cases by applying the principle of in favorem laboratoris. The fundamental purpose of this principle is to protect the worker as an economically weaker party in the employment relationship whenever possible. The principle of in favorem laboratoris is applied at the regulation stage when one institute is regulated in multiple sources that have different legal force. The principle is also used by decision-makers in the process of implementation and protecting rights at work and in connection with work in those situations where the facts can be applied to a number of different sources of law. The principle *in favorem laboratoris* is generally used in the application of substantive law, but the question of the possibility of its use in the application of procedures for the exercise and protection of rights at work and in connection with work remains open.

Key words: *In favorem laboratoris*; Hierarchy of legal sources.

УДК/UDC 349.2(497.6РС)
331.109.6(497.6РС)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Радислав Лале

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

Александра Јелисић-Брчкало

Судија Основног суда у Зворнику

СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

У овом раду, систематично је извршена анализа позитивноправног уређења судске заштите права из радног односа у Републици Српској, као једног од најзначајнијих облика екстерне заштите права запослених лица. Посебна пажња посвећена је принципима по којима суд рјешава радни спор. Један од проблема који значајно оптерећује савремено радно право јесте проблем привидног независног рада или прикривеног радног односа који је евидентан и у Републици Српској. Домаће право уопште не нормира методе, тј. технике законске пресумпције о постојању радног односа, нити познаје одредбе којима се потврђује начело чињеничног првенства, што за посљедицу има „неадекватан приступ судова и судске праксе“, као и изостанак потпуне и адекватне правне заштите лица која обављају различите облике рада у привидном (прикривеном) радном односу. Како наше радно законодавство не баштини јасну и потпуну дефиницију радног односа, аутори истичу потребу да се кроз будуће измјене и допуне радноправне регулативе обезбиједи јасна законска дефиниција овог појма, уз квалификацију правне субординације или њених најважнијих аспеката као општег битног елемента радног односа. Заштити радника који обављају привидни независни рад може допринијети и законско потврђивање начела чињеничног првенства, због чега се препоручује увођење законске забране обављања послова на основу уговора грађанског права, ако у односу између радника и наручиоца посла постоје елементи радног односа. Такође, аутори сматрају да би оснивање посебних судова, специјализованих за радне спорове, дало велики допринос у њиховом бржем и ефикаснијем рјешавању.

Кључне ријечи: Радни однос; Индивидуални радни спор; Судска заштита; Радни суд.

Радислав Лале, *radislav.lale@pravni.ues.rs.ba*.
Александра Јелисић-Брчкало, *aleksandra.brckalo@pravosudje.ba*.

1. УВОД

Право на рад је основно социјално људско право, чија је суштина у људском достојанству (на раду) као општечовјечанској вриједности, а које се огледа у слободи избора занимања, односно забрани принудног рада (начело слободе рада), једнакој доступности свих радних мјеста (занимања) под једнаким условима (начело забране дискриминације у запошљавању и на раду), као и обавези државе да ствара услове за пуно запослење – ефективно остваривање права на рад грађана (успостављање бесплатних служби за запошљавање; вођењем активне политике запошљавања; позитивна дискриминација).[1] Право на рад није апсолутно и безусловно право да се добије запослење, и у том смислу право на рад нема строго правно значење (право појединца да добије запослење и да га задржи) већ политичко-програмско значење.[2] Право на рад није никакво субјективно право, већ представља начело по коме се уређују поједини радноправни институти, чијим посредством се може преточити у неко субјективно утуживо право.[3] Право на рад и слобода рада зајамчени су Уставом,[4] али то не подразумијева обавезу државе да сваком лицу које је способно за рад и које жели да ради обезбиједи и одговарајући посао, већ подразумијева 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.[5]

[1] Б. Лубарда, „Концепт социјалног грађанства у праву Европске уније“, Социјална права и европске интеграције, *Зборник радова са саветовања правника*, 2011, 9; Право на рад, насумарније дефинисано, значи: а) право на постизање зајамченог запослења и б) право на заштиту (зајамчену и проведену од стране друштвене заједнице) од штетних посљедица незапослености. Стога се право на 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. О томе види: Н. Тинтић, *Радно и социјално право,* књига прва: радни односи (I), Народне новине, Загреб 1969, 67.

[2] Б. Лубарда, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 97.

[3] П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018, 134-135.

[4] 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.

[5] П. Јовановић, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, *Радно и социјално право* 1/2013, Београд 2013, 49.

Саставни дио остваривања појединачних права из радног односа јесте и право на заштиту права из рада и по основу рада.[6] Права из радног односа гарантују се нормама унутрашњег и међународног права. Одредбе о праву на рад, на повољне услове рада, праву на здравствену заштиту, праву на социјално осигурање садржане су у Декларацији права човјека донијетој на Генералној скупштини Уједињених Нација 10. децембра 1948. године,[7] гдје у чл. 22. стоји: „Свако, као члан друштва, има право на социјално осигурање“, у чл. 23.: „Свако има право на рад, на слободу избора запослења…“, Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима,[8] који је усвојила Генерална скупштина ОУН 1966. године, као и многобројним конвенцијама и препорукама Међународне организације рада. Уставом је предвиђено да свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом и другим државним органом и организацијом, односно свакоме се јамчи право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се рјешава о његовом праву или на законом заснованом интересу.[9]

Заштита права радника која се остварује код других надлежних органа, као што су суд, арбитража и инспекција рада, јесте екстерна заштита права радника. Радним законодавством у БиХ предвиђена је могућност коришћења посебних метода за вансудско рјешавање спорних питања између радника и послодавца, а то су поступак мирења и арбитража. Према претходним рјешењима у нашем праву ови начини рјешавања спорних питања били су везани за колективне радне спорове, односно нису били уопште предвиђени за рјешавање индивидуалних радних спорова.[10]

Судска заштита права радника је несумњиво најзначајнији облик екстерне заштите с обзиром на ауторитет суда, могућност принудног извршења, те опасност од кривичног гоњења за одговорна лица која

[6] Б. Шундерић, *Коментар Закона о радним односима у државним органима*, Београд 2005, 219; О заштити права радника види више: R. Lale, „Protection of Employees' Rights in the Republic of Srpska“, European Public Law Series, Bibliothèque de Droit Public Européen, Public Law in Bosnia and Herzegovina: Trends and Challenges, European Public Law Organization, Vol. CXV, Athens, 2015, 185-203.

[7] Прокламована Резолуцијом Генералне скупштине ОУН 217 А (III), не подлијеже ратификацији јер се третира као општи акт, а не као међународни уговор. Наслов оригинала: Universal Declaration of Human Rights.

[8] Наслов оригинала: International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights. *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/1971. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима је саставни дио Анекса I Дејтонског мировног споразума за БиХ из 1995. године.

[9] Види: чл. 16. Устава Републике Српске.

[10] С. Дедић, Ј. Градашчевић-Сијерчић, *Радно право*, Сарајево 2003, 407.

не поступе по извршној судској одлуци. Управо из изнесених разлога, радник коме је повријеђено право из радног односа, најчешће посеже за овим видом екстерне заштите.[11]

2. ПОЈАМ И ОБИЉЕЖЈА РАДНОГ СПОРА

Права из радног односа могу бити повријеђена и запосленом и послодавцу. Заштиту повријеђеног права могу да иницирају оба правна субјекта. Када то учини запослени, судска заштита се остварује у радном спору. Када то учини послодавац, заштита се остварује у спору из радног односа.[12] Дакле, разликују се појмови „радни спор“ и спор (парница) из радног односа. Радни спор настаје поводом повреде права запосленог и ту је тужилац запослени, а тужени послодавац. Спор (парница) из радног односа је шири појам, јер поред радног спора који покреће запослени обухвата и спор по тужби послодавца против запосленог. У радном спору запослени не може бити тужени, али може у спору (парници) из радног односа. Упориште за овакво разликовање радних спорова и спорова (парница) из радног односа налази се и у Закону о парничном поступку[13]. Сврха разликовања радних спорова и спорова (парница) из радних односа јесте у томе да се код радних спорова обезбиједи примјена посебних правила у судском поступку (хитност поступка), а код спорова (парница) из радног односа примјењују се одредбе општег парничног поступка.[14] У најширем смислу радни спор је онај спор који настаје поводом повреда утврђених права, односно неизвршења утврђених обавеза из радног односа. То би био материјалноправни појам радног спора, који у себи садржи два битна обиљежја: а) да је повријеђено право, односно да није извршена утврђена обавеза, б) да право, односно обавеза проистичу непосредно из радног односа или да су у вези са овим односом. Ако би се овом појму додао још и процесноправни елемент у рјешавању радних спорова (органи, надлежност и поступак), онда би и он улазио у општи појам радног спора, то би био један материјално –

[11] С. Станишић, „Судска заштита права из радног односа са освртом на рокове за њено остварење“, Радни односи у Републици Српској, *Зборник радова*, Београд 2006, 251.

[12] З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд 2022, 462.

[13] Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – одлука УС, 45/09 – одлука УС, 49/09, 61/13, 109/21 – одлука УС и 27/24.

[14] П. Јовановић, (2018), 379.

формални појам радног спора.[15] Према Б. Лубарди, радни спор је спор између радника и послодавца (индивидуални) или синдиката и послодавца, односно удружења послодаваца (колективни), поводом повреде индивидуалних и/или колективних права радника, утврђених уставом, законом, колективним уговорима и другим актима.[16] Б. Шундерић дефинише радне спорове као конфликте или сукобе који настају између странака радног односа, индивидуалног и колективног, онда када једна страна чињењем или нечињењем онемогућава остваривање права или повређује права или интересе, засноване на праву друге стране за измјену постојећих или утврђивање нових права и обавеза, односно услова рада.[17] С обзиром на специфична обиљежја, предмет и субјекте спора, постоје двије врсте радних спорова, а то су индивидуални и колективни радни спорови.

Индивидуални радни спор је спор који настаје између појединог радника и послодавца поводом повреде каквог индивидуалног, појединачног и личног права (обавезе) или непосредно личног интереса из радног односа, а заснованог на закону, колективном уговору или уговору о раду, а за чије је рјешење надлежан одређени орган.[18] Основне карактеристике индивидуалног радног спора су: 1) индивидуални радни спор је могућ само између радника и послодавца, тј. као стране радног спора могу се појављивати само ови субјекти, тако да само они имају легитимацију за вођење спора; 2) индивидуални радни спор настаје из радног односа, односно сви спорови који би могли настати између радника и послодавца, а немају основ у радном односу, нису радни спорови; 3) предмет индивидуалног радног спора може бити повреда индивидуалног (личног) права или непосредног личног интереса, односно обавезе из радног односа; 4) за рјешавање индивидуалних радних спорова предвиђају се одређени органи и поступак.[19]

Предмет индивидуалног радног спора може се посматрати у материјалноправном и формалноправном смислу. У материјалноправном смислу, предмет индивидуалног радног спора јесте повреда индивидуалног, појединачног права или правног интереса по основу радног односа. У формалноправном смислу, предмет индивидуалног радног спора може бити тужбени захтјев за побијање коначне одлуке

[15] А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*, Београд 1976, 311.

[16] Б. Лубарда, *Лексикон индустријских односа*, Београд 1997, 163.

[17] Б. Шундерић, „О радном спору“, *Анали Правног факултета* 1-3, Београд 1991, 354.

[18] А. Балтић, М. Деспотовић, 312.

[19] *Ibid*., 312-313.

о појединачном праву или правном интересу, захтјев за осуду на чинидбу, захтјев за утврђивање постојања оспораваног права по основу радног односа.[20] Радник чије је право повријеђено може у тужби захтијевати да се поништи незаконита одлука (конститутивна тужба), да се досуди одговарајућа чинидба (кондемнаторна тужба), те да се утврди постојање неког права из радног односа (декларативна тужба).[21]

Активна легитимација радника у радном спору произилази из одредаба Закона о раду Републике Српске.[22] Према чл. 201, ст. 1. Закона, радник који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа може да поднесе приједлог за мирно рјешавање радног спора надлежном органу (Агенцији за мирно рјешавање радних спорова) или тужбу надлежном суду за заштиту тог права.

3. УСЛОВИ ЗА ПОКРЕТАЊЕ И ВОЂЕЊЕ РАДНОГ СПОРА

Према ранијим прописима, судска заштита права радника је била условљена претходним иницирањем поступка интерне заштите од стране радника. То је практично значило да је радник, да би остварио право на судску, односно екстерну заштиту, претходно требао у законом прописаном року, поднијети приговор против одлуке надлежног органа којом је одлучено о неком његовом појединачном праву или обавези.[23] Закон о радним односима Републике Српске[24] предвиђао је да радник који се није користио правом приговора у предузећу нема право на судску заштиту (чл. 57, ст. 2. Закона о радним односима).

Међутим, *de lege lata*, судска заштита права радника више није условљена претходним активирањем инструмената интерне заштите. Према важећем Закону о раду, радник има могућност да се користи како интерном, тако и са више видова екстерне заштите, подразумијевајући ту поред судске заштите, мирно рјешавање радног спора пред надлежним органом и заштиту од стране инспекције рада.[25]

Према чл. 201, ст. 1. и 2. Закона, радник који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа може да поднесе приједлог за мирно рјешавање радног спора надлежном органу или тужбу

[20] Б. Лубарда, (1997), 163.

[21] С. Дедић, Ј. Градашчевић-Сијерчић, 431.

[22] Закон о раду Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 1/16, 66/18, 91/21 – одлука УС, 119/21, 112/23 и 39/24.

[23] С. Станишић, 254.

[24] Закон о радним односима, *Службени гласник РС*, бр. 25/93, 14/94, 15/96, 21/96, 37/97 и 10/98.

[25] С. Станишић, 257; О томе види више: R. Lale, 185-203.

надлежном суду за заштиту тог права. Право на подношење приједлога и тужбе није условљено претходним обраћањем радника послодавцу за заштиту права. Радник може да поднесе тужбу и у случају када послодавцу претходно није поднио такав захтјев.[26] Међутим, за разлику од радног законодавства Републике Српске, према Закону о раду Федерације БиХ[27] (чл. 114), заштиту повријеђеног права пред надлежним судом не може захтијевати радник који претходно послодавцу није поднио захтјев за заштиту права, осим у случају захтјева радника за накнаду штете или друго новчано потраживање из радног односа. Такође, да би се могао покренути и водити радни спор, потребно је да радник поднесе тужбу надлежном суду у законом прописаном року. Тужбу за заштиту права радник може да поднесе најкасније у року од шест мјесеци од дана сазнања за повреду права или дана учињене повреде (чл. 201, ст. 4. Закона о раду). Рок за подношење тужбе је преклузиван рок на који суд пази по службеној дужности и његовим пропуштањем радник губи право на покретање радног спора, односно право на судску заштиту.

Као дан сазнања за повреду права треба сматрати дан када је радник сазнао да му је неко право ускраћено, ограничено или на други начин нарушено. Поставља се питање када се има сматрати да је радник сазнао за повреду права? Када је у питању писмена одлука органа којом је повријеђено право, као дан сазнања за повреду би требало узети тренутак када се радник упознао са садржајем одлуке. То ће у највећем броју случајева бити тренутак уручења одлуке раднику, али могуће је доказивати и да је упознавање са садржајем услиједило и на други начин, па тиме и раније од тренутка уручења одлуке.[28] Наиме, ако је право радника повријеђено неком фактичком радњом, односно када се повреда права састоји у чињењу, радник сазнаје за повреду права у тренутку чињења радње повреде, јер он те радње непосредно перципира. Међутим, ако се повреда права радника огледа у нечињењу, утврђивање тренутка сазнања за повреду права је компликованије.[29] У том случају, тренутак сазнања за повреду права би требало везивати за пуну извјесност о постојању повреде и проблем рјешавати разумним коришћењем општих правних начела, као што је правило

[26] О заштити права радника пред судом види више: Ж. Мирјанић, *Увод у радно право*, књига друга, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука 2020, 17-20.

[27] Закон о раду ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 26/16, 89/18, 23/20 – одлука УС, 49/21, 103/21, 44/22 и 39/24. Исто рјешење предвиђа и Закон о раду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23 и 64/23, чл. 133.

[28] С. Станишић, 258.

[29] *Ibid*., 258-259.

садржано у римској максими „*in dubio pro reo*“. Зато суд у њиховом савладавању треба да има у виду правило *in dubio pro laboris* (у сумњи блаже по радника), а то значи да не „сијече“ на знакове повреде, већ кад постане сасвим јасно да је право нарушено.[30]

За разлику од домаћег права, Закон о раду Републике Србије[31] (чл. 195) даје могућност синдикату да пред судом покрене радни спор. Против рјешења којим је повријеђено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом. Рок за покретање спора јесте 60 дана од дана достављања рјешења, односно сазнања за повреду права. Представник синдиката може поднијети тужбу само ако га запослени, који је учлањен у исти синдикат, овласти. Тим овлашћењем подносилац тужбе не успоставља са запосленим однос пуномоћника, јер не поступа у његово име и за његов рачун, већ у своје име и за рачун запосленог, као комисионар. У таквом својству, представник синдиката има положај стране у спору, јер је његов статус изворан. У том статусу, представник синдиката може имати свог пуномоћника, јер он заступа њега а не запосленог. Пошто није носилац спорног материјалноправног односа, он нема стварну али има процесну легитимацију да буде учесник радног спора.[32]

Подношење тужбе за заштиту права не одлаже извршење рјешења или радње послодавца против којих је радник поднио тужбу. Међутим, за разлику од Закона о раду Републике Српске, радно законодавство Републике Србије даје овлашћење инспектору рада да, ако нађе да је рјешењем послодавца о отказу уговора о раду очигледно повријеђено право запосленог, а запослени је покренуо радни спор, на захтјев запосленог одложи својим рјешењем извршење тог рјешења до доношења правноснажне одлуке суда.[33] У домаћем праву, радник се може обратити инспектору рада ради заштите права у року од мјесец дана од дана сазнања за повреду права, а најдаље у року од три мјесеца од дана учињене повреде (чл. 202. Закона о раду Републике Српске).

Наиме, у складу са одредбама Закона о раду Републике Српске (чл. 201, ст. 5.), тужбу за заштиту права радник може да поднесе уколико претходно предмет спора није ријешен у поступку мирног рје-

[30] З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Огледи на тему Закон о раду*, Београд 2003, 231.

[31] Закон о раду Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – одлука УС, 113/17 и 95/18 – аутентично тумачење.

[32] З. Ивошевић, М. Ивошевић, (2022), 464-465.

[33] Види: чл. 271. Закона о раду Републике Србије.

шавања спора код надлежног органа. Приједлог за мирно рјешавање радног спора радник може да поднесе у року од 30 дана од дана сазнања за повреду права, а најкасније у року од три мјесеца од дана учињене повреде (чл. 201, ст. 3. Закона о раду). Заштита права пред Агенцијом за мирно рјешавање радних спорова, у складу са Законом о мирном рјешавању радних спорова[34], је облик вансудске заштите који представља алтернативу судској заштити и у том смислу, покретање мирног рјешавања радног спора није претпоставка за подношење тужбе суду. Међутим, постоје различита мишљења о томе да ли Закон о раду прописује обавезу покретања мирног рјешавања радног спора прије подношења тужбе суду.[35] Према образложењу у Одлуци Уставног суда Републике Српске из 2017. године, примједбе да се законским рјешењем из чл. 201. ст. 5. Закона о раду у коме пише да „Тужбу радник може да поднесе уколико претходно предмет спора није ријешен у поступку мирног рјешавања спора код надлежног органа“ ограничава право на судску заштиту односно право на приступ суду нису основане. Уставни суд сматра да оспореном законском одредбом није искључена судска заштита, већ је предвиђено право радника на обраћање суду ради заштите својих права, под одређеним условом и у одређеном року. Прописивањем наведеног услова законодавац није повриједио право на приступ суду, јер повреда овог права постоји када је приступ суду онемогућен или када су услови за обраћање суду знатно отежани у мјери да приступ суду чине *de facto* немогућим. У конкретном случају није онемогућена једнака заштита права пред судом из чл. 16, ст. 1. Устава, будући да ће једнаку заштиту својих права пред судом остварити сваки радник који поднесе тужбу надлежном суду, без обзира на то што ту тужбу, сходно оспореној законској одредби, не може да поднесе безусловно, већ подношењу тужбе мора да претходи испуњење одређеног услова, дакле, да предмет спора претходно није ријешен у поступку мирног рјешавања код надлежног органа, након чега слиједи подношење тужбе суду. Суд је утврдио да ограничење односно услов за подношење тужбе надлежном суду прописано Законом о раду има легитиман циљ, а то је смањење броја судских спорова који су најчешће дуготрајни и стварају високе трошкове, при чему остављање примјереног рока за евентуално мирно рјешавање радног спора не значи ускраћивање права радника на тужбу, већ представља могућност да радник, у поступку који је

[34] Закон о мирном рјешавању радних спорова, *Службени гласник РС*, бр. 91/16.
[35] Ж. Мирјанић, 23.

бржи и економичнији од судског поступка, оствари своја права из радног односа.[36]

4. НАДЛЕЖНОСТ ОРГАНА ЗА РЈЕШАВАЊЕ РАДНОГ СПОРА И ОБИМ ОВЛАШЋЕЊА

С обзиром на упоредно правну праксу, индивидуални радни спорови рјешавају се у предвиђеном поступку пред: 1) специјализованим радним судовима[37], 2) судовима опште надлежности, и 3) другим органима.[38] Наиме, у Њемачкој постоје специјализовани судови за радне спорове, односно спорове из социјалног осигурања. Такође, у овој држави постоје и земаљски судови рада, који имају дугу традицију, односно присутни су још од 1926. године. Након Другог свјетског рата, ови судови су уведени на иницијативу синдиката Законом о судовима рада из 1953. године. Одлучују у тростепеној организацији. У Аустрији су за радне спорове надлежни посебни судови, а у другом степену одлучују посебна вијећа редовних судова. У Белгији у првом степену одлучују радни трибунали, а о жалби одлучује апелациони суд за радне спорове. У трећем степену јавља се касациони – редовни суд. И у Норвешкој постоје судови за радне спорове, с тим што Врхо-

[36] Одлука Уставног суда Републике Српске, број: У-32/16 од 22. фебруара 2017. године, *Службени гласник РС*, бр. 22/17, којом је одбијен приједлог за утврђивање неуставности чл. 201. ст. 5. Закона о раду (*Службени гласник Републике Српске*, број 1/16).

[37] Специјализовано судство – радни судови/трибунали имају веома дугу традицију у Европи, која датира од почетка XIX вијека – 1806. у Француској. Послије Првог свјетског рата снажно се шири идеја специјализације судова за радне спорове. Радни судови или индустријски/радни трибунали се оснивају 1910. у Шпанији, у Данској, 1926. у Њемачкој, 1928. у Шведској, и јављају се у великом броју европских држава – скандинавским државама, земљама Бенелукса (у Белгији, Луксембургу), Аустрији, Великој Британији, у низу земаља Централне и Источне Европе – Мађарској, Словенији. Специјализовано судство, односно трибунали за радне спорове јављају се у два основна модела – као непрофесионализовани радни трибунали (нпр. вијећа добрих људи у Француској) и као радни судови (у СР Њемачкој, Аустрији, Словенији). У оквиру ова два основна модела јавља се више варијетета идеје специјализације, који се крећу од специјализације само у првом степену (у Француској) до специјализованог радног судства у сва три степена (у СР Њемачкој – од основног, покрајинског/земаљског, до Савезног радног суда). Уколико се специјализовани радни суд/трибунал јавља само као првостепени суд, по правилу се у оквиру суда опште надлежности у другом (апелационог суда) и трећем степену (касационог суда) формирају одјељења за радне спорове – нпр. у Француској је у оквиру апелационих и Касационог суда основано социјално одјељење. Б. Лубарда, *Радно право*, *Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 771–773.

[38] С. Дедић, Ј. Градашчевић-Сијерчић, 431.

вни суд одлучује кад је предмет спора отпуштање радника.[39] У Француској за индивидуалне радне спорове надлежна су Вијећа добрих људи (*Conseil de prud homme*), као радни трибунал на нивоу департмана који воде поријекло из феудализма.[40] Ради се о посебном суду, који је као такав приступачан радницима, који брзо и познавањем психологије радничке средине, рјешава индивидуалне радне спорове. Вијеће има паритетан састав, односно састављено је од једнаког броја представника послодаваца и радника. Увијек се покушава мирење, па ако оно не успије, приступа се суђењу.[41]

У нашем позитивном праву, до средине 1992. године о радним споровима одлучивали су судови удруженог рада, а од тада одлучивање о радним споровима прешло је на редовне судове. Престанком постојања судова удруженог рада престала је и примјена правила о рјешавању спорова из радног односа, те је отпочела примјена правила парничног поступка на рјешавање радних спорова, односно посебних одредаба које су предвиђене за парнице из радног односа.[42]

Према Закону о судовима Републике Српске[43] (чл. 30–31) за рјешавање радних спорова надлежни су редовни судови, односно радне спорове у првом степену суде основни судови, а у другом степену Окружни судови. Међутим, питање потребе оснивања посебних судова, специјализованих за радне спорове, у циљу њиховог бржег и ефикаснијег рјешавања и даље остаје отворено. Као палијативно рјешење могло би се предвидјети да у овим споровима одлучују само они редовни судови којима је та надлежност изричито одређена законима о редовним судовима.[44] Специфичност радних спорова указује на значај питања формирања радног суда као специјализованог суда за рјешавање радних спорова. У теорији радног права се указује на два

[39] М. Учур, „Остваривање и заштита права у радном односу - гаранције правне сигурности радника“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта Ријека*, Ријека 2/1995, 323–352.

[40] А. Петровић, „Судска заштита права радника“, *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*, Крагујевац 1989/1990, 235–240.

[41] *Ibid*.; О томе види више: R. Lale, 185–203.

[42] С. Дедић, Ј. Градашчевић-Сијерчић, 432; У бившој СФРЈ, у периоду самоуправљања (друштвене својине и удруженог рада), поред редовних судова били су основани и самоуправни судови – судови удруженог рада (основни суд удруженог рада као првостепени и Суд удруженог рада Републике као другостепени и највиши суд удруженог рада), који су престали да постоје 1992. године. У Босни и Херцеговини нису трансформисани у радне судове, као што је то учињено у Словенији. О томе види: Б. Лубарда, (2013), 772–773.

[43] Закон о судовима, *Службени гласник РС*, бр. 37/12, 14/14 – одлука УС, 44/15, 39/16 – одлука УС и 100/17.

[44] С. Дедић, Ј. Градашчевић-Сијерчић, 433.

основна разлога за његово формирање: 1) потреба за специјализацијом суда (судија) због специфичности и сложености радних спорова и 2) потреба за ефикасним и брзим рјешавањем великог броја радних спорова.[45] Једна од основних функција радног суда јесте да растерети редовне судове и да на ефикасан, економичан и квалитетан начин ријеши радни спор.[46] С обзиром да специјализовано судство – радни судови/трибунали имају веома дугу традицију у Европи (од 1806. у Француској), у теорији се износи став да је специјализовано судство за радне спорове обиљежје европског социјалног модела. Дакле, основни аргумент у прилог специјализације судства/трибунала за радне спорове, укључујући и специјализацију поступка (посебан парнични поступак је једноставнији, бржи у односу на општи), је у потреби да се постигне што већа ефикасност рјешавања радних спорова, што је у интересу и послодавца и запослених, уз што мање трошкове поступка (нарочито на страни запослених). Другим ријечима, радни судови/трибунали треба да обезбиједе лак приступ, брз, неформалан и не скуп поступак за рјешавање радних спорова.[47]

Наиме, суд рјешава о спорној ствари на два начина: 1) по принципу *законитости*; 2) по принципу *пуне јурисдикције*. По принципу законитости суд одлучује о законитости самог рјешења са становишта материјалног и процесног права које је важило у вријеме доношења рјешења (да ли је донијето у складу са законом, другим општим актом и уговором о раду). Суд не одлучује у меритуму о спорном праву или обавези (то је овлашћење послодавца). Ако је рјешење законито, суд одбија тужбени захтјев радника. Уколико рјешење није законито, тада се оно поништава и успоставља раније стање (ништавост дјелује и *ex tunc* и *ex nunc*). Поништава се уколико уочене незаконитости не могу бити отклоњене у поступку поновног одлучивања пред надлежним органом у предузећу. Дакле, суд налаже успоставу ранијег стања (враћање радника на рад, уплата одговарајућих доприноса итд.). У сваком случају, овај принцип се примјењује у оним споровима у којима је право запосленог повријеђено рјешењем, као правним актом послодавца.[48] Према томе, у *спору о законитости* не суди се с пуним капацитетом. На то упозорава и рјешење Врховног суда Србије, Рев. 4691/93 од 26.1.1994. године: „У радном спору о законитости појединачног акта, суд нема пуну јурисдикцију. Овлашћен је да оцењује да

[45] Б. Лубарда, (1997), 145.

[46] Р. Брковић, *Радни суд*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2003, 52. О томе види: Ж. Мирјанић, 19.

[47] Б. Лубарда, (2013), 771–772; О томе види: S. Deakin, G. S. Morris, *Labour Law*, Hurt Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, 69.

[48] П. Јовановић, (2018), 382–383.

ли су донети у складу са законом, али не може да одлучује о самим правима, обавезама и одговорностима запосленог. О њима може да одлучује само послодавац, односно надлежни орган послодавца“.[49] Међутим, право запосленог може бити повријеђено и фактичком радњом послодавца (чињењем или нечињењем), када изостаје било каква његова одлука или рјешење. Предмет спора није захтјев да се поништи рјешење, јер оно не постоји, већ захтјев да послодавац предузме одређене радње или да се уздржи од одређених радњи, како би радник могао да оствари своје право. Тада суд рјешава о спорној ствари по принципу пуне јурисдикције (радни спор је *спор пуне јурисдикције*). Када рјешава спорну ствар по принципу пуне јурисдикције, суд не оцјењује законитост донијетих одлука, већ одлучује у меритуму о самим правима, обавезама или одговорности, дакле, о ономе о чему је требало да одлучује послодавац да је вршио своју дужност. По овом принципу рјешавају се спорови о новчаним потраживањима (потраживања зараде, накнаде зараде и других новчаних примања), спорови о накнади штете, спорови у вези са изосталим уплатама на име социјалног осигурања, спорови поводом констатовања трансформације радног односа на одређено вријеме у радни однос на неодређено вријеме итд.[50] О томе се у рјешењу Врховног суда Србије, Рев. 4691/93 од 26.1.1994. године каже: „Овлашћење пуне јурисдикције суд у радном спору има кад суди о исплати зараде и других примања или о накнади штете. Тада одлучује о самом праву, обавези и одговорности која је предмет спора“.[51]

[49] Рјешење Врховног суда Србије, Рев. 4691/93 од 26.1.1994. године. Преузето из: З. Ивошевић, М. Ивошевић, (2022), 466–467; Тако, примјер одлучивања по принципу законитости је пресуда Основног суда у Зворнику бр. 83 0 Рс 058184 24 Рс 2 од 14.06.2024. године, којом је утврђено да је незаконита Одлука о додјели специјализације директора туженог и наведена одлука је поништена, те је наложено туженом да изврши поновни избор кандидата за додјелу специјализације. По оцјени суда, одлука о додјели специјализације није донешена у складу са поступком и критеријумима прописаним законом, односно објективним провјерљивим критеријумима. Дакле, у конкретној ситуацији суд није одлучивао коме од кандидата ће спијализација бити додијељена, јер је таква врста одлучивања у надлежности директора туженог, него само о законитости спорне одлуке.

[50] П. Јовановић, (2018), 382-383.

[51] Рјешење Врховног суда Србије, Рев. 4691/93 од 26.1.1994. године. Преузето из: З. Ивошевић, М. Ивошевић, (2022), 468; Према томе, код спора пуне јурисдикције суд одлучује о самом праву тужиоца, као што је то случај у пресуди Основног суда у Зворнику бр. 83 0 Рс 058937 23 Рс од 15.12.2023. године, гдје је обавезана тужена као послодавац да тужиљи на име разлике плата које су јој требале бити исплаћене у утуженом периоду и исплаћених плата, исплати одређене износе, односно разлику плате. Наведеном пресудом утврђено је да је тужени повриједио право тужиље на исплату једнаке плате као осталим запосленим на истом радном мјесту, тиме што је у основну плату тј коефицијент за обрачун плате уврстио и ноћни рад, који не чини

Закон о парничном поступку Републике Српске,[52] у глави XXVII садржи одредбе чл. 419-422. које регулишу поступак у парницама из радних односа, као један од посебних поступака. Поступак у парницама из радних односа је посебан парнични поступак чија правила само унеколико одступају од правила редовног парничног поступка. Законски и судски рокови у парницама из радних односа су краћи због потребе хитног рјешавања ових спорова с обзиром да се у овим парницама расправља о егзистенцијалним правима запослених.[53] Тако, парициони рок, као рок за добровољно извршење чинидбе у пресуди износи 15 дана (чл. 421. Закона о парничном поступку), док је рок за подношење жалбе на пресуду, односно рјешење из радних односа 15 дана (чл. 422. Закона о парничном поступку). Пракса показује да судови не могу да удовоље овим законским одредбама, те судски поступци трају и по неколико година.[54] Првостепена пресуда постаје правоснажна и извршна ако се не може више побијати жалбом као редовним правним лијеком, или ако у другом степену суд одбије жалбу и потврди првостепену пресуду. У другим случајевима, правоснажна и извршна је другостепена пресуда.[55] Надлежност суда (стварна и мјесна) одређена је Законом о судовима и Законом о парничном поступку. Ако је у спору из радног односа тужилац запослени, за суђење је надлежан, поред суда који је опште мјесно надлежан за туженог, и суд на чијем се подручју рад обавља или се обављао, односно суд на чијем би се подручју рад морао обављати, као и суд на чијем је подручју заснован радни однос (чл. 40. Закона о парничном поступку).

4.1. Судска заштита права учесника огласа/конкурса у поступку заснивања радног односа

Наиме, посебно значајно питање у законодавству и пракси Републике Српске јесте питање заштите права учесника огласа/конкурса у поступку заснивања радног односа.[56] Поступак заснивања радног

елемент за утврђивање основне плате, него представља посебно увећање на плату, којег рада је тужиља неспорно ослобођена због година старости, што је у складу са Посебним колективним уговором.

[52] Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – одлука УС, 45/09 – одлука УС, 49/09, 61/13, 109/21 – одлука УС и 27/24.

[53] О томе види: Б. Гајић, „Судско рјешавање радних спорова“, Радни односи у Републици Српској, *Зборник радова*, Београд 2006, 267.

[54] *Ibid.*

[55] П. Јовановић, (2018), 382.

[56] О томе види више: Р. Лале, „Заштита права учесника огласа/конкурса у поступку заснивања радног односа“, Зборник радова *„Изазови и перспективе развоја правних*

односа почива на легитимним, али супротстављеним интересима послодавца и радника – послодавац има интерес да, на основу конкуренције знања и способности учесника огласа/конкурса, међу њима изабере најбољег кандидата за заснивање радног односа. Са друге стране, сваки учесник огласа/конкурса има интерес да обављање слободног посла буде повјерено њему, будући да се заснивањем радног односа остварује право на рад и обезбјеђују средства за издржавање, те кроз рад развија личност. Због тога, поступак заснивања радног односа прати ризик повреде права и на праву заснованих интереса учесника огласа/конкурса или других непосредно заинтересованих лица, односно ризик повреде обавеза и дужности које послодавац има у вези са заснивањем радног односа.[57] Усљед тога може настати спор, поводом ког се може захтијевати отклањање повреде права или отклањање повреде непосредног интереса заснованог на праву, односно отклањање повреде обавеза или дужности учињене одлуком о избору кандидата за заснивање радног односа.[58] У том смислу, како с правом истиче проф. др Љ. Ковачевић, а с чим се и ми у потпуности слажемо, учесници огласа/конкурса морају имати право на дјелотворно правно средство, и то не само кроз право на правосудне и ванправосудне правне лијекове, већ и кроз право на приговор или жалбу, као средства којима се остварује интерна заштита права.[59] У радном законодавству Републике Српске, ово питање је посебно деликатно, из разлога што Закон о раду не познаје двостепеност у одлучивању, док судска заштита права учесника огласа/конкурса није непосредно уређена, уз изузетак заштите од дискриминације, као и заштите радника којима је код послодавца претходно престао радни однос као вишку запослених, због чега уживају првенство при запошљавању за обављање истих послова. Такво рјешење прате многобројна отворена питања, посебно што учесници огласа/конкурса у посебним режимима радних односа уживају двостепеност у истој ситуацији, чиме се доводи у питање дјелотворна примјена начела једнакости и једнаке законске заштите.[60]

Учесници огласа/конкурса имају право на тужбу против одлуке о избору која је по њих неповољна и за коју сматрају да је неправилно и

система у XXI вијеку“, Година III, број 3, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023, 357–370.

[57] Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2021, 1111.

[58] *Ibid.*, 1111-1112.; О томе види више: Б. Шундерић, „Спор о заснивању радног односа“, *Право и привреда* 1-2/1993, 21–22.

[59] Љ. Ковачевић, 1112.

[60] *Ibid.*

незаконито донијета. Ово право, као и право на приговор или жалбу представљају важна процесна средства, али и основно људско право радника, јер би у супротном, гаранције слободе рада и права на рад биле само теоретске и илузорне.[61] У смислу одредаба Закона о раду, одлука о избору кандидата у поступку заснивања радног односа је коначна, тј. против ње се не може уложити жалба другостепеном органу код послодавца или истом органу који је донио одлуку, ако код послодавца не постоји другостепени орган (не постоји двостепеност у одлучивању).[62] То представља значајан пропуст и правну празнину, на које се у домаћој литератури константно указује. Ово рјешење се, с правом критикује, из разлога што судска заштита права не може да надокнади двостепеност у интерном поступку код послодавца. Наиме, суд пружа заштиту само поводом већ донијетих одлука о правима, обавезама и одговорностима радника, и то у поступку који је и сам двостепен, за разлику од приговора и жалби које омогућавају остваривање права на правно средство у поступку у ком се одлучује о праву или интересу радника.[63] Поред тога, приговор и жалба, у начелу, имају суспензивно дејство, те се њиховим изјављивањем извршење првостепене одлуке одлаже до доношења другостепене одлуке.[64]

Законом о раду није изричито предвиђена могућност судске заштите права учесника у поступку заснивања радног односа (овај закон предвиђа судску заштиту права радника, тј. судску заштиту права из радног односа – судска заштита кроз радни спор).[65] Од овог правила постоје два изузетка: први се односи на заштиту учесника огласа/конкурса од дискриминације,[66] док се други изузетак односи на заштиту учесника огласа/конкурса којима је код послодавца који је расписао оглас/конкурс претходно престао радни однос због смањења обима посла или укидања послова усљед економских, технолошких, структурних или других сличних промјена у предузећу, због чега уживају првенство при запошљавању за обављање истих послова.[67]

[61] *Ibid.*, 1114.

[62] П. Јовановић, (2018), 208.

[63] Љ. Ковачевић, 1117–1118; О томе види: Б. Шундерић, „Право на приговор“, *Радно и социјално право* 1–3/1997, Београд 1997, 13–32; Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2016, 580–581; Р. Лале, (2023), 357–370.

[64] Љ. Ковачевић, (2021), 1118.

[65] П. Јовановић, (2018), 208; Види: чл. 201. Закона о раду Републике Српске.

[66] Види: чл. 25. Закона о раду Републике Српске.

[67] Види: чл. 190. Закона о раду Републике Српске. О томе види: Љ. Ковачевић, „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 89/2020, Ниш 2020, 269–270.

Међутим, при заснивању радног односа остварују се Уставом зајамчена права и слободе (право на рад и слобода рада). Уставом је предвиђено да свако има право на једнаку заштиту својих права, односно свакоме се јамчи право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се рјешава о његовом праву или на законом заснованом интересу.[68] Пошто право на жалбу, према позитивном радном законодавству, немају ни запослени (против одлуке послодавца којом се одлучује о њиховом праву), исто право немају ни лица која траже запослење. Али и запослени и они који траже запослење имају право на друга правна средства против одлука којима се рјешава о њиховим правима.[69] Наиме, Уставом је обезбијеђена судска заштита слобода и права зајемчених и признатих тим Уставом. То значи да учесник поступка заснивања радног односа, поводом Уставом зајемченог права на рад и слободе рада може да тражи њихову судску заштиту, при чему није битно да ли се та заштита врши у форми радног спора, управног спора или на други начин. Заправо, од природе акта којим се врши избор кандидата за заснивање радног односа, зависи и природа спора који се води поводом тог акта. Законом о судовима Републике Српске[70] предвиђено је да основни суд, као суд опште надлежности, у првом степену суди, поред осталог, у споровима поводом заснивања радног односа. У спору пред судом, суд није овлашћен да врши избор кандидата и да оцјењује мотиве којима се руководио послодавац приликом избора кандидата, већ да оцјењује законитост поступка заснивања радног односа.[71]

Учесници огласа или конкурса могу остварити судску заштиту и на основу Закона о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености.[72] Завод за запошљавање је дужан да најдаље у року од три дана од дана достављања пријаве од стране послодавца потребу за радницима огласи на огласној табли и интернет адреси Завода, а

[68] 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. 16.

[69] П. Јовановић, (2018), 208; О томе види: Д. Р. Паравина, *Радно право*, Службени гласник, Београд 1998, 54-55.

[70] Закон о судовима, *Службени гласник РС*, бр. 37/12, 14/14 – одлука УС, 44/15, 39/16 – одлука УС и 100/17, чл. 30.

[71] П. Јовановић, (2018), 208; Види: Пресуда Врховног суда Србије Гзз – 348/68 од 18. фебруара 1969. године. Наведено према: В. Брајић, *Радно право у пракси: Приручник судске праксе*, Службени лист СФРЈ, Београд 1974, 91–92. Преузето из: А.Т. Поповић, „Сметње за заснивање радног односа: легитимни циљеви и ограничења“, (докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016), 73.

[72] Закон о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености, *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 102/12, 94/19 и 112/23.

ако послодавац захтијева, и у средствима јавног информисања доступним грађанима у Републици.[73] У том случају, сваки учесник огласа/конкурса мора имати право на судску заштиту, уколико је послодавац донио одлуку да по огласу/конкурсу буде изабрано лице које не испуњава јавно објављене услове за заснивање радног односа.[74] То значи да би без судске заштите учесника огласа/конкурса, била повријеђена Уставом зајемчена гаранција једнаке законске заштите, јер неки грађани већ уживају судску заштиту у истој ситуацији (кандидати у поступцима заснивања радног односа у посебним режимима радних односа).[75]

5. ПРИВИДНИ НЕЗАВИСНИ РАД

Један од проблема који значајно оптерећује савремено радно и пословно право јесте проблем привидног независног рада или прикривеног радног односа.[76] Имајући у виду нове друштвено-економске односе и нове форме организације пословно-производних процеса, детектовање и „борба“ против тзв. прикривеног радног односа представља, према мишљењу појединих теоретичара, кључни изазов са којим се суочава радно законодавство у свијету.[77] Наиме, привидни независни рад (тзв. лажно самозапошљавање) подразумијева закључење уговора о дјелу или неког другог грађанскоправног уговора којим се прикрива да радник стварно ради за рачун и под влашћу послодавца, и то, због настојања да се избјегне примјена радног и социјалног законодавства.[78] Прикривени радни однос представља озбиљан

[73] Чл. 17, ст. 2. Закона о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености.

[74] Љ. Ковачевић, (2021), 1119.

[75] *Ibid*.; О томе види више: Р. Лале, (2023), 357–370.

[76] Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 216. У складу са ст. 4, тач. б) Препоруке МОР-а бр. 198 о радним односима, прикривени радни однос постоји када „послодавац поступа са појединцем као са радником који није запослени, скривајући његов правни статус запосленог, а те ситуације могу настати када уговори имају за посљедицу да се радник лишава заштите која му припада“. О томе види више: Р. Лале, „Рад ван радног односа“, *Правна ријеч* 58/2019, Бања Лука 2019, 365–398.

[77] Т. Каламатиев, А. Ристовски, „Фактички радни однос и хонорарни рад versus македонског правног система“, *Радно и социјално право* 1/2015, Београд 2015, 10. О лажним облицима флексибилног рада види: С. Јашаревић, „Нове форме рада у Европској унији и Србији“, *Радно и социјално право* 2/2015, Београд 2015, 3.

[78] Прикривени радни однос представља „намјерно“ квалификовање радног односа (који испуњава битне елементе утврђене законом) као други уговорни однос поводом и у вези са радом (који произлази из општег уговорног права), с циљем да се смање трошкови послодаваца који би произашли из правилне примјене прописа у сфери радног, социјалног и пореског законодавства. Т. Каламатиев, А. Ристовски, 10–11.

проблем у многим државама гдје значајан број радника, посебно у области саобраћаја, грађевинарства, хотелијерства и пружања савјетодавних услуга, ради на основу уговора грађанског права и онда када стварно постоје елементи радног односа.[79] Основни разлог за закључивање симулованог правног посла треба тражити у настојању послодаваца да снизе трошкове рада, ради веће конкурентности на тржишту. На тај начин, они избјегавају обавезе предвиђене радним и социјалним законодавством, од поштовања правила о ограниченом радном времену, безбједности и здрављу на раду и минималној заради, преко правила о заштити у случају отказа, до уплаћивања доприноса за социјално осигурање. Поред трошкова везаних за примјену радног и социјалног законодавства, оптирање за рад под маском независног рада може се објаснити и настојањем послодаваца да избјегну трошкове који произлазе из примјене пореског законодавства.[80]

На значај овог проблема указују и универзални међународни радни стандарди садржани у Препоруци Међународне организације рада бр. 198 о радним односима из 2006. године.[81] Препорука бр. 198 се састоји од преамбуле и четири дијела. Овим актом, државе су позване да обезбиједе да се постојање радног односа процјењује превасходно на основу двије групе чињеница које судови великог броја држава користе као „индикаторе“ радног односа (тзв. вишефакторски тест).[82] Прва група ових чињеница односи се на извршавање рада, док се чињенице из друге групе тичу накнаде која припада раднику, независно од начина на који су стране квалификовале свој однос (ст. 9. Препоруке). Државама је савјетовано да обезбиједе механизме који ће олакшати процјену постојања радног односа. То укључује, поред осталог, и обезбјеђивање широког спектра инструмената за утврђивање радног односа, као и увођење законске претпоставке о постојању радног односа у случајевима када постоји један или више релеван-

[79] Љ. Ковачевић, 216–217.

[80] *Ibid.*

[81] International Labour Organization, R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), доступно на: *https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312535:NO*

[82] Љ. Ковачевић, 216. У теорији се сматра да су битни елементи радног односа: 1) добровољност; 2) лична радноправна веза између радника и послодавца; 3) онерозност (обавеза вршења рада и обавеза плаћања за тај рад); и 4) субординација, тј. економска и правна подређеност радника послодавцу. П. Јовановић, (2018), 186; Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књига прва: Радни односи (II), Народне новине, Загреб 1972, 335; У суштини, ради се о томе да ли послодавац „контролише“ рад радника. Тзв. тест контроле је од настанка правне концепције радног односа основни начин доказивања његовог постојања пред судовима у свијету (процјењује се да ли једно лице посао обавља по налозима и под контролом другог лица, односно послодавца). С. Јашаревић, 15–16.

тних индикатора. Истовремено, државе могу да размотре могућност да јасно дефинишу услове постојања радног односа, „попут субординације или зависности“ (ст. 12). Државе су позване и да размотре могућност да својим законима утврде посебне индикаторе постојања радног односа.[83]

На основу успјешног сажимања различитих националних дефиниција појма радника, у Препоруци бр. 198 дефинисан је списак индикатора извршавања зависног рада. Као критеријуми за утврђивање стања зависности или субординације утврђене су сљедеће чињенице: да се рад обавља према упутствима и под контролом друге стране; да рад укључује интеграцију радника у организацију предузећа; да се рад обавља искључиво или претежно у корист другог лица; да се рад обавља у одређено радно вријеме или на мјесту рада које је страна која захтијева рад тачно одредила или се са њима сагласила; да рад има одређено трајање и одређени континуитет; да се од радника захтијева да буду доступни послодавцу); да страна која захтијева рад обезбјеђује алат, материјал и машине (ст. 13, тач. а)). Поред индикатора који се односе на престацију рада, Препорука бр. 198 као индикаторе радног односа предлаже и: периодичну исплату накнаде раднику; чињеницу да је та накнада једини или главни извор примања радника; обезбјеђивање исплате у натури, попут хране, смјештаја или транспорта; признавање права, попут недељног и годишњег одмора; чињеницу да страна која захтијева рад исплаћује трошкове пута на који радник одлази ради обављања послова; непостојање финансијског ризика на страни радника (ст. 13, тач. б)).[84]

Наиме, основни проблем заштите лица која обављају привидни независни рад представља правна квалификација уговора на основу којег су ангажована да раде за другог.[85] У том смислу, радно право познаје више правних техника за сузбијање ове негативне појаве. Уобичајене правне технике које постоје у компаративним радноправним системима су законска пресумпција о постојању радног односа и техника „предности чињеница“.[86] Пресумпција о постојању радног односа може се дефинисати на два начина у зависности од чињенице да ли доминирају „суштински“ или „процесни“ аспекти. „Суштинска“ дефиниција пресумпције имплицира да ће се један уговорни однос поводом и у вези са радом третирати као радни однос уколико су у конкретном случају испуњени одређени услови који су

[83] Љ. Ковачевић, 216.
[84] Види: *Ibid.*, 216–217.
[85] *Ibid.*, 218.
[86] Т. Каламатиев, А. Ристовски, 11.

утврђени законом. „Процесна“ дефиниција пресумпције означава да ће се један уговорни однос поводом и у вези са радом третирати као радни однос уколико су у конкретном случају испуњени појединачни индикатори који упућују на постојање субординације, осим ако послодавац не докаже супротно, тј. уколико је евидентно да су стране приступиле склапању уговора који се разликује од уговора о раду.[87] Одређене земље (нпр. Холандија) предвиђају шири обим примјене пресумпције, који полази од претпоставке да све односе поводом и у вези са радом (који испуњавају критеријум субординације) треба третирати као радне односе.[88] Друге земље (нпр. Малта) предвиђају испуњавање једног или више специфичних индикатора субординације (тзв. каталог индикатора), у функцији доказивања постојања радног односа.[89] У земљама бивше Југославије оборива законска пресумпција о постојању радног односа постоји у радном законодавству Републике Хрватске. Наиме, у складу са чл. 10, ст. 1. и 2. Закона о раду Републике Хрватске[90] радни однос се заснива уговором о раду, али ако послодавац с радником склопи уговор за обављање посла који, с обзиром на природу и врсту рада те овлашћења послодавца, има обиљежја посла за који се заснива радни однос, сматра се да је с радником склопио уговор о раду, осим ако послодавац не докаже супротно. Ипак, ова пресумпција нема практични значај све док правна природа тог уговора не постане спорна. Она ће моћи да изрази праву намјеру законодавца, само ако се неко позове на њу, а тај субјект може да буде или радник у случају радног спора за одређивање правне природе његовог уговорног односа са послодавцем или надлежни државни орган који врши надзор над примјеном прописа који произлазе из радног законодавства.[91] У међународном радном праву, овај проблем се рјешава примјеном правила о превасходству стварне у односу на декларативно изражену вољу уговорних страна, што је на нивоу Међународне организације рада потврђено као начело чињеничног првенства (енг. *principle of primacy of facts*).[92] Ово правило подразуми-

[87] *Ibid.* О томе види: G. Casale, *The Employment Relationship: A General Introduction*, (The Employment Relationship – A Comparative Overview), Hart Publishing - International Labour Office, Oxford and Portland, Oregon, Geneva 2011, 26.

[88] Т. Каламатиев, А. Ристовски,11. О томе види: F. Pennings, *The Protection of Working Relationships in Netherlands*, (The Protection of Working Relationships: A Comparative Study), Kluwer Law International 2011, 90–93.

[89] Т. Каламатиев, А. Ристовски, 11-12; О томе види више: Р. Лале, (2019), 365-398.

[90] Закон о раду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23 и 64/23.

[91] Т. Каламатиев, А. Ристовски, 12.

[92] Љ. Ковачевић, 218; О томе види у: L. Tičar, „*Temeljna vprašanja kroga oseb delovnopravnega varstva*“, Delavci in delodajalci, бр. 2-3/2008, 335. Техника „предности

јева захтјев да се приликом одлучивања о постојању радног односа мора руководити чињеницама, а не називом или формом које су одређеном правном односу дале његове стране.[93] Постојање радног односа не зависи од начина на који су стране описале свој однос, већ од испуњености одређених објективних услова, тако да је у случајевима злоупотребе овог правног института могуће утврдити постојање уговора о раду и неважност правних докумената који се користе за његово прикривање.[94] Техника „предности чињеница“ у суштини је намијењена да омогући темељну и дубинску анализу судова у утврђивању стварног односа поводом и у вези са радом који се успоставио и одвијао између уговорних страна. У том правцу, воља уговорних страна у одређивању „правног идентитета“ уговора биће релевантна, јер се судови не вежу за дескрипцију или дефиницију уговорног односа са стране његових субјеката.[95] Примјењујући технику примарности чињеница, судови имају надлежност да „преквалификују“ лажни радноправни однос радницима у прави, обавезујући послодавце на ретроактивну исплату свих неисплаћених материјалних надокнада (плате, увећања зараде за прековремени рад и сл.) који су следовали радницима са заснованим фактичким (тј. прикривеним) радним односом.[96] Дакле, суд користи могућност да негира квалификацију уговора коју су опредијелили суконтрахенти, ако услови одређеног уговора не одговарају њиховој стварној намјери, тј. ако постоји одступање између назива који су стране дале уговору и њиховог каснијег понашања. Према томе, у овим случајевима, суд има право да поново квалификује уговор у функцији понашања уговорних страна, осим ако оне не понуде довољне елементе за одређену квалификацију.[97] Наведено правило је потврђено у појединим државама као уставни принцип,[98] док је у другим земљама изричито инкорпорисано у оквиру радног законодавства (нпр. Доминиканска Република - „уговор о раду не

чињеница“ је метод за одређивање постојања радног односа који се надовезује на технику за пресумпцију постојања радног односа. Т. Каламатиев, А. Ристовски, 12.

[93] Како проф. др Никола Тинтић напомиње, да би се могло оцијенити да ли у датом случају постоји или не постоји уговор о дјелу, није одлучна формална страна (тј. да ли је закључен уговор о дјелу), већ карактер стварно обављеног рада. Стога, ако је уговор о дјелу закључен противно закону, умјесто да се заснује радни однос, такав је уговор о дјелу без важности. Н. Тинтић, (1969), 485.

[94] Љ. Ковачевић, 218.

[95] Т. Каламатиев, А. Ристовски, 12–13.

[96] *Ibid.*

[97] Љ. Ковачевић, 219.

[98] Устав Колумбије из 1991. године (чл. 51.) и Устав Венецуеле из 1999. године (чл. 89.). Цит. према: Т. Каламатиев, А. Ристовски, 13.

обитава у документима, већ у чињеницама“).[99] У словеначком радном законодавству је изричито забрањено обављање рада на основу уговора грађанског права онда када постоје елементи радног односа.[100] Слична забрана садржана је у чешком и словачком законику о раду, који утврђују да се зависни рад може обављати само у оквиру радног односа.[101] Међутим, законске одредбе којима се потврђује начело чињеничног првенства, не успостављају неки допунски инструмент заштите радника и борбе против лажног независног рада, већ потврђују једно од општих правних начела, на које се судови позивају и у државама у којима ово правило није законом потврђено.[102] Такође, јуриспруденција представља основни извор за регулисање принципа примарности чињеница у највећем дијелу радноправних система европских земаља. У том смислу, примарност чињеница је карактеристична како за судску праксу европских земаља које припадају систему обичајног права (нпр. Велика Британија),[103] тако и за европске

[99] E. J. Ameglio, H. Villasmil, „Subordination, parasubordination and self-employment: A comparative overview in selected countries in Latin America and the Caribbean“ у: G. Casale, *The Employment Relationship: A General Introduction*, (The Employment Relationship – A Comparative Overview), Hart Publishing - International Labour Office, Oxford and Portland, Oregon, Geneva 2011, 73.

[100] Zakon o delovnih razmerjih, *Uradni list RS*, št. 21/13, 78/13, 52/16, 15/17, 22/19, 81/19, 203/20, 119/21, 202/21 и 114/23, чл. 13, ст. 2.

[101] Види: Љ. Ковачевић, 219; Законик о раду Чешке Републике - Zákoník práce, 262/2006 Sb., дио 3 („зависни рад се може обављати само у оквиру радног односа, у складу са овим законом, осим ако није уређен неким другим /специфичним/ одредбама...“), доступно на: https://www.podnikatel.cz/zakony/zakon-c-262-2006-sb-zakonik-prace/uplne/; Законик о раду Словачке Републике - Zákonník práce, 311/2001 Z.z., §1, ст. 3. („зависни рад може да се обавља само у оквиру радноправног односа, сличног радног односа, или, у изузетним случајевима који су овде одређени као радноправни односи. Зависни рад не може бити привредна активност или друга лукративна активност која се, у складу са посебним прописима, заснива на уговорном односу грађанског права или пословног права“), доступно на: https://www.autora.sk/zz/2001/311/

[102] Љ. Ковачевић, 219.

[103] „Изјава да радник обавља рад као самозапослени радник није коначна за дефинисање његовог статуса, будући да је много пута речено да је питање да ли је неко запослен ствар анализе свих права и обавеза које ствара уговор”(Пресуда енглеског Апелационог суда за радне спорове /Employment Appeal Tribunal/ у случају: *McMeechan v. Secretary of State for Employment /Industrial Relations Law Reports*, 1995, 461/ наведено према: Љ. Ковачевић, 220.

земље које су вјерне цивилној правној традицији (нпр. Француска)[104] и друге.[105]

Наиме, проблем прикривања радног односа је евидентан и у Републици Српској. Домаће радно законодавство (Закон о раду и друге радноправне регуле) уопште не садржи одредбе о методи, тј. техници законске пресумпције о постојању радног односа, нити одредбе којима се потврђује начело чињеничног првенства, што за посљедицу има „неадекватан приступ судова и судске праксе“,[106] као и изостанак потпуне и адекватне правне заштите лица која обављају различите облике рада у привидном (прикривеном) радном односу. Држава мора да, поред одговарајуће законодавне интервенције, обезбиједи механизме који ће допринијети спрјечавању привидног рада и заштити лица која стварно раде под влашћу другог, посебно када је ријеч о обезбјеђивању могућности за јефтино и брзо (судско и алтернативно) рјешавању спорова о постојању радног односа, благовремено и дјелотворно поступање инспекције рада, установа за социјално осигурање и пореске управе, те подстицање колективног преговарања и социјалног дијалога о мјеродавним питањима.[107] Потребно је напоменути да дјелотворној примјени начела чињеничног првенства доприноси и постојање јасне законске дефиниције радног односа у којој су садржана правна мјерила која судовима могу да олакшају одлучивање о правној природи уговорног односа.[108] Како радно законодавство Републике Српске не баштини јасну и потпуну дефиницију радног односа, поједини теоретичари предлажу, а с чим се и ми слажемо, да се кроз будуће измјене и допуне радноправне регулативе обезбиједи јасна

[104] Француски Касациони суд закључује да „постојање радног односа не зависи ни од изражене воље странака, ни од назива које су оне дале свом споразуму, већ од фактичких услова у којима се обавља активност радника“. Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, 4 mars 1983, Cour de cassation, Rapport annuel, 2009, 322-323. Наведено према: Љ. Ковачевић, 220.

[105] Види: Т. Каламатиев, А. Ристовски, 13.

[106] *Ibid.*, 25.

[107] International Labour Organization, R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), ст. 14–18. доступно на: *https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=-NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312535:NO*. Спречавању привидног независног рада доприноси и право радника да буде обавијештен о свим битним елементима уговора који закључује са послодавцем, и то, на основу писаног приједлога уговора о раду, писаног текста уговора о раду или неког другог писаног документа. Ово питање је непосредно дефинисано Директивом Савјета 91/533/ЕЕЗ (Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract of employment relationship /*Official Journal* L 288, 18. Октобар 1991, 32-35/), чл. 2–3. Наведено према: Љ. Ковачевић, 222.

[108] *Ibid.*

законска дефиниција овог појма, уз квалификацију правне субординације или њених најважнијих аспеката (подређивање радника послодавчевим управљачким, нормативним и дисциплинским овлашћењима), као општег битног елемента радног односа.[109] Поред законске дефиниције радног односа, заштити радника који обављају привидни независни рад може допринијети и законско потврђивање начела чињеничног првенства, због чега се у теорији, по угледу на упоредна радноправна рјешења, препоручује увођење законске забране обављања послова на основу уговора грађанског права, ако у односу између радника и наручиоца посла постоје елементи радног односа. Поменути механизми могли би представљати дјелотворну допуну фикције о заснивању радног односа на неодређено вријеме даном ступања радника на рад, што је једини облик заштите радника који са послодавцем не закључе уговор о раду, предвиђен Законом о раду.[110]

6. ЗАКЉУЧАК

Саставни дио остваривања појединачних права из радног односа јесте и право на заштиту права из рада и по основу рада. Судска заштита права радника је несумњиво најзначајнији облик екстерне заштите с обзиром на ауторитет суда, могућност принудног извршења, те опасност од кривичног гоњења за одговорна лица која не поступе по извршној судској одлуци. Управо из изнесених разлога, радник коме је повријеђено право из радног односа, најчешће посеже за овим видом екстерне заштите. Судска заштита права радника више није условљена претходним активирањем инструмената интерне заштите. Према важећем Закону о раду, радник има могућност да се користи како интерном, тако и са више видова екстерне заштите, подразумијевајући ту поред судске заштите, мирно рјешавање радног спора пред надлежним органом и заштиту од стране инспекције рада. Према чл. 201, ст. 1. и 2. Закона, радник који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа може да поднесе приједлог за мирно рјешавање радног спора надлежном органу или тужбу надлежном суду за заштиту тог права. Право на подношење приједлога и тужбе није условљено претходним обраћањем радника послодавцу за заштиту права. Радник може да поднесе тужбу и у случају када послодавцу претходно није поднио такав захтјев. Питање потребе оснивања

[109] *Ibid.*

[110] *Ibid.*; „Уговор о раду закључује се прије ступања радника на рад. Ако послодавац са радником не закључи уговор о раду у складу са ставом 1. овог члана, сматра се да је радник засновао радни однос на неодређено вријеме даном ступања на рад“(чл. 34. Закона о раду Републике Српске). О томе види више: Р. Лале, (2019), 365–398.

посебних судова, специјализованих за радне спорове, у циљу њиховог бржег и ефикаснијег рјешавања и даље остаје отворено. Специфичност радних спорова указује на значај питања формирања радног суда као специјализованог суда за рјешавање радних спорова. У теорији радног права се указује на два основна разлога за његово формирање: 1) потреба за специјализацијом суда (судија) због специфичности и сложености радних спорова и 2) потреба за ефикасним и брзим рјешавањем великог броја радних спорова.

Један од проблема који значајно оптерећује савремено радно и пословно право јесте проблем привидног независног рада или прикривеног радног односа. Како радно законодавство Републике Српске не баштини јасну и потпуну дефиницију радног односа, поједини теоретичари предлажу, а с чим се и ми слажемо, да се кроз будуће измјене и допуне радноправне регулативе обезбиједи јасна законска дефиниција овог појма, уз квалификацију правне субординације или њених најважнијих аспеката (подређивање радника послодавчевим управљачким, нормативним и дисциплинским овлашћењима), као општег битног елемента радног односа. Поред законске дефиниције радног односа, заштити радника који обављају привидни независни рад може допринијети и законско потврђивање начела чињеничног првенства, због чега се у теорији, по угледу на упоредна радноправна рјешења, препоручује увођење законске забране обављања послова на основу уговора грађанског права, ако у односу између радника и наручиоца посла постоје елементи радног односа. Поменути механизми могли би представљати дјелотворну допуну фикције о заснивању радног односа на неодређено вријеме даном ступања радника на рад, што је једини облик заштите радника који са послодавцем не закључе уговор о раду, предвиђен Законом о раду.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ameglio, Eduardo J., Villasmil, Humberto, „Subordination, parasubordination and self-employment: A comparative overview in selected countries in Latin America and the Caribbean“ у: G. Casale, *The Employment Relationship: A General Introduction*, (The Employment Relationship – A Comparative Overview), Hart Publishing - International Labour Office, Oxford and Portland, Oregon, Geneva 2011;
2. Casale, Giuseppe, *The Employment Relationship: A General Introduction*, (The Employment Relationship – A Comparative Overview), Hart Publishing - International Labour Office, Oxford and Portland, Oregon, Geneva 2011;

3. Deakin, Simon, Morris, Gillian S., *Labour Law*, Hurt Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009;
4. Lale, Radislav, „Protection of Employees' Rights in the Republic of Srpska“, European Public Law Series, Bibliothèque de Droit Public Européen, Public Law in Bosnia and Herzegovina: Trends and Challenges, European Public Law Organization, Vol. CXV, Athens, 2015;
5. Pennings, Frans, *The Protection of Working Relationships in Netherlands*, (The Protection of Working Relationships: A Comparative Study), Kluwer Law International 2011;
6. Tičar, Luka, „*Temeljna vprašanja kroga oseb delovnopravnega varstva*“, Delavci in delodajalci, бр. 2-3/2008;
7. Балтић, Александар, Деспотовић, Милан, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*, Београд 1976;
8. Брајић, Влајко, *Радно право у пракси: Приручник судске праксе*, Службени лист СФРЈ, Београд 1974;
9. Брковић, Радоје, *Радни суд*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2003;
10. Гајић, Богдан, „Судско рјешавање радних спорова“, Радни односи у Републици Српској, *Зборник радова*, Београд 2006;
11. Дедић, Сеад, Градашчевић-Сијерчић, Јасминка, *Радно право*, Сарајево 2003;
12. Ивошевић, Зоран, Ивошевић, Милан, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд 2022;
13. Ивошевић, Зоран, Ивошевић, Милан, *Огледи на тему Закон о раду*, Београд 2003;
14. Јашаревић, Сенад, „Нове форме рада у Европској унији и Србији“, *Радно и социјално право* 2/2015, Београд 2015;
15. Јовановић, Предраг, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, *Радно и социјално право* 1/2013, Београд 2013;
16. Јовановић, Предраг, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018;
17. Каламатиев, Тодор, Ристовски, Александар, „Фактички радни однос и хонорарни рад versus македонског правног система“, *Радно и социјално право* 1/2015, Београд 2015;
18. Ковачевић, Љубинка, „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 89/2020, Ниш 2020;
19. Ковачевић, Љубинка, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2016;
20. Ковачевић, Љубинка, *Заснивање радног односа*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2021;
21. Ковачевић, Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013;

22. Лале, Радислав, „Заштита права учесника огласа/конкурса у поступку заснивања радног односа“, Зборник радова *„Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“*, Година III, број 3, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023;
23. Лале, Радислав, „Рад ван радног односа“, *Правна ријеч* 58/2019, Бања Лука 2019;
24. Лубарда, Бранко, „Концепт социјалног грађанства у праву Европске уније“, Социјална права и европске интеграције, *Зборник радова са саветовања правника*, 2011;
25. Лубарда, Бранко, *Лексикон индустријских односа*, Београд 1997;
26. Лубарда, Бранко, *Радно право*, *Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013;
27. Лубарда, Бранко, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014;
28. Мирјанић, Жељко, *Увод у радно право*, књига друга, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука 2020;
29. Паравина, Душан, *Радно право*, Службени гласник, Београд 1998;
30. Петровић, Александар, „Судска заштита права радника“, *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*, Крагујевац 1989/1990;
31. Поповић, Т. Александра, „Сметње за заснивање радног односа: легитимни циљеви и ограничења“, (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, 2016;
32. Станишић, Слободан, „Судска заштита права из радног односа са освртом на рокове за њено остварење“, Радни односи у Републици Српској, *Зборник радова*, Београд 2006;
33. Тинтић, Никола, *Радно и социјално право,* књига прва: радни односи (I), Народне новине, Загреб 1969;
34. Тинтић, Никола, *Радно и социјално право*, Књига прва: Радни односи (II), Народне новине, Загреб 1972;
35. Учур, Маринко, „Остваривање и заштита права у радном односу - гаранције правне сигурности радника“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта Ријека*, Ријека 2/1995;
36. Шундерић, Боривоје, „О радном спору“, *Анали Правног факултета* 1-3, Београд 1991;
37. Шундерић, Боривоје, „Право на приговор“, *Радно и социјално право* 1-3/1997, Београд 1997;
38. Шундерић, Боривоје, „Спор о заснивању радног односа“, *Право и привреда* 1-2/1993;
39. Шундерић, Боривоје, *Коментар Закона о радним односима у државним органима*, Београд 2005;

Правни извори

1. International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/1971. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима;
2. International Labour Organization, R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), ст. 14-18. доступно на: *https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312535:NO*;
3. 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;
4. Закон о раду Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 1/16, 66/18, 91/21 – одлука УС, 119/21, 112/23 и 39/24;
5. Закон о мирном рјешавању радних спорова, *Службени гласник РС*, бр. 91/16;
6. Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – одлука УС, 45/09 – одлука УС, 49/09, 61/13, 109/21 – одлука УС и 27/24;
7. Закон о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености, *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 102/12, 94/19 и 112/23;
8. Закон о судовима, *Службени гласник РС*, бр. 37/12, 14/14 – одлука УС, 44/15, 39/16 – одлука УС и 100/17;
9. Одлука Уставног суда Републике Српске, број: У-32/16 од 22. фебруара 2017. године, *Службени гласник РС*, бр. 22/17, којом је одбијен приједлог за утврђивање неуставности чл. 201. ст. 5. Закона о раду (*Службени гласник Републике Српске*, број 1/16);
10. Закон о радним односима, *Службени гласник РС*, бр. 25/93, 14/94, 15/96, 21/96, 37/97 и 10/98;
11. Закон о раду ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 26/16, 89/18, 23/20 – одлука УС, 49/21, 103/21, 44/22 и 39/24;
12. Закон о раду Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – одлука УС, 113/17 и 95/18 – аутентично тумачење;
13. Закон о раду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23 и 64/23;
14. Законик о раду Чешке Републике - Zákoník práce, 262/2006 Sb., доступно на: *https://www.podnikatel.cz/zakony/zakon-c-262-2006-sb-zakonik-prace/uplne/*;
15. Законик о раду Словачке Републике - Zákonník práce, 311/2001 Z.z., доступно на: *https://www.autora.sk/zz/2001/311/*;
16. Zakon o delovnih razmerjih, *Uradni list RS*, št. 21/13, 78/13, 52/16, 15/17, 22/19, 81/19, 203/20, 119/21, 202/21 и 114/23.

Associate Professor Radislav Lale, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

Aleksandra Jelisić-Brčkalo

Judge, Basic Court of Zvornik

JUDICIAL PROTECTION OF EMPLOYMENT RIGHTS IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

This work will conduct a systematic analysis of the positive legal regulation of judicial protection of rights arising from the employment relationship in the Republic of Srpska, which is one of the most significant forms of external protection of the rights of employees. Special attention will be paid to the principles by which the court resolves labor disputes. The issue of apparent independent work or hidden employment, which is evident in the Republic of Srpska, significantly burdens modern labor law. Domestic law does not regulate methods at all, i.e., techniques of legal presumption of the existence of an employment relationship, nor does it know the provisions confirming the principle of factual primacy, which results in "inadequate access by courts and judicial practice," as well as the absence of complete and adequate legal protection of persons who perform various forms of work in an apparent (disguised) employment relationship. As our labor legislation does not inherit a clear and complete definition of the employment relationship, the authors emphasize the need to provide a clear legal definition of this term through future amendments to the labor law regulation, along with the qualification of legal subordination or its most important aspects as a general essential element of the employment relationship. Legal confirmation of the principle of factual primacy can also contribute to the protection of workers who perform apparent independent work, which is why it is recommended that a legal ban on performing work based on civil law contracts be introduced, if there are elements of an employment relationship between the worker and the client. Furthermore, the authors believe that the establishment of special courts specializing in labor disputes would make a gsignificantcontribution to their faster and more efficient resolution.

Key words: *Employment relationship; Individual labor dispute; Court protection; Labor court.*

UDK/UDC 349.2:364.69
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Doc. dr. sc. Ivana Grubešić

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

PRAVO NA PREKOGRANIČNU ZDRAVSTVENU ZAŠTITU

Pravo na zdravstvenu zaštitu jedno je od osnovnih ljudskih prava iz korpusa socijalnih prava, a mogućnost prekograničnog ostvarivanja zdravstvene zaštite značajno doprinosi slobodi kretanja građana kao radnika i kao pacijenata. Predmet istraživanja će u okviru navedene teme biti usmjeren na mogućnost ostvarivanja prekogranične zdravstvene zaštite u Evropskoj uniji, sa osvrtom na implikacije postojećeg sistema u EU na zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini. EU je predvidjela složen sistem koordinacije nacionalnih zdravstvenih sistema, sa mogućnošću ostvarivanja zdravstvene zaštite prilikom primjene slobode kretanja radnika, međutim, zauzeti stavovi Suda pravde EU u slučajevima Kohll, Decker i drugi, ukazali su na nedostatke postojećeg sistema a što je rezultiralo i usvajanjem Direktive 2011/24/EU o prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti pacijenata. U kontekstu slobode kretanja zdravstvenih usluga, Direktivom se daje mogućnost ostvarivanja zdravstvene zaštite u drugoj državi članici i bez prethodnog odobrenja od strane nosioca osiguranja u domicilnoj državi, a što je od presudnog značaja za obezbjeđenje zdravstvenih usluga odgovarajućeg kvaliteta u EU i šire. U ovom pogledu, kroz istraživanje će se sagledati dometi desetogodišnje primjene navedene Direktive u okviru složenog sistema zdravstvene zaštite u EU, kao moguće implikacije iste na zakonodavstvo u BiH, s obzirom na postupak ostvarenja članstva u EU.

Ključne riječi: Prekogranična zdravstvena zaštita; zdravstvene usluge; prava pacijenata; koordinacija; zdravstvena zaštita.

1. UVOD

Pravo na zdravstvenu zaštitu kao ljudsko pravo prepoznato je u nizu međunarodnih pravnih akata, kao i na nivou sistema zaštite ljudskih prava u okviru Vijeća Evrope i Evropske unije. Standard zdravstvene zaštite podrazumijeva, prema tumačenju člana 12 Međunarodnog pakta o eko-

Ivana Grubešić, *ivana.grubesic@unze.ba*.

nomskim, socijalnim i kulturnim pravima[1], *„najviši dostižni standard tjelesnog i mentalnog zdravlja”*.[2] Najviši standard zdravstvene zaštite sublimira više aspekata, prije svega *dostupnost* (način rada i funkcionisanja zdravstvenih ustanova), *pristupačnost* (pristup bez diskriminacije, fizička pristupačnost i ekonomska pristupačnost, uključujući i pristupačnost informacija), *prihvatljivost* (zahtjev da zdravstvene ustanove poštuju medicinsku etiku i kulturološke specifičnosti) i *kvalitet* (zdravstvene ustanove, sredstva i usluge moraju imati određeni nivo kvaliteta).[3]

Ipak, države se svakodnevno susreću sa izazovima uspostavljanja organizacijske i finansijske ravnoteže u obezbjeđenju zdravstvene zaštite koja je pristupačna, sveobuhvatna, kvalitetna za sva lica koja, prema pozitivnim propisima, imaju pravo na obezbjeđenje iste. U tom pogledu, značajna je odgovornost države u povezivanju javnog i privatnog zdravstvenog sektora u cilju garantovanja navedenih standarda svojim građanima. U situaciji kada se država suočava sa izazovima radi kojih ne može obezbijediti odgovarajući standard zdrastvene zaštite svojim građanima, postavlja se pitanje ostvarivanja zaštite u okviru zdravstvenog sistema druge države, te prava koja korisnici zdravstvene zaštite imaju prema nosiocima zdravstvenih usluga države u kojoj su osigurani, odnosno, države u kojoj su primarno korisnici zdravstvene zaštite.

Ovo pitanje dobija poseban značaj kada se razmatra u okviru država članica Evropske unije. Sloboda kretanja radnika, penzionera, studenata, i općenito, građana EU u značajnoj mjeri potpomognuto je i mogućnošću ostvarivanja zdravstvene zaštite i u drugim državama članicama EU, a što je od iznimnog značaja u slučaju onemogućenosti ostvarivanja određene zdravstvene usluge u državi osiguranja, rijetkih bolesti, neodgovarajuće kvalitete zdravstvene usluge i sl.

Nekoliko je faktora koji su pitanje prekograničnog ostvarivanja zdravstvene zaštite doveli u središte pažnje u kontekstu sistema socijalne sigurnosti u okviru Evropske unije. Prije svega, sloboda kretanja radnika kao jedna od četiri osnovne slobode na kojima se temelji unutrašnje tržište, rezultirala je povećanim migracijama stanovništva, te potrebom ostvarivanja zdravstvene zaštite paralelno sa slobodom kretanja. Drugi faktor je obim nadležnosti koji ima Evropska unija kada je u pitanju pravo socijalne

[1] UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, para. 3.

[2] Vidjeti Izvještaj Specijalnog Izvjestitelja o pravu svake osobe na uživanje najvišeg dostižnog standarda fizičkog i mentalnog zdravlja, Tlaleng Mofokeng, 21.6-09.7.2021.

[3] CESCR, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4), tačka 12.

sigurnosti, konkretno obezbjeđenje zdravstvene zaštite, koje je u značajnoj mjeri ograničeno, a o čemu će biti u nastavku riječi. Nastavno na prethodno, relevantan faktor je i tumačenje pojma zdravstvene usluge koja se ostvaruje u drugoj državi članici u odnosu na državu osiguranja, a u kontekstu ostvarivanja slobode kretanja usluga. Navedeni faktori rezultirali su usvajanjem Direktive 2011/24/EU o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti a koja je stupila na snagu 2013. godine. Specifičan pristup ostvarivanju prekogranične zaštite predviđen Direktivom rezultat je prethodno navedenih faktora i primjenjuje se paralelno sa dotadašnjim sistemom ostvarivanja zdravstvene zaštite u drugoj državi, a o čemu će biti u nastavku riječ.

2. SISTEM ZDRAVSTVENE ZAŠTITE U EVROPSKOJ UNIJI

Pitanje zdravlja, zdravstvene zaštite i općenito zdravstvene politike na nivou EU dobilo je na značaju tek potpisivanjem Ugovora u Maastrichtu 1992. godine, kada je uspostavljena zakonska osnova za javno zdravstvo, temeljena na „*poticanju saradnje između država članica*“, te će aktivnosti Zajednice biti usmjerene ka prevenciji bolesti, unapređenju istraživanja, informacija o zdravstvu i obrazovanju.[4] To je bila i osnova za usvajanje niza prorama u oblasti zdravstvene politike širom EU.[5] Krajem 1990-tih godina, potpisivanjem ugovora iz Amsterdama, proširena je nadležnost EU, odnosno, izmijenjen je član 129, a kojim se garantuje najviši stepen zaštite zdravlja građana EU, mogućnost poduzimanja komunitarne akcije, komplementarne nacionalnim politikama, u pravcu poboljšanja javnog zdravlja, prevencije bolesti, eliminisanja izvora opasnosti po ljudsko zdravlje.[6] Pravo na zdravlje nalazi svoje mjesto i u sistemu zaštite ljudskih prava u EU, u okviru Povelje Evropske unije o osnovnim pravima[7], ali isto je programskog karaktera.[8] Ovako ograničena nadležnost EU u pogledu javnog zdravlja posebno je istaknuta kao pragmatičan nedostatak tokom pandemije izrokovane Covid-19 virusom, zbog neusaglašenog djelovanja i poduzimanja zaštitnih mjera od strane država članica.[9]

[4] Član 129, Ugovor o Evropskoj uniji, *Official Journal EC*, C191, 29.07.1992.

[5] D. Vuković, *Socijalna politika Evropske unije*, Fakultet političkih nauka, Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2011, 134.

[6] Član 2, tačka 26. Ugovora iz Amsterdama (EU, Ugovor iz Amsterdama kojim se dopunjava Ugovor o Evropskoj uniji, ugovori kojima se osnivaju evropske zajednice i drugi određeni akti, *Official Journal EU*, C340, 10.11.1997.)

[7] Član 35. Povelje (OJ EU, C 202,07.06.2016.).

[8] Detaljnije o ovome vidjeti u: I. Grubešić, A. Hrustić, “Pravo na zdravlje i zdravstvenu skrb u kontekstu Covid-19 pandemije”, *Godišnjak Pravnog fakulteta “Džemal Bijedić”*, godina V, broj 5, Mostar, 2021, 265.

[9] *Ibid.*, 266.

Sve do 1992. godine, pitanje zdravstvene zaštite bilo je u vrlo ograničenom obimu predmetom regulisanja u okviru koordinacijske nadležnosti EZ u oblasti socijalne zaštite. Pitanje sistema socijalne sigurnosti je od osnivanja evropskih zajednica bilo osjetljivog karaktera prevashodno usljed finansijskih implikacija koje nosi sa sobom finansiranje socijalnih beneficija[10], organizacije cjelokupnog sistema zaštite, odnosa privatnih i javnih shema osiguranja u vezi sa radom i sl. Tzv. pravilo koordinacije, odnosno, koordinirajuća nadležnost, predviđena je sa svrhom dopunjavanja slobode kretanja radnika, koja ne bi mogla biti ostvarena u punom obimu da nije praćena i načelom jednakog postupanja bez obzira na državljanstvo i mogućnošću prenošenja socijalnih beneficija uz paralelno korištenje slobode kretanja radnika.[11] Pravilo koordinacije nalazimo u međunarodnom pravu socijalne sigurnosti, sa svrhom uređenja transnacionalnog pristupa u zaštiti socijalne sigurnosti radnika migranata, odnosno, da se obezbijedi prilagođavanje shema socijalne sigurnosti između država članica.[12] Primjena koordinirajuće nadležnosti u pitanjima socijalne zaštite u EU, dakle, nema za svrhu harmoniziranje propisa iz oblasti socijalne zaštite, pa tako ni zdravstvene zaštite država članica, već davanje smjernica u pogledu mjerodavnog prava u slučajevima sa elementom prekograničnosti.

U tu svrhu, još 1971. godine usvojena je Uredba 1408/71 o primjeni sistema socijalne sigurnosti na zaposlene osobe i njihove porodice koji se kreću unutar Zajednice[13], a koja je u međuvremenu zamijenjena Uredbom 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti[14] koja je danas na snazi. Značaj Uredbe 883/2004 ogleda se u usklađivanju primjene nacionalnih sistema socijalne zaštite u slučajevima sa elementom prekograničnosti, a sa dvostrukim ciljem – sprečavanja primjene dva ili više nacionalna prava i samim tim ostvarivanja višestrukih socijalnih beneficija a što bi dovelo do prekomjernog finansijskog opterećenja socijalnih sistema država članica, „social forum shopping-a“[15], dok je drugi cilj usmjeren ka zaštiti

[10] F. Pennings, *European Social Security Law*, Kluwer Law International, 2012, 27.

[11] B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, COD Podgorica, 2004, 355.

[12] F. Pennings, 6.

[13] Službeni list EZ, L149, 05.07.1971.

[14] Uredba (EZ) 883/2004 Europskog Parlamenta i Vijeća od 29.04.2004. o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti (Tekst značajan za EGP i Švicarsku), *Službeni list EU* L 166, 30.4.2004., izmijenjena Uredbom 988/2009, Uredbom Komisije 1244/2010, Uredbom 465/2012, Uredbom Komisije 1224/2012, Uredbom Vijeća 517/2013, Uredbom Komisije 1372/2013 i 1368/2014.

[15] “*Social forum shopping*” kao termin podrazumijeva praksu poslodavaca da biraju države članice sa najnižim troškovima socijalne zaštite za radnike, snižavajući na taj način i sam trošak radne snage. Navedeni termin izjednačava se sa terminom “*social law shopping*” kao i “*social dumping*”. Više o specifičnoj situaciji pogledati u: Nicolas Rennuy, “Shopping for social security law in the EU”, *Common Market Law Review* 58: 13–38,

samih korisnika socijalne zaštite, idući u pravcu primjene načela zbrajanja perioda uplaćenih doprinosa[16], zabrane diskriminacije korisnika, kao i priznavanja pravnih činjenica od strane država članica.[17] Interveniranje EU u pitanja zdravstvene zaštite kao značajnog segmenta sistema socijalne sigurnosti država članica, u okviru Uredbe ne samo da je ograničeno primjenom metoda koordinacije, već je dodatno istaknuto da su neka pitanja i van materijalne primjene Uredbe 883/2004 – pitanje socijalne i medicinske skrbi, a koja su u potpunoj nadležnosti država članica.

Ipak, kako je istaknuto, Uredba 883/2004 nalazi svoju primjenu u značajnoj mjeri, upravo u okviru prekograničnog ostvarivanja zdravstvene zaštite. Pojam prekogranične zdravstvene zaštite u kontekstu postavljene teme istraživanja rada valja tumačiti na uži način – pravo na prekograničnu zdravstvenu zaštitu podrazumijeva situaciju u kojoj osigurano lice koristi zdravstvenu zaštitu u državi članici koja nije država osiguranja.[18] Prema postojećem sistemu koordinacije sistema socijalne sigurnosti, moguće su tri situacije prekograničnog pružanja zdravstvene zaštite:

1. Neplanirana i nužna prekogranična zdravstvena zaštita – podrazumijeva situacije privremenog odlaska u drugu državu članicu (radnici, turisti, studenti) gdje dolazi do neplanskog nastanka potrebe za zdravstvenim uslugama.[19] Navedena mogućnost odnosi se i na detaširane radnike u državi obavljanja poslova za poslodavca, kao i na pogranične radnike u državi u kojoj nisu prijavljeni na (obavezno) osiguranje.[20] Ovom situacijom obuhvaćene su i situacije prethodnog postojanja hroničnih oboljenja (npr. dijaliza bubrega), zdravstvene njege tokom trudnoće i rođenja djeteta[21]. Korisnici zdravstvene zaštite imaju pravo na besplatno liječenje, odnosno, liječenje sa nižim troškovima, te se moraju tretirati na jednak način kao i osigurana lica te države.[22] Koncept „nužne njege“ tumači se

2021, Monika Kiss, “Understanding social dumping in the European Union”, Briefing – March 2017, EPRS | European Parliamentary Research Service.

[16] Član 6 Uredbe 883/2004.

[17] Član 5 Uredbe 883/2004.

[18] F. De Wispelaere, L. De Smedt, J. Pacolet, *Cross-border healthcare in the EU under social security coordination*, European Commission, Luxembourg, 2022, 14.

[19] Član 19 Uredbe 883/2004.

[20] Član 18 Uredbe 883/2004.

[21] European Commission, *Explanatory notes on modernised social security coordination Regulations (EC) No 883/2004 & No 987/2009*, 2011, dostupno na: *https://ec.europa.eu/-social/BlobServlet?docId=6481&langId=en* (15.06.2024.).

[22] Član 17 Uredbe 883/2004. Navedena prava obuhvaćena Uredbom 883/2004 temelje na posjedovanju evropske zdravstvene knjižice (European Health insurance Card – EHIC), a kojom se dokazuje da je korisnik iste osiguran u nekoj od država članica EU, Lihtenštajnu, Islandu, Norveškoj, Švicarskoj ili Velikoj Britaniji. Samo posjedovanje EHIC-a ne garantu-

zavisno od samog slučaja privremenog boravka, tako da „nužna njega“ neće obuhvatati jednake zdravstvene usluge za studenta koji privremeno boravi u državi studiranja na period od 6 mjeseci i osobe koja je došla u turističke svrhe na period od 10 dana.[23]

2. Planirano liječenje u drugoj državi članici – ukoliko osigurano lice ima namjeru otputovati u drugu državu članicu s ciljem ostvarivanja davanja u naravi tokom privremenog boravišta, mora zatražiti prethodno odobrenje nadležne ustanove kod koje je osigurano.[24] Značajno je napomenuti da osigurano lice u tom slučaju ima pravo na zdravstvenu uslugu koju joj u ime nadležne ustanove pruža ustanova mjesta privremenog boravišta, u skladu sa odredbama zakonodavstva koje primjenjuje, kao da je osigurana na temelju spomenutog zakonodavstva.[25] To podrazumijeva pružanje i zdravstvenih usluga koje nisu dostupne u državi nadležne ustanove/državi osiguranja. Za razliku o pravnog rješenja koje je bilo na snazi do 2004. godine, kada je osoba morala biti na listi čekanja kao preduslov za sticanje prethodnog odobrenja za liječenje u drugoj državi, prema čl. 20 Uredbe, lista čekanja nije predviđena kao preduslov, odnosno, dovoljno je da se takav tretman ne može obezbijediti u državi osiguranja u roku koji je medicinski opravdan, uzimajući u obzir trenutno zdravstveno stanje i mogući tok bolesti lica.[26] U ovom slučaju tarifa po kojoj će se obračunati refundacija osiguranom licu za pruženu zdravstvenu uslugu bit će tarifa države liječenja, a ne države osiguranja/države nadležne ustanove, bez obzira na visinu tarife zdravstvene usluge u državi osiguranja.
3. Osobe koje su promijenile mjesto prebivališta a ostale osigurane u državi prethodnog prebivališta – ovaj slučaj se najčešće susreće kod penzionera koji promijene prebivalište, i prekograničnih radnika koji rade u jednoj državi (državi osiguranja) a presele u drugu državu. U ovom slučaju, osigurana lica će ostvarivati zdravstvenu zaštitu na jednak način kao i građani države u kojoj ostvaruju tu zaštitu[27], međutim, po pitanju naknade troškova zdravstvenih uslu-

je uvijek besplatnu zdravstvenu njegu, već tretman jednak onom predviđenom za građane osigurana lica te države.

[23] European Commission, *Explanatory notes on modernised social security coordination Regulations (EC) No 883/2004 & No 987/2009*, 3.

[24] Član 20 Uredbe 883/2004.

[25] Član 20(2) Uredbe 883/2004.

[26] J. Fillon, “Cross-border healthcare: towards coordination of two patient mobility routes”, *50 years of Social Security Coordination Past – Present – Future* (Ed. Prof. dr. Yves Jorens), Prague, 2009, 215.

[27] Član 17 Uredbe 883/2004.

ga od strane države osiguranja, naknada će se izvršiti prema tarifi za usluge države osiguranja, a ne države liječenja[28] (za razliku od prethodnog slučaja). Ova lica imaju obavezu da se registruju za zdravstvenu zaštitu u državi prebivališta koja nije država osiguranja, a u svrhu ostvarivanja zdravstvenih usluga.[29]

Značajno je naglasiti da je personalno područje primjene Uredbe 883/2004 postavljeno u širokom obimu – navedena tri oblika prekogranične zdravstvene zaštite garantuju se svim građanima EU, izbjeglicama i osobama bez državljanstva koje borave na teritoriju država članica, kao i na članove porodica i nadživjele članove porodica navedenih lica[30]. Uredbom je ograničeno pravo na refundaciju na isključivo zdravstvene usluge, dok istim nisu obuhvaćeni i putni troškovi.[31] Navedena prekogranična zaštita, prema Uredbi, odnosi se na pružanje zdravstvenih usluga od strane nadležnih ustanova u javnom sektoru. Dakle, Uredbom 883/2004 predviđeno je široko polje personalne primjene prava na prekograničnu zaštitu, obuhvaćeni su kako planirani tako i neplanirani i nužni oblici zdravstvenih usluga, kao i zdravstvene usluge u slučaju promjene prebivališta osoba, refundiranje troškova zdravstvene usluge može se ostvariti čak u punom obimu u slučaju planiranog liječenja po osnovu prethodnog odobrenja,[32] dok u drugim slučajevima prema tarifama države nosioca osiguranja. S druge strane, navedeni sistem ograničen je na korištenje zdravstvene zaštite u okviru javnog sektora, gdje je ograničena sloboda izbora davaoca zdravstvenih usluga, te se organizacijski aspekti nalaze u rukama javnih zdravstvenih institucija.

Pored Uredbe 883/2004 kao osnovnog sistema koordinacije ostvarivanja prava na prekograničnu zdravstvenu zaštitu, kao dodatna mogućnost razvilo se bilateralno i multilateralno uređenje ovih pitanja između država članica. Takvi sporazumi najčešće se sklapaju između država sa sličnom pravnom tradicijom i visokom prekograničnom mobilnosti stanovništva a u svrhu obezbjeđenja efikasnije, kontinuirane zdravstvene zaštite, zdravstvene zaštite u slučaju rijetkih oboljenja, kao i razmjenu znanja, ljudskih resursa, tehnologije i sl.[33] Ovaj sistem bilateralnih i multilateralnih spora-

[28] Član 35. Uredbe 883/2004.

[29] Detaljnije vidjeti u: F. De Wispelaere, L. De Smedt, J. Pacolet, op.cit., 75–76.

[30] Član 2. Uredbe 883/2004.

[31] M. Wismar, R. Touret, J. Clottes, G. Dubois, A. Damez-Fontaine, V. Rouvet, E. van Ginneken, “Crossing the border for health care: adding value for patients and health systems”, *Eurohealth*, Vol.28, No.1, 2022, 53.

[32] Ovo posebno pogoduje osiguranim licima sa prebivalištem u državama članicama sa niskim tarifama zdravstvenih usluga, obzirom da će beneficije koje ostvare primjenom ove sheme prekogranične zdravstvene zaštite biti daleko veće u odnosu na korištenje zdravstvene zaštite u državi osiguranja.

[33] Detaljnije pogledati u: M. Wismar *et. al*., 54.

zuma između država članica komplementaran je Uredbom 883/2004, odnosno, dopunjava već postojeća pravna rješenja.

3. UTJECAJ PRAKSE SUDA PRAVDE EU NA RAZVOJ PRAVA NA PREKOGRANIČNU ZDRAVSTVENU ZAŠTITU

Prije nego je došlo do modernizacije Uredbe o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti 2004. godine, praksa Suda pravde EU ukazala je na još jednu mogućnost ostvarivanja prekogranične zdravstvene zaštite, a koja se ne temelji na postojećem odnosu sistema socijalne sigurnosti unutar EU. Naime, Uredba 883/2004 temelji se na primjeni slobode kretanja lica/radnika, međutim, krajem 1990-tih, u više slučajeva je zauzet stav da se do ostvarenja prava na prekogranično pružanje zdravstvene zaštite može doći i putem primjene slobode kretanja usluga i robe – ukoliko na zdravstvene usluge gledamo kao na usluge, odnosno, na medicinska pomagala kao na robu, a kojima je omogućena sloboda kretanja na unutrašnjem tržištu EU. Time osigurano lice/korisnik zdravstvene zaštite dolazi u prostor gdje je posmatran, ne kao korisnik socijalne beneficije, već kao potrošač koji koristi slobodu kretanja usluga ili robe.

Ovako avangardan pristup dobio je osnovu još 1980-tih godina, kada je potvrđeno presudom u združenim slučajevima *Luisi and Carbone* iz 1984. godine[34] da se na zdravstvene odnosno medicinske usluge može primijeniti član 49 Ugovora o EEZ, a kojim se garantuje sloboda kretanja usluga na unutrašnjem tržištu. Uslugama u smislu UEEZ smatraju se one „usluge” koje se uobičajeno obavljaju uz naknadu, te se medicinski tretman ima smatrati uslugom na koju se primjenjuje data odredba Ugovora EEZ.[35] U navedenom slučaju se međutim nije razmatralo pravo na naknadu troškova liječenja u drugoj državi članici, već pitanje razgraničenja slobode kretanja kapitala u odnosu na usluge.[36]

Do konkretnih posjedica po postojeća rješenja predviđena tadašnjom Uredbom došlo je tek sredinom 1990-tih, kada se postavlja pitanje mogućnosti ostvarivanja prava na refundaciju troškova liječenja u drugoj državi članici a bez obaveznog prethodnog odobrenja od strane nosioca osiguranja osiguranog lica, i to po osnovu pozivanja na slobodu kretanja usluga i roba. Do iskoraka u tumačenju medicinskih tretmana, odnosno, liječenja, kao i medicinskih pomagala i sredstava (ortopedska pomagala, lijekovi i sl.) došlo je u dva paralelna slučaja, *Kohll*[37] i *Decker*[38], u presudama done-

[34] Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] ECR 377.
[35] Tačka 16 Presude.
[36] Tačke 22 i 23 Presude.
[37] C-158/96 *Kohll* [1998] ECR I-1931.
[38] C–120/95 *Decker* [1998] ECR I–1831.

senim 1998. godine. Dok se u slučaju *Kohll* razmatrala mogućnost ostvarivanja naknade od strane nosioca osiguranja po osnovu slobode kretanja usluga, u slučaju *Decker* se razmatrala mogućnost ostvarivanja refundacije od strane nosioca osiguranja po osnovu slobode kretanja roba. I g. Kohll i g. Decker su bili građani Luksemburga, osigurani kod obaveznog nosioca osiguranja u Luksemburgu, te nisu tražili prethodno odobrenje od strane nadležnog nosioca osiguranja države osiguranja, prije nego su se uputili u druge države u svrhu ostvarivanja medicinskog tretmana, odnosno, medicinskog pomagala. Naime, g. Kohll je svoju kćerku odveo u Njemačku radi zubarskog tretmana (usluga u kontekstu sloboda kretanja na unutrašnjem tržištu), dok je g. Decker kupio naočale u Belgiji, koristeći recept oftalmologa iz Luksemburga. Obzirom da ni jedan od navedenih nije imao prethodno odobrenje za tzv. planirani medicinski tretman u inostranstvu, bivaju odbijeni od strane nosioca osiguranja po upućivanju zahtjeva za refundacijom troškova za iste.[39]

Sud pravde EU u ovim slučajevima imao je tešku ulogu u razmatranju odnosa do tada neprikosnovene nezavisnosti država članica u uređivanju pitanja socijalne sigurnosti u nacionalnim granicama, a što je potvrđeno i kroz Uredbu 883/2004, i fundamentalnih sloboda kretanja na unutrašnjem tržištu, a što je osnov nastanka EEZ, kasnije EU. U navedenim slučajevima Sud pravde EU istakao je da su medicinski tretmani i medicinska pomagala, bez obzira na njihove specifičnosti koje proizilaze iz činjenice da se radi o socijalnim prestacijama vezanim za određeni nacionalni poredak, ipak prije svega usluge i dobra koja se nalaze na unutrašnjem tržištu, i da se prije svega tako trebaju i tretirati.[40] Dalje je razmatrao da li prethodno odobrenje potrebno u svrhu naknadne refundacije medicinskih troškova nastalih u drugoj državi članici, predstavlja prepreku u efikasnom ostvarivanju slobode kretanja usluga (*Kohll*) i roba (*Decker*). Obzirom da prethodno odobrenje nije nužan preduslov za ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu u državi osiguranja iz koje potiču osigurana lica, već isključivo u slučaju prekograničnog liječenja, Sud je zauzeo nedvojben stav da osigurana lica u konkretnoj situaciji imaju pravo na refundaciju troškova liječenja u visini troškova koje bi imali da su liječenje ostvarili u državi osiguranja, te da je nametanje prethodnog odobrenja u svrhu refundacije troškova nastalih u drugoj državi prepreka slobodi kretanja usluga.[41] U konkretnom slučaju, navedeno ograničenje slobode kretanja usluga nije uspješno opravdano pozivanjem na finansijsku stabilnost sistema socijalne zaštite

[39] Detaljnije o činjenicama slučaja pogledati: E. Spaventa, M. Dougan, *Social Welfare and EU Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2005, 107-108.

[40] Tačka 20 presude *Kohll*, referirajući se na raniju presudu 279/80 *Webb* [1981] ECR 3305, para. 10.

[41] Tačka 35 Presude *Kohll*.

Luksemburga, gdje Sud EU ističe da jednak trošak refundacije bi snosio nosilac osiguranja i da se lice u konačnici liječilo na teritoriju Luksemburga[42]. Ipak, Sud EU je u okviru ove presude ukazao u kojim situacijama bi bilo opravdano ograničiti slobodu kretanja usluga (pa i robe) u cilju zaštite nacionalnog sistema socijalne zaštite:

- rizik ozbiljnog narušavanja finansijske ravnoteže sistema socijalne zaštite
- potreba održavanja izbalansiranog sistema medicinskih i bolničkih usluga pristupačnih za sve u skladu sa određenim standardima kvalitete
- potreba za održavanjem zdravstvenih odnosno medicinskih kapaciteta na nacionalnom tlu za koje se smatra da su nužni za javno zdravlje i za održivost populacije te države.[43]

Dodatni značaj navedenih presuda ogleda se u činjenici da se u oba slučaja radilo o zdravstvenim uslugama van bolnice, obezbijeđenim od strane medicinskih profesionalaca. Međutim, u svojoj praksi Sud pravde EU susretao se i sa specifičnim slučajevima bolničkog liječenja, poput razmatranja opravdanosti prava na refundaciju troškova liječenja u inostranstvu ukoliko se radi o medicinskim tretmanima koji nisu pokriveni obaveznim osiguranjem u državi osiguranog lica, ili se radi o određenim eksperimentalnim medicinskim tretmanima kakvi ne postoje u državi nosioca osiguranja. To je slučaj sa presudom *Geraets-Smits/Peerbooms* iz 2001. godine[44], gdje su danski državljani Geraets-Smits i Peerbooms odbijeni sa njihovim zahtjevima za refundaciju troškova tzv. „eksperimentalnog“ liječenja Parkinsonove bolesti u Njemačkoj (Geraets-Smits), odnosno, za neurostimulirajuću terapiju za pacijente u komi u Austriji (Peerbooms). Značaj ove presude ogleda se u više aspekata. Prvo, presudom je potvrđeno da i bolničke usluge potpadaju pod polje materijalne primjene člana 59 UFEU (sloboda kretanja usluga). Dalje, prilikom razmatranja opravdanosti prethodnog odobrenja, Sud EU precizira proceduralne pretpostavke da bi prethodno odobrenje bilo prihvatljivo, u smislu da se „*mora temeljiti na objektivnim, nediskriminirajućim kriterijima, a koji su poznati unaprijed, na način da ograničavaju diskrecionu ocjenu nadležnih tijela, odnosno arbitrabilnost ocjene, a odbijanje prethodnog odobrenja mora biti predmetom razmatranja u sudskom ili vansudskom postupku*“.[45] Također, da bi se troškovi medicinskog tretmana mogli refundirati, potrebno je da se radi o „*uobičajenom načinu*“ liječenja određenog medicinskog stanja,

[42] Tačka 40 presude *Kohll*.
[43] J. Fillon, 216.
[44] C-157/99 *Geraerts-Smits and Peerbooms* [2001] ECR 5473.
[45] Tačka 90 presude *Geraerts-Smits and Peerbooms*.

međutim, kako Sud ističe, da li se radi o uobičajenom tretmanu ne određuje se po osnovu toga da li je isti obuhvaćen osiguranjem države nosioca osiguranja, već i po osnovu toga kako se medicinski tretman kvalifikuje u državi u kojoj su pružene takve usluge.[46]

Sud pravde EU je dalje u nizu slučajeva razmatrao opravdanost refundacije troškova liječenja ukoliko je samo liječenje besplatno u državi osiguranja, odnosno u državi liječenja. Zaokružen i konačan stav iznio je u presudi *Müller-Fauré and Van Riet* iz 2003. godine[47], gdje ističe da Sud poštuje suverenitet država članica u kontekstu organizacije sistema socijalne sigurnosti, u smislu da sistem zdravstvenog osiguranja može predvidjeti ne samo pravo na refundaciju troškova liječenja, već i nerefundibilne (besplatne) usluge u okviru granica te države članice, ali to ne znači da nema obavezu poštovati slobodu građana da ostvare svoju slobodu pristupu uslugama u drugim državama članicama, te traže refundaciju troškova usluga liječenja. U tom slučaju, države članice su obavezne predvidjeti određene tarife za tzv. besplatne usluge koje nude u okviru nacionalnog sistema osiguranja, a prema kojima će se isplaćivati osigurana lica koja su koristila pravo na liječenje u drugoj državi članici.[48]

Iako se u svim navedenim slučajevima države osiguranja pozivale na finansijsku stabilnost sistema socijalnog osiguranja, u nastojanju da opravdaju nužnost prethodnog odobrenja u svrhu liječenja u drugoj državi članici, Sud EU je upravo u posljednjoj pomenutoj presudi *Müller-Fauré and Van Riet,* zauzeo odričan stav, jasno ističući da „*sumnja da bi...uklanjanje prethodnog odobrenja dovelo do tolikog priliva pacijenata, upravo zbog jezičkih barijera, geografske udaljenosti, troškova boravka u inostranstvu i nedostataka informacija o vrstama usluga koje se tamo pružaju..*“[49]

Obzirom na rastući broj slučajeva pred Sudom pravde EU a koji se odnosio na primjenu slobode kretanja usluga i roba na polju zdravstvene zaštite, smatralo se potrebnim reagovati na vrijeme i pravno urediti situaciju a kojom će se postići ujednačen pristup u ostvarivanju prekogranične zravstvene zaštite izvan Uredbe 883/2004, ostvarujući time veći stepen pravne sigurnosti kako za građane EU tako i za nosioce osiguranja i zdravstvene radnike koji pružaju usluge. Prvi, bezsupješan pokušaj, bio je uključivanje zdravstvenih usluga u Prijedlog Direktive o uslugama još 2004. godine[50], međutim, u finalnom usvojenom tekstu Direktive o uslugama na

[46] Tačka 93 presude *Geraerts-Smits and Peerbooms*. Detaljniju analizu vidjeti u: E. Spaventa, M. Dougan, 118.

[47] C-385/99, *Müller-Fauré/Van Riet*, [2003] ECR I-4509.

[48] Detaljniju analizu presude vidjeti u: E. Spaventa, M. Dougan, 121–122.

[49] Tačka 95 presude *Müller-Fauré/Van Riet*, [2003] ECR I-4509.

[50] European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market*, [SEC(2004) 21], Brussels, 05.03.2004.,

unutrašnjem tržištu[51], područje zdravstvenih usluga, odnosno, zdravstvene zaštite općenito, izričito je isključeno iz područja primjene ove Direktive, uz obrazloženje da se radi o značajnom pitanju koje se treba urediti posebnim pravnim aktom radi veće pravne sigurnosti i jasnoće u primjeni standarda uspostavljenih u značajnom broju presuda Suda pravde EU.

4. DIREKTIVA O PRAVIMA PACIJENATA U SLUČAJU PREKOGRANIČNE ZDRAVSTVENE ZAŠTITE

Obzirom na neuspješan pokušaj da se usluge u okviru zdravstvene zaštite uključe u Direktivu o uslugama iz 2006. godine, te sve veći broj presuda Suda pravde EU, usmjerenih na djelimično uređenje određenih aspekata zdravstvenih usluga na unutrašnjem tržištu, rezultirali su pripremom Prijedloga Direktive o pravima pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti dvije godine kasnije.[52] To je bio pokušaj da se izvrši kodifikacija dotadašnje prakse Suda i ostvari harmoničan odnos u pristupu zdravstvenoj zaštiti na polju primjene sloboda kretanja roba i usluga sa postojećim sistemom koordinacije socijalne sigurnosti predviđen Uredbom.

Tek tri godine kasnije, usvaja se Direktiva 2011/24/EU o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti[53], a kojom se nastoji obezbijediti nesmetano kretanje zdravstvenih usluga na unutrašnjem tržištu, i odgovarajući stepen zaštite i pravne sigurnosti pacijenata koji u ovom slučaju zauzimaju specifičnu ulogu potrošača u kontekstu sloboda kretanja. Kako se i pokazalo, kodifikovanje sudske prakse u vidu Direktive, dovelo je do širenja prava pacijenata u ovom polju, ne isključujući time primjenu Uredbe 883/2004, ali, pružajući pacijentima jedan alternativni smjer ostvarivanja prava na prekograničnu zdravstvenu zaštitu, nadasve u situacijama kada ne mogu ostvariti istu zbog odbijanja prethodnog odobrenja od strane nosioca osiguranja, nepostojanja tretmana odgovarajućeg kvaliteta, predugih lista čekanja i sl.

Međutim, usvajanjem Direktive 2011/24/EU, evropski zakonodavac je otišao i korak naprijed – značaj Direktive se ne ogleda samo u kodificira-

dostupno na: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52004-PC0002* (15.06.2024.)

[51] Član 2(2)(f) Direktive 2006/123/EZ o uslugama na unutrašnjem tržištu, *Službeni list EU* L 376, 27.12.2006.

[52] European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare {SEC(2008) 2163} {SEC(2008) 2164} {SEC(2008) 2183}/* COM/2008/0414 final - COD 2008/0142 */, dostupno na: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52008-PC0414* (20.06.2024.)

[53] *Službeni list EU*, L 88, 09.03.2011.

nju specifičnog pristupa ostvarivanju ovog prava koji se razvio putem sudske prakse, već i po nekim drugim pitanjima.

Tako se Direktivom 2011/24/EU „na mala vrata“ pravno uređuje primjena koncepta e-zdravstva. Naime, Direktivom se uvodi mogućnost prekogranične razmjene podataka pacijenata i uspostavljanje sistema e-zdravstva (*e-health*) a u svrhu provođenja primarnog cilja Direktive – zaštite pacijenata u slučaju prekogranične zdravstvene zaštite. Tako se članom 11 Direktive predviđa priznavanje liječničkih recepata i e-recepata u drugim državama članicama, dok se članom 14 uvodi mogućnost uspostavljanja e-zdravstva putem organizovanja elektronske mreže e-zdravstva u svrhu „*postizanja visoke razine povjerenja i sigurnosti, unapređenja kontinuiteta zdravstvene zaštite i osiguranja pristupačnosti sigurne i kvalitetne zdravstvene zaštite*“.[54] U tu svrhu države članice su obavezne osnovati tzv. nacionalne kontaktne tačke za prekograničnu zdravstvenu zaštitu sa svrhom informisanja pacijenata, nosilaca osiguranja, zdravstvenih profesionalaca, te saradnju sa drugim nacionalnim kontaktnim tačkama.[55]

Ovo je ujedno bio i prvi sekundarni pravnoobavezujući akt Evropske unije na području uređenja e-zdravstva, a nakon čega je slijedilo i usvajanje Akcionog plana e-zdravstva za period 2012 - 2022[56], dok je kao najskorija inicijativa pripremljen od strane Evropske Komisije Prijedlog Uredbe o evropskom prostoru za zdravstvene podatke 2022. godine.[57] Dakle, Direktiva 2011/24/EU svojevrsni je pionir na dva polja – polju prekograničnog ostvarivanja zdravstvene zaštite i polju e-zdravstva u Evropskoj uniji.[58]

Ipak, prioritetni cilj Direktive 2011/24/EU bio je osiguranje visokog stepena pravne sigurnosti građana EU, nosilaca osiguranja, i zdravstvenih profesionalaca na polju unutrašnjeg tržišta u slučaju prekogranične primjene zdravstvene zaštite. Jednako kao i u slučaju Uredbe 883/2004, i Direktivom je ostavljeno široko personalno područje primjene, obzirom da se ista primjenjuje na svako osigurano lice, člana porodice osiguranog lica i nadživjele članove porodice država članica EU i država Evropskog eko-

[54] Član 14(2)(a) Direktive 2011/24/EU.

[55] Član 6 Direktive 2011/24/EU.

[56] Detaljnije u: M. Domenichiello, “State of The Art in Adoption of E-Health Services in Italy in The Context of European Union E-Government Strategies”, *Procedia Economics and Finance*, Vol. 23 (2015), 1112 – 1113.

[57] Evropska Komisija, Prijedlog Uredbe Europskog Parlamenta i Vijeća o Evropskom prostoru za zdravstvene podatke, Strasbourg, 3.5.2022., COM(2022) 197 final, 2022/0140 (COD).

[58] O razvoju pojma e-zdravstva u EU vidjeti više u: I. Grubešić, A. Mulalić, “Perspektive razvoja e-zdravstva u kontekstu e-uprave”, Međunarodna naučna konferencija „*Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku”*, Zbornik radova, Godina III, Banja Luka, broj 3 (2023), Tom I, 2023, 378–382.

nomskog prostora koje nisu u članstvu EU. S druge strane, kada govorimo o pružateljima zdravstvenih usluga, za razliku od Uredbe 883/2004 koja je isključivo predviđala sistem prekogranične zaštite u okviru javnog sistema zdravstva u drugoj državi, Direktivom su obuhvaćeni kako javni zdravstveni sistem tako i pružatelji zdravstvenih usluga u privatnom sektoru.[59] Time se mogućnost ostvarivanja prekogranične zaštite u značajnoj mjeri šire postavlja obuhvatajući i privatni sektor. Međutim, kako se u Direktivi i ističe, zdravstveni stručnjaci mogu biti samo lica koja ispunjavaju sve zakonske pretpostavke države liječenja, a koji su usklađeni i zakonodavstvom Unije.[60] U vezi sa time, koncept zdravstvene zaštite definisan je široko, obuhvatajući „*preventivnu, kurativnu i rehabilitacionu zdravstvenu zaštitu*“[61], obzirom na obuhvaćenost zdravstvenih stručnjaka pema članu 3(1)(f) Direktive.

Obzirom da se Direktivom nastoji obezbijediti ujednačen pristup prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti ukoliko se slijedi putanja primjene slobode kretanja zdravstvenih usluga na unutrašnjem tržištu, Direktivom je predviđen niz zaštitnih mjera za pacijente/korisnike zdravstvenih usluga, kao svojevrsne potrošače na tom specifičnom tržištu u EU. Tako je predviđeno da država liječenja garantuje odgovarajuće zdravstvene standarde a u skladu sa osnovnim načelima univerzalnosti, dostupnosti kvalitetne zdravstvene zaštite, pravičnosti i solidarnosti, pravo na informacije o samoj zdravstvenoj zaštiti i uslugama od strane nacionalnih kontaktnih tačaka, pružatelja zdravstvenih usluga, da obezbijedi transparentne postupke i mehanizme za žalbe od strane pacijenata, zaštitu ličnih informacija pacijenata, pravo na medicinske zapise o liječenju.[62] Posebno se ističe pravo pacijenata na nediskriminatoran pristup u odnosu na pacijente domaće državljane, u smislu utvrđenih tarifa zdravstvenih usluga i po drugim pitanjima.[63]

---

[59] Član 3(1)(g) Direktive 2011724/EU: „*pružatelj zdravstvene zaštite*“ znači svaka fizička ili pravna osoba ili bilo koji subjekt koji zakonito pruža zdravstvenu zaštitu na državnom području države članice”.

[60] Član 3(1)(f) a u vezi sa članom 4(1) Direktive 2011724/EU.

[61] P. E. Ekmekci, “Patients’ rights in cross-border healthcare (Directive 2011/24/eu) and how it applies to Turkey as a negotiating candidate country”, *European Journal of Health Law*, 2017, 24(4), 2, dostupno na: https://www.jstor.org/stable/48712979 (15.06.2024.)

[62] Član 4 Direktive 2011/24/EU

[63] Ovo pravo nije apsolutno, predviđen je izuzetak da država može preduzeti ograničavajuće mjere “*ukoliko postoje prevladavajući razlozi od općeg interesa, kao što su zahtjevi u pogledu planiranja u vezi s ciljem osiguranja dostatne i trajne dostupnosti uravnotežene ponude kvalitetnog liječenja u određenoj državi članici ili željom da se maksimalno obuzdaju troškovi i izbjegne rasipanje financijskih i tehničkih sredstava te ljudskih potencijala*”. Takve mjere moraju ispunjavati test proporcionalnosti. (član 4(3) Direktive 2011/24/EU). Prema posljednjim dostupnim podacima koji se odnose na 2022. godinu, samo su dvije države (Danska i Rumunija) usvojile mjere kojima se ograničava protok pacijenata iz drugih država članica (European Commission, *Member State data on cross-border patient*

Sve dok se lice nalazi na tlu države liječenja, uživa specifičnu zaštitu sličnu onoj predviđenoj za potrošače u drugim pravnim odnosima. Ipak, po povratku u državu osiguranja, možemo reći da se njegov položaj mijenja, u smislu da se stavlja naglasak na njegov položaj osiguranog lica u kontekstu sistema socijalne zaštite te države. Država osiguranja, dužna je, dakle, da obezbijedi osiguranom licu slijedeća prava:[64]

- pravo na naknadu troškova zdravstvene usluge
- pravo na informacije pacijentu u pogledu tretmana kao i prana na naknadu troškova,
- pravo na praćenje zdravstvenog stanja i informacije u državi osiguranja (njega, rehabilitacija i dr. Nužno poslije medicinskog tretmana u državi liječenja)
- pravo pacijenata na pristup zdravstvenim kartonima na daljinu, ili kopiju svojih zdravstvenih kartona (u okviru sistema e-zdravstva)

Kodifikacijom dotadašnjih najrelevantnijih presuda, uvedeno je prije svega, pravo osiguranih lica na naknadu troškova zdrsvstvenih usluga, bez obzira da li su iste ostvarene u privatnom ili javnom sektoru u drugoj državi članici, bez potrebe za obezbjeđenjem prethodnog odobrenja (uz izuzetke), pod uslovom da je dotična zdravstvena zaštita uvrštena u povlastice na koje osigurano lice ima pravo u državi članici čijem sistemu pripada.[65] Država osiguranja obavezna je na bilo kojem organizacionom nivou (lokalni, regionalni, nacionalni nivo) da utvrdi opseg zdravstvene zaštite kao i tarife zdravstvenih usluga, obzirom da se pravo na naknadu troškova vrši prema cijenama zdravstvenih usluga države osiguranja a ne države liječenja, kakav je slučaj sa Uredbom 883/2004[66]. Dakle, osnovne prednosti primjene Direktive 2011/24/EU je u slobodi izbora mjesta liječenja, uključujući i privatni i javni sektor zdravstvenih usluga, bez obaveze obezbjeđenja prethodnog odobrenja od strane države osiguranja. S druge strane, u odnosu na Uredbu, prema kojoj osigurano lice pravo pravo na refundaciju stvarnih troškova liječenja u drugoj državi članici (i kada prevazilaze troškove koje bi imali u državi osiguranja), prema Direktivi 2011/24/EU, naknada troškova liječenja se ograničava na visinu troška koji bi imalo osigurano lice da je ostalo da se liječi u državi osiguranja. I Uredba i Direktiva zauzimaju isti stav po pitanju dodatnih troškova, poput putnih troš-

healthcare following Directive 2011/24/EU - Reference Year 2022, published 2024, Luxembourg, 9, dostupno na: *https://health.ec.europa.eu/document/download/69e33702-c7cc-4f0e-afc0-f3cf13e127ab_en?filename=crossborder_2022_patient-healthcare_data-_en.pdf* (21.06.2024.)

[64] Član 5. Direktive 2011/24/EU.

[65] Član 7. Direktive 2011/24/EU.

[66] Uporednu analizu pogledati u: European Commission, *Member State data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU - Reference Year 2022*, 13-14.

kova, troškova smještaja, plaćanja taksi, poreza i sl. – takvi troškovi ne podliježu obavezi refundacije[67], stim da Direktiva predviđa mogućnost da države članice uvedu izuzetak kada se radi o liječenju lica sa invaliditetom.[68]

Iako je osnovno pravilo kojim se vodio zakonodavac prilikom usvajanja direktive 2011/24/EU da se osiguranim licima pruži mogućnost nesmetanog korištenja slobode kretanja zdravstvenih usluga, pri tome ne podliježući obavezi pribavljanja prethodnog odobrenja, data je mogućnost državama članicama, da, ukoliko smatraju da je prethodno odobrenje nužno za ostvarenje ciljeva navedenih u Direktivi, isto može biti uvedeno kao obavezno za tačno unaprijed navedene situacije, i, samim tim, u konkretnom slučaju uskraćeno, a u skladu sa elementima testa proporcionalnosti.[69] Na navedene slučajeve će se primjenjivati odredbe Uredbe 883/2004, a što se odnosi i na pravila naknade troškova koji važe za plansko liječenje u drugoj državi članici prema Uredbi, obzirom da se radi o povoljnijem načinu obračuna u odnosu na onaj predviđen Direktivom. Od 28 država na koje se odnosi Direktiva, 19 država je uvelo sistem prethodnog odobrenja a u skladu sa Direktivom.[70] Obzirom da Direktiva predviđa mogućnost uvođenja prethodnog odobrenja po osnovu nekoliko različitih kriterija a koji nisu međusobno uslovljeni, to je rezultiralo različitim pristupom i načinom odobravanja prethodnog odobrenja između država članica. Od najznačajnijih ističe se problem informisanja građana u pogledu procesa sticanja prethodnog odobrenja, te u kojim uslovima je isti nužan a da bi se aktivirala

[67] Isto je potvrđeno prethodno u presudama C-466/04 *Acereda Herrera* [2006] I-05341, C-8/02 *Leichtle* [2004] ECR I-2641.

[68] Član 7(4) Direktive 2011/24/EU.

[69] Prema članu 8(1), riječ je o slijedećim izuzecima:

- bolničko liječenje, korištenje visokospecijaliziranje i skupe medicinske opreme, a koje je uvjetovano zahtjevima u pogledu planiranja koji se odnose na cilj osiguranja dostatne i stalne dostupnosti uravnotežene ponude kvalitetnoga liječenja u određenoj državi članici ili na želju da se maksimalno obuzdaju troškovi i izbjegne svako rasipanje financijskih i tehničkih sredstava te ljudskih potencijala,
- ukoliko se radi o postupcima liječenja koji su rizični za pacijenta ili stanovništvo,
- ukoliko postoji povod za ozbiljnu i posebnu zabrinutost u vezi s kvalitetom ili sigurnošću te zdravstvene zaštite, osim ukoliko standardi u vezi sa tim oblikom zdravstvene zaštite nisu osigurani na nivou Unije

[70] Prema posljednjim dostupnim službenim podacima, u 2022. Godini upućeno je 4552 zahtjeva za prethodno odobrenje u 19 država, 3653 je odobreno, dok je 840 odbijeno (18,45%). Osnovni razlozi za odbijanje prethodnog odobrenja su da je ista zdravstvena usluga dostupna u državi osiguranja u odgovarajućem vremenskom okviru, da zahtijevana zdravstvena usluga nije obuhvaćena nacionalnom zdravstvenom zaštitom, da je rizik po zdravlje pacijenta veći u odnosu na benefite koje donosi liječenje, da postoji neprihvatljiv stepen rizika po javno zdravlje, da postoji opravdana sumnja u kvalitet i ispunjenost standarda sigurnosti pacijenta (European Commission, *Member State data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU - Reference Year 2022*, 30–31).

prava prema Direktivi i Uredbi, radi čega su usvojeni *Vodeći principi i indikatori za praksu nacionalnih kontaktnih tačaka prema Direktivi 2011/24/EU o prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti*[71], a prema kojima se primjena Direktive temelji na devet osnovnih principa[72], od kojih se tri odnose na prethodno odobrenje: *a) transparentnost sistema prethodnog odobrenja, b) jasnoća i dosljeednost procedura prethodnog odobrenja, i c) razumljivost informacija o prethodnom odobrenju.*[73]

U pogledu kako postupka sticanja prethodnog odobrenja, tako i postupka ostvarivanja prava na naknadu od strane nosioca osiguranja, Direktivom se predviđa obaveza garancije da navedeni postupci moraju biti utemeljeni na objektivnim, nediskriminirajućim kriterijima koji su nužni i razmjerni cilju koji treba ostvariti, postupci moraju biti pristupačni i provodivi u razumnim rokovima.[74]

Da bi se ostvarili ciljevi Direktive, predviđa se visok stepen saradnje između država članica u kontekstu njihovih nacionalnih kontaktnih tačaka, saradnje između graničnih regija, i po pitanju standarda sigurnosti i zdravlja, sa naglaskom na neka specifična pitanja, poput priznavanja ljekarskih recepata, rijetkih bolesti, evropske referentne mreže, e-zdravstva, procjene zdravstvenih tehnologija.[75]

Direktiva 2011/24/EU je na snazi u državama članicama već 11 godina. Najveći doprinos se ogleda upravo u postizanju pravne sigurnosti pacijenata koji žele ostvariti pravo na prekograničnu zdravstvenu zaštitu van sistema koji je predviđen Uredbom 883/2004. Osnovni razlog primjene Direktive a ne Uredbe je u mogućnosti izbjegavanja prethodnog odobrenja u svrhu odlaska na liječenje u drugu državu članicu, mogućnost slobodnog odabira izvršioca zdravstvene usluge kako u javnom tako i u privatnom sektoru. Ono što se ističe u izvještajima o efikasnoj primjeni Direktive na

[71] S. Callens, N. Van Gompel, *Guiding Principles and Indicators for the practice of National Contact Points (NCPs) under the Cross-border Healthcare Directive 2011/24/EU*, European Commission/CHAFEA, 2017/2018, dostupno na: *https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-12/2019_ncptoolbox_ncp_guiding_principles_crossborder_en_0.pdf* (25.06.2024.).

[72] To su slijedeći principi: a) princip vidljivosti, b) princip pristupačnosti, c) princip transparentnosti, d) princip inkluzije, e) princip dualnosti, f) princip informisanja za odlazeće pacijente u skladu sa Direktivom, g) princip informisanja za dolazne pacijente u skladu sa Direktivom, h) princip informisanja zdravstvenim radnicima, i) princip saradnje (S. Callens, N. Van Gompel, 6).

[73] European Commission, *Study on Enhancing implementation of the Cross-Border Healthcare Directive 2011/24/EU to ensure patient rights in the EU*, 2022, 11, dostupno na: *https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-02/crossborder_enhancing-implementation_frep_en.pdf* (25.06.2024.)

[74] Član 9 Direktive 2011/24/EU.

[75] Član 10 Direktive 2011/24/EU.

nacionalnom nivou je nedovoljna informisanost građana o mogućnostima koje imaju u pogledu prekogranične zdravstvene zaštite, raznolikost postupaka prethodnog odobrenja, ukoliko je isti predviđen u izuzetnim situacijama prema Direktivi, kao i načina prikupljanja podataka o slučajevima korištenja prekogranične zaštite, a što ostavlja prostor za dodatno unapređenje i putem sistema e-zdravstva.[76]

5. USKLAĐIVANJE ZAKONODAVSTVA U BIH SA STANDARDIMA PREKOGRANIČNE ZDRAVSTVENE ZAŠTITE U EU

Bosna i Hercegovina je 2008. godine potpisala Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa evropskim zajednicama i državama članicama, a isti je stupio na snagu sedam godina poslije.[77] Kandidatski status BiH je stekla 15.12.2022. godine odlukom Evropskog vijeća,[78] a u aprilu tekuće godine otvoreni su i formalno pregovori za pristupanje Evropskoj uniji. Navedeno podrazumijeva ulaganje dodatnih napora da bi se postojeće nacionalno zakonodavstvo uskladilo ne samo sa postojećim *acquisom* Evropske unije, već i da kontinuirano prati stalne izmjene, praksu Suda pravde EU i općenito politike i trendove koji se kontinuirano razvijaju.

Pitanje prava na prekograničnu zdravstvenu zaštitu u pogledu BiH i EU, ovdje razmatramo sa dva aspekta. Jedan je pitanje usklađenosti propisa BiH sa Uredbom 883/2004 i Direktivom 2011/24/EU, a drugi je pitanje trenutnih prava državljana BiH u pogledu potencijalne primjene navedenih unijskih akata u određenim situacijama.

Obzirom da BiH u trenutku svog kandidatskog statusa nije obavezna primjenjivati primarne i sekundarne akte EU, postavlja se pitanje statusa državljana BiH a koji se nalaze na tlu država članica EU kao učesnika na tržištu rada u EU, i njihovog položaja u pogledu primjene akata EU za vrijeme boravka u Uniji, te mogućnosti primjene unijskih akata na državljane BiH ukoliko koriste prekograničnu zdravstvenu zaštitu u državi članici EU, ali imaju prebivalište u BiH. Samim SSP-om predviđena je i obaveza usvajanja odluke od strane Vijeća za stabilizaciju i pridruživanje o primjeni pravila koordinacije socijalne sigurnosti za državljane Bih a koji

[76] Pogledati detaljnije u: European Commission, *Study on Enhancing implementation of the Cross Border Healthcare Directive 2011/24/EU to ensure patient rights in the EU,* 12-13.

[77] Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part, *Official Journal EU*, L 164, 30.6.2015.

[78] European Council, Brussels, 15 December 2022, (OR. en), EUCO 34/22, tačka 30. Dostupno na: *https://www.consilium.europa.eu/media/60872/2022-12-15-euco-conclusions-en.pdf* (27.06.2024.)

su zakonito zaposleni na tlu neke od država članica.[79] Sticanjem statusa zaposlenika u državi članici, državljani BiH moraju biti tretirani jednako i bez diskriminacije. To podrazumijeva i primjenu odgovarajućeg zakonodavstva EU i u kontekstu ostvarivanja prekogranične zdravstvene zaštite, a kako je potvrđeno i skorijom presudom Suda pravde EU, *Holiday on Ice*, iz 2022. godine.[80] Navedenom presudom se potvrđuje da državljani trećih država koji zakonito borave i rade na tlu država članica EU, uživaju pogodnosti primjene Uredbe 883/2004 i Uredbe 987/2009. Članom 3(1)(b)(ii) Direktive 2011/24/EU kao osigurana lica koja pripadaju područnu primjene prava iz Direktive, navode se i državljani trećih država članica, a koji su obuhvaćeni Uredbom 859/2003 o primjeni pravila koordinacije na državljane trećih država.[81] Time se primjena kako Uredbe tako i Direktive garantuje svim državljanima BiH zakonito zaposlenim na tlu EU.

U pogledu razmatranja prava državljana BiH na prekograničnu zaštitu u državama članicama EU, a koji imaju prebivalište u BiH, prije svega je značajno napomenuti da BiH ima više potpisanih bilateralnih sporazuma o socijalnom osiguranju sa državama EU a kojima se uređuju međusobni odnosi u slučaju migracija radnog stanovništva između država potpisnica, sa sa ciljem koordinacije primjene nacionalnih propisa o socijalnim osiguranjima, te se navedeni sporazumi temelje na jednakim principima na kojima se temelji i Uredba 883/2004.[82] Obzirom da BiH ima status države kandidatkinje, kao takva nije u obavezi još uvijek da primjenjuje unijske akte. Nastavno na to, na osnovu dosadašnje sudske prakse Suda pravde EU u pogledu primjene Uredbe 883/2004 na državljane država kandidatkinja koji imaju prebivalište u državi podrijetla, konkretno slučaja *United Kingdom v. Council* iz 2014. godine,[83] zauzet je stav da još uvijek nije uspostavljen režim koordinacije između EU sa jedne i države kandidatkinje sa druge strane.[84] Na mogućnost odlaska u državu članicu EU u svrhu uživanja usluge planirane zdravstvene zaštite, primjenjuju se isključivo entitetski propisi koji se odnose na zdravstveno osiguranje i zdravstvenu zaštitu, a koji se temelje na prethodnom odobrenju od strane nadležnih organa u FBiH i RS.[85]

[79] Član 49 SSP BiH.

[80] C-477/17, *Holiday on Ice* [2022] ECLI:EU:C:2019:60

[81] Uredba Vijeća (EZ) 859/2003 o proširenju odredaba Uredbe (EEZ) 1408/71 i Uredbe (EEZ) 574/72 na državljane trećih zemalja za koje ne vrijede spomenute odredbe isključivo na osnovi njihovog državljanstva, *Službeni list EU* L124, 20.05.2003.

[82] Spisak bilateralnih sporazuma dostupan na: *http://mhrr.gov.ba/iseljenistvo/-Pravni_akti_i_sporazumi/default.aspx?id=971&langTag=bs-BA* (27.06.2024.)

[83] C-81/13 *United Kingdom v. Council* [2014] ECLI:EU:C:2014:2449.

[84] P. E. Ekmekci, 7.

[85] Ovo pitanje uređeno je Pravilnikom o korištenju zdravstvene zaštite za vrijeme boravka u inozemstvu u FBiH (“*Sl. novine FBiH*” br. 31/02) i Pravilnikom o postupku odobrava-

U kontekstu usklađenosti normi koje se odnose na sva relevantna pitanja da bi se efikasno primijenile kako Uredba 883/2004 i Direktiva 2011/24/EU, potrebno je sagledati kako norme sistema zdravstvenog osiguranja, stepen razvijenosti e-zdravstva, zaštitu ličnih podataka, i usklađenost slobode kretanja usluga sa normama EU. Iako EU nema nadležnost u pogledu pravnog uređenja sistema zdravstvene zaštite i osiguranja, entiteti BiH nadležni za uređenje ove oblasti ipak moraju pokazati da ustanove zdravstvene zaštite garantuju minimalno načela jednakosti, pristupačnosti i kvaliteta zdravstvenih usluga na kojima se temelje zdravstveni sistemi država članica. Prema izvještaju o napretku BiH za 2023. godinu, zaključeno je da „*sistem koordinacije programa socijalnog osiguranja i dalje je rascjepkan, s ograničenim administrativnim kapacitetima i izostankom formalne saradnje između nadležnih organa na svim nivoima vlasti*“.[86] Nastavno na to, ističe se da nije postignut nikakav napredak u kontekstu Evropske kartice zdravstvenog osiguranja, a za što kao temelj mora postojati i uveden sistem e-zdravstva. Određeni napredak u pogledu e-zdravstva vidljiv je u Republici Srpskoj, gdje su Uredbom o integrisanom zdravstvenom informacionom sistemu (IZIS) uvedeni e-karton, e-zdravstvena knjižica, i predviđen je niz drugih digitalnih usluga putem jedinstvenog sistema (IZIS).[87] S druge strane, u FBiH su pojedini kantoni napravili tek prvi korak uvođenjem tzv. e-kartona, međutim, nedostatak jedinstvene entitetske digitalne strategije na polju zdravstva usporava znatno ovaj proces i onemogućava interoperabilnost e-zdravstvenih usluga između kantona i uvezivanje sistema e-zdravstva između samih entiteta.[88]

Pitanje zaštite ličnih podataka u kontekstu ostvarivanja prekogranične zdravstvene zaštite bitno je pitanje i istaknuto kao takvo i u Direktivi 2011/24/EU, obzirom da se prekogranična zdravstvena zaštita temelji na sistemu e-zdravstva a što podrazumijeva odgovarajući stepen zaštite ličnih podataka u procesu razmjene e-recepata, e-kartona, telemedicine itd.[89] Trenutno važeći Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH[90] usklađen je sa prethodno važećom Direktivom 95/46/EC o zaštiti ličnih podataka iz 1995.

---

nja liječenja izvan Republike Srpske i načinu ostvarivanja zdravstvene zaštite u inostranstvu (“*Sl. glasnik RS*” 106/23).

[86] Evropska komisija, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2023., Brisel, 8.11.2023., SWD(2023) 691 final, 85.

[87] Uredba o integrisanom zdravstvenom informacionom sistemu, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 30/17.

[88] Navedeno je istaknuto i u Izvještaju Evropske komisije o napretku BiH za 2023. godinu, 95.

[89] Detaljnije vidjeti u: I. Grubešić, A. Mulalić, 383–385.

[90] Zakon zaštiti ličnih podataka, *Službeni glasnik BiH*, br. 49/2006, 76/2011 i 89/2011 - ispr.

godine[91], a koja je zamijenjena Opštom Uredbom o 2016/679 zaštiti ličnih podataka[92], koja je na snazi od 2016. godine. Zakon o zaštiti ličnih podataka u međuvremenu nije usklađen sa Opštom Uredbom, a što je rezultiralo i odstupanjem od određenih koncepata koje predviđa sama Opšta Uredba a koji su relevantni i za uspostavljanje sistema e-zdravstva i kasnije i efikasne prekogranične zdravstvene zaštite.

Obzirom da se Direktiva 2011/24/EU temelji na slobodi kretanja usluga, pitanje uređenosti slobode kretanja usluga u BiH još uvijek nije pozitivno ocijenjeno. Kako se ističe u Izvještaju o napretku BiH za 2023. godinu Evropske komisije, nisu još uvijek vidljivi pomaci u pogledu usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa Direktivom o uslugama, kao ni uzajamno priznavanje inostranih kvalifikacija za regulirane profesije kako to zahtijeva *acquis* EU.[93] Ovo je pretpostavka za garanciju minimalnih standarda rada u zdravstvenom sektoru u kontekstu zdravstvenih usluga i zdravstvenih profesionalaca, a u cilju efikasne implementacije Direktive o prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti.

6. ZAKLJUČAK

Pravo na prekograničnu zdravstvenu zaštitu omogućava korosnicima zdravstvene zaštite efikasan pristup kvalitetnoj zdravstvenoj zaštiti i van granica države osiguranja. Ovo je od presudnog značaja ukoliko su liste čekanja na određene zdravstvene usluge duge a što može dovesti i do značajnog pogoršanja zdravstvenog stanja osiguranog lica, ukoliko u državi osiguranja ne postoji adekvatan oblik zdravstvene njege, ili zdravstvene ustanove ne raspolažu odgovarajućom tehnologijom a u svrhu obezbjeđenja odgovarajućeg stepena zaštite zdravlja. Neprikosnoven je značaj ovog prava i u situacijama migracija (radnog) stanovništva, a u svrhu obezbjeđenja pravne sigurnosti u kontekstu neplanirane/ hitne zdravstvene zaštite prilikom boravka u inostranstvu.

Pitanje prava na prekograničnu zdravstvenu zaštitu u Evropskoj uniji uređeno je danas primjenom složenog sistema akata, i interesantan je primjer spoja slobode kreanja radnika i slobode kretanja usluga a u svrhu obezbjeđenja ovog prava u najvećem obimu na unutrašnjem tržištu EU. Uredbom 883/2004 koja se temelji na slobodi kretanja radnika, kroz više dece-

[91] Direktiva 95/46/EC o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, *Službeni list EU*, L 281, 23.11.1995.

[92] Uredba (EU) 2016/679 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) (Tekst značajan za EGP), *Službeni list EU* L 119, 04.05.2016.

[93] Evropska komisija, Izvještaj o napretku BiH za 2023., 86.

nija omogućavano je provođenje prekogranične zdravstvene zaštite po sistemu prethodnog odobrenja u slučaju planirane zdravstvene zaštite u drugoj državi članici i isključivo u okviru javnog sektora zdravstva. U nizu presuda počev od *Kohll* i *Decker* iz sredine 1990-tih godina, Sud pravde EU je zaključio da je postojeći sistem predviđen Uredbom ograničavajući u smislu slobode kretanja usluga, smatrajući da zdravstvene usluge na unutrašnjem tržištu ne smiju biti podvrgnute ograničenjima poput prethodnog odobrenja, osim u iznimnim situacijama. Rezultat prakse Suda pravde EU ogleda se u usvajanju Direktive 2011/24/EU a kojom se obezbjeđuje pravo na prekograničnu zdravstvenu zaštitu temeljem slobode kretanja usluga, gdje se zdravstvene usluge mogu koristiti i u drugim državama članicama, kako u javnom tako i u privatnom zdravstvenom sektoru, bez prethodnog odobrenja, ali, ograničavajući pravo na naknadu na visinu tarifa države osiguranja, što nije slučaj sa Uredbom 883/2004.

Složen sistem prava na prekograničnu zdravstvenu zaštitu daje daleko veće mogućnosti građanima EU da na efikasan i brz način ostvare svoje pravo u drugoj državi članici, a da će pri tome biti uspješno refundirani u pogledu troškova liječenja. Ipak, ono što se zamjeri trenutnom sistemu je još uvijek nedovoljna informisanost stanovništva o pravnim mogućnostima ostvarivanja ovog prava, nedovoljno razvijen sistem e-zdravstva u nekim evropskim državama potreban da se efikasno obezbijedi interoperabilnost potrebna za ovo pravo, i općenito, pristupačnost cijelog sistema svakom pacijentu.

Analiza postojećeg zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, pokazala je ograničen napredak u pogledu preduslova potrebnih za uspješnu primjenu Uredbe 883/2004 i implementaciju Direktive 2011/24/EU. Stepen implementiranosti osnovnih načela zdravstvene zaštite nije ujednačen na nivou entiteta, kao ni kantona u FBiH, još uvijek ne postoje strategije digitalizacije zdravstva na nivou entiteta a koje bi omogućile uspostavljanje e-zdravstva prema Direktivi 2011/24/EU, zaštita ličnih podataka u kontekstu zdravstvenih podataka nije suklađena sa Općom Uredbom o zaštiti ličnih podataka itd. Postojeća pravna rješenja omogućavaju državljanima BiH koji su zaposleni i imaju prebivalište u EU, da uživaju beneficije prava na prekograničnu zdravstvenu zaštitu u EU, dok državljani BiH sa prebivalištem u BiH i dalje koriste isključivo rješenja zdravstvenog sistema u entitetima, a koji se temelje na prethodnom odobrenju u svrhu liječenja u inostranstvu. Otvaranje pristupnih pregovora u aprilu 2024. godine trebalo bi biti značajan poticaj ka intenziviranju procesa usklađivanja sa *acquisom* EU, kao preduslovom za uključivanje u mrežu koordinacije sistema socijalne sigurnosti i primjene prava na prekograničnu zdravstvenu zaštitu u punom obimu.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Branko Lubarda, *Evropsko radno pravo*, COD Podgorica, 2004
2. Drenka Vuković, *Socijalna politika Evropske unije*, Fakultet političkih nauka, Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2011
3. Eleanor Spaventa, Michael Dougan, *Social Welfare and EU Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2005
4. European Commission, *Explanatory notes on modernised social security coordination Regulations (EC) No 883/2004 & No 987/2009*, 2011, dostupno na: *https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6481&langId=en* (15.06.2024.)
5. European Commission, *Member State data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU - Reference Year 2022*, published 2024, Luxembourg, dostupno na: *https://health.ec.europa.eu/document/download/69e33702-c7cc-4f0e-afc0-f3cf13e127ab_en?filename=crossborder_2022_patient-healthcare_data_en.pdf* (21.06.2024.)
6. European Commission, *Study on Enhancing implementation of the Cross-Border Healthcare Directive 2011/24/EU to ensure patient rights in the EU*, 2022, dostupno na: *https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-02/crossborder_enhancing-implementation_frep_en.pdf* (25.06.2024.)
7. European Council, Brussels, 15 December 2022, (OR. en), EUCO 34/22, tačka 30. Dostupno na: *https://www.consilium.europa.eu/media/60872/2022-12-15-euco-conclusions-en.pdf* (27.06.2024.)
8. Frans Pennings, *European Social Security Law*, Kluwer Law International, 2012
9. Frederic De Wispelaere, Lynn De Smedt, Jozef Pacolet, *Cross-border healthcare in the EU under social security coordination*, European Commission, Luxembourg, 2022
10. Ivana Grubešić, Aida Mulalić, “Perspektive razvoja e-zdravstva u kontekstu e-uprave”, Međunarodna naučna konferencija “*„Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku”, Zbornik radova,* Godina III, Banja Luka, broj 3 (2023), Tom I, 2023
11. Ivana Grubešić, Amna Hrustić, “Pravo na zdravlje i zdravstvenu skrb u kontekstu Covid-19 pandemije”, *Godišnjak Pravnog fakulteta “Džemal Bijedić*”, godina V, broj 5, Mostar, 2021
12. *Izvještaj Specijalnog Izvjestitelja o pravu svake osobe na uživanje najvišeg dostižnog standarda fizičkog i mentalnog zdravlja*, Tlaleng Mofokeng, 21.6-09.7.2021
13. Jean-Claude Fillon, “Cross-border healthcare: towards coordination of two patient mobility routes”, *50 years of Social Security Coordination Past – Present – Future* (Ed. Prof. dr. Yves Jorens), Prague, 2009
14. Matthias Wismar, Robert Touret, Jonathan Clottes, Gabrielle Dubois, Apolline Damez-Fontaine, Vincent Rouvet, Ewout van Ginneken “Cros-

sing the border for health care: adding value for patients and health systems”, *Eurohealth*, Vol.28, No.1, 2022

15. Michele Domenichiello, “State of The Art in Adoption of E-Health Services in Italy in The Context of European Union E-Government Strategies”, *Procedia Economics and Finance*, Vol. 23, 2015
16. Monika Kiss, “Understanding social dumping in the European Union”, *Briefing – March 2017*, EPRS | European Parliamentary Research Service
17. Nicolas Rennuy, “Shopping for social security law in the EU”, *Common Market Law Review*, 58: 13–38, 2021
18. Perihan Elif Ekmekc, “Patients’ rights in cross-border healthcare (Directive 2011/24/eu) and how it applies to Turkey as a negotiating candidate country”, *European Journal of Health Law*, 2017, 24(4), dostupno na: *https://www.jstor.org/stable/48712979* (15.06.2024.)
19. Stefaan Callens, Nina Van Gompel, *Guiding Principles and Indicators for the practice of National Contact Points (NCPs) under the Cross-border Healthcare Directive 2011/24/EU*, European Commission/CHAFEA, 2017/2018, dostupno na: *https://health.ec.europa.-eu/system/files/2019-12/2019_ncptoolbox_ncp_guiding_principles_-crossborder_en_0.pdf* (25.06.2024.)

Pravni propisi

1. CESCR, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4)
2. Direktiva br. 2011/24/EU o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti, *Službeni list EU* L 88, 09.03.2011.
3. Direktiva br. 95/46/EC o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, *Službeni list EU*, L 281, 23.11.1995.
4. Direktiva o uslugama na unutrašnjem tržištu, *Službeni list EU* L 376, 27.12.2006.
5. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market, [SEC(2004) 21], Brussels, 05.03.2004.
6. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare, {SEC(2008) 2163} {SEC(2008) 2164} {SEC(2008) 2183}/* COM/2008/0414 final - COD 2008/0142 */
7. Evropska komisija, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2023., Brisel, 8.11.2023., SWD(2023) 691 final
8. Evropska Komisija, Prijedlog Uredbe Europskog Parlamenta i Vijeća o evropskom prostoru za zdravstvene podatke, Strasbourg, 3.5.2022., COM(2022) 197 final, 2022/0140 (COD)

9. Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, *Službeni list EU*, C 202,07.06.2016.
10. Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part, *Official Journal EU*, L 164, 30.6.2015.
11. Ugovor iz Amsterdama kojim se dopunjava Ugovor o Evropskoj uniji, ugovori kojima se osnivaju evropske zajednice i drugi određeni akti, *Službeni list EU*, C340, 10.11.1997.
12. Ugovor o Evropskoj uniji, *Službeni list EZ*, C191, 29.07.1992.
13. UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993
14. Uredba (EU) br. a2016/679 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) (Tekst značajan za EGP), *Službeni list EU*, L 119, 04.05.2016.
15. Uredba (EZ) br. 883/2004 Europskog Parlamenta i Vijeća od 29.04.2004. o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti (Tekst značajan za EGP i Švicarsku), *Službeni list EU* L 166, 30.4.2004., izmijenjena Uredbom br. 988/2009, Uredbom Komisije br. 1244/2010, Uredbom br. 465/2012, Uredbom Komisije br. 1224/2012, Uredbom Vijeća br. 517/2013, Uredbom Komisije br. 1372/2013 i 1368/2014
16. Uredba o integrisanom zdravstvenom informacionom sistemu, *Sl. glasnik Republike Srpske*, br. 30/17
17. Uredba Vijeća (EZ) br. 859/2003 o proširenju odredaba Uredbe (EEZ) br. 1408/71 i Uredbe (EEZ) br. 574/72 na državljane trećih zemalja za koje ne vrijede spomenute odredbe isključivo na osnovi njihovog državljanstva, *Službeni list EU*, L124, 20.05.2003.
18. Zakon zaštiti ličnih podataka, *Sl. glasnik BiH*, br. 49/2006, 76/2011 i 89/2011 - ispr.

Sudska praksa

1. ECJ, C–120/95 *Decker* [1998] ECR I–1831
2. ECJ, C-157/99 *Geraerts-Smits and Peerbooms* [2001] ECR 5473
3. ECJ, C-158/96 *Kohll* [1998] ECR I-1931.
4. ECJ, C-279/80 *Webb* [1981] ECR 3305
5. ECJ, C-385/99, *Müller-Fauré/Van Riet*, [2003] ECR I-4509
6. ECJ, C-466/04 *Acereda Herrera* [2006] I-05341
7. ECJ, C-477/17, *Holiday on Ice* [2022] ECLI:EU:C:2019:60
8. ECJ, C-8/02 *Leichtle* [2004] ECR I-2641
9. ECJ, Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] ECR 377
10. ECJ, C-81/13 *United Kingdom v. Council* [2014] ECLI:EU:C:2014:2449

Assistant Professor Ivana Grubešić, LL.D.

Faculty of Law, University of Zenica

THE RIGHT TO CROSS-BORDER HEALTHCARE

Summary

The right to healthcare is one of the basic human rights from the corpus of social rights, and the possibility of cross-border healthcare significantly contributes to the freedom of movement of citizens as workers and patients. The subject of the research within the aforementioned topic will be focused on the possibility of exercising the right to cross-border healthcare in the European Union, with reference to the implications the existing system in the EU has for the legislation in Bosnia and Herzegovina. The EU provided a complex system of coordination of national healthcare systems, with the possibility of exercising the right to healthcare when applying the freedom of movement of workers. However, the opinions expressed by the EU Court of Justice in the cases of Kohll, Decker and others pointed out the shortcomings of the existing system, which resulted in the adoption of the Directive 2011/24/EU on cross-border healthcare of patients. In the context of the freedom of movement of health services, the Directive provides the possibility of obtaining healthcare in another member state without prior approval by the insurance carrier in the country of residence, which is crucial for providing health services of appropriate quality in the EU and beyond. In this regard, the research will look at the scope of the ten-year application of the said Directive within the complex system of healthcare in the EU, as well as its possible implications for the legislation in BiH, considering the process of achieving EU membership.

Key words: *Cross-border healthcare; Health services; Patient`s rights; Coordination; Healthcare system.*

УДК/UDC 349.2(497.6)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL/ SCIENTIFIC ARTICLE*

Пуковник проф. др Живорад Рашевић

Правна служба ОС БиХ

УНУТРАШЊИ СУКОБИ РАДНОГ ЗАКОНОДАВСТВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Један од специјалитета правног поретка у Босни и Херцеговини (БиХ) је важење четири закона о раду са различитим персоналним, реалним и територијалним домашајем, са диспаратним одредбама чија примјена неминовно доводи до унутрашњих сукоба закона. У овом раду се оцјењују размјере овог проблема и предлаже његово рјешавање методима колизионог, конкретније дерогационог и интерлокалног права. Та се методологија своди на избор мјеродавног правног поретка и надлежности у прекоентитетским радним споровима, што се постиже тумачењима позитивних колизионих норми и стваралачком судском праксом. Резултати истраживања показују да су сукоби радних закона не само могући него и чести, а да у позитивном колизионом праву постоји велика и занемарена правна празнина по овом питању. Даље се показало да постоје убједљиви аргументи у прилог попуњавања ове правне паразнине ширим и аналогним тумачењима јединог позитивног правног извора за рјешавање интерлокалних сукоба закона, који је једино у БиХ преживио распад бивше федерације и добио нову намјену – Закона о рјешавању сукоба закона у статусним, породичним и насљедним односима. Да је то могуће потврдила је анализа позитивноправних одредби. На крају су изнесени разлози који упућују законодавце, правосуђе и ауторе грађанског и уставног права да посвете дужну пажњу развоју колизионог права као интердисплинарне правне гране која на систематичан начин уређује избор мјеродавног права у околностима атипичне и компликоване вертикалне подјеле власти у БиХ.

Кључне ријечи: Сукоб закона; Радни односи; Колизионо право; Мјеродавно право.

Живорад Рашевић, *rasevic71@gmail.com*.

1. УВОД

Једна од посебности правног система Босне и Херцеговине (БиХ) као једине сложене државе-насљеднице СФРЈ јесте и множина општих закона која уређују радне односе. Има их укупно четири. Прво, на државном нивоу Закон о раду у институцијама БиХ[1] уређује општи режим радних односа запослених у институцијама и јавним предузећима БиХ. Даље, у ентитетима Републици Српској (РС) и Федерацији БиХ (ФБиХ) важе: Закон о раду РС[2] Закон о раду ФБиХ[3], а у локалној самоуправи-кондоминијуму два ентитета Закон о раду Брчко Дистрикта БиХ.[4] Иако почивају на истим међународним стандардима које је поставила Међународна организација рада, ови закони нису хармонизовани, тј. остављена је могућност да се на различитим нивоима власти и територијама поставе норме које различито уређују исту материју. Тиме се свакако отвара проблем сукоба закона у оним радноправним споровима у којим су примјењива диспаратна законодавна рјешења, а због повезаности послодавца и запослених са различитим подсистемима сложеног босанскохерцеговачког правног поретка.

Овом проблему се до сада није посветило довољно пажње ни у теорији ни у пракси. У овом раду се рјешења траже употребом колизионоправне методологије која је развијена у грађанскоправној херменеутици и теорији међународног приватног права (МПП). У првом дијелу се сагледавају размјере проблема изношењем појединих диспаратних законодавних рјешења и анализом разлога за игнорисање овог проблема у правосудној пракси. У другом се трага за теоријским, упоредноправним и практичним аргументима за примену колизионих правила у материји радних односа, а трећем се анализира подесност позитивноправних норми које садрже материјалноправна и колизионоправна упућивања на мјеродавно право и надлежност.

2. РАЗМЈЕРЕ ПРОБЛЕМА

Важење четири општа режима радног законодавства на једној релативно малој територији на којој је слободно кретање робе, услуга, капитала и лица гарантовано чл. I/4 Устава БиХ,[5] је довело до већ

[1] Закон о раду у институцијама БиХ – ЗОРИБиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 26/04, 7/05, 48/05, 50/08 60/10, 32/13, 93/17 и 59/22.

[2] Закон о раду Републике Српске – ЗОРРС, *Сл. гласник РС*, бр. 1/16, 66/18, 91/21 и 199/21.

[3] Закон о раду Федерације БиХ – ЗОРФБиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 26/16 и 89/18.

[4] Закон о раду Брчко дистрикта – ЗОРБД, *Сл. гласник БД БиХ*, бр. 34/19, 2/21, 6/21 и 15/22.

[5] Дејтон, 21.12.1995; Вид.: C. Steiner *et al.*, *Устав БиХ, Коментар*, Фондација Конрад Аденауер, Сарајево 2010, 104–107.

вишедеценијског стања у коме се заснивају, трају и престају приватноправни односи разних врста, чији су субјекти повезани са различитим правним подсистемима сложеног правног поретка БиХ. Међу њима су и прекоентитетски односи између послодаваца и запосленика. Зато се и ту неминовно отварају бројна питања о мјеродавном праву и надлежности инспекцијских органа и правосуђа у радноправним споровима између субјеката који имају различита схватања не само о својим правима и обавезама, него и о мјеродавном правном поретку.

На први поглед би се могло тврдити да овај проблем није вриједан пажње, поготово у погледу надлежности грађанских судова у радним споровима. Одредбе ентитетских закона о парничним поступцима (ЗПП)[6] предвиђају изабериву мјесну надлежност у којој, изражено језиком МПП, долази до изражаја аутономија воље као тачка везивања. Конкретније, поред одредаба које уређују решавање сукоба надлежности у односима са елементом иностраности, идентичне одредбе чл. 40 ЗППРС и ФБиХ одређују надлежност у радним споровима „поред суда који је опће мјесно надлежан за туженог, и суд на чијем се подручју рад обавља или се обављао, односно суд на чијем би се подручју рад морао обављати, те суд на чијем је подручју заснован радни однос.” Међутим, закључак о аутномији воље као потпуном или барем довољном рјешењу би био исхитрен, јер је овај избор само повластица за запосленог као тужиоца. Дакле, остаје неријешен проблем унутрашњег сукоба надлежности ако је ативно легитимисан послодавац.

Други аргумент који наводи на потцјењивање овог проблема је чињеница да се однос послодавца и запосленог уређује уговором о раду, у коме поново аутономија воље страна уређује избор мјеродавног права и надлежности. У прилог томе говори чињеница да у позитивном праву БиХ не постоји закон који експлицитно уређује колизије радноправног законодавства а да су ријетке позитивноправне одредбе које у том смислу могу да се примијене. Са друге стране, аутономија воље јесте важна тачка везивања, али не може да буде једина јер бројне одредбе радноправног законодавства нису диспозитивног карактера. Тим одредбама се уређују радноправни институти и проводе међународни стандарди који уређују минимална права запослених, али оне нису хармонизоване. Следи неколико примјера примјера

[6] Закон о парничном поступку Републике Српске – ЗППРС, *Сл. гласник РС*, бр. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008, 45/2009, 49/2009, 61/2013 и 109/2021 и Закон о парничном поступку Федерације БиХ – ЗППФБиХ, *Сл. новине ФБиХ,* бр. 53/2003, 73/2005, 19/2006 и 98/2015.

у којима је сукоб радноправног законодавства сасвим могућ због диспаратних законских решења.

Прво, персонални домашај антидискриминационе заштите запослених и оних који траже запослење је формулисан на нешто другачији начин. На примјер, у чл. 19. ЗОРРС није изричито заштићено сексуално опредељење као заштићено обиљежје личности, а квалификација неког другог таквог обиљежја условљена је непосредном везом са природом радног односа. Са друге стране, сексуална оријентација је као дискриминациони основ изричито заштићена у чл. 8. ЗОР ФБиХ, чл. 7. ст. 1 ЗОРБД и чл. 6. ЗОРИБиХ; У овим одредбама нема ни условљавања у погледу заштите неког новог обиљежја које није енумерисано, осим у ЗОРИБиХ у коме се поставља услов у виду „разлога супротног основним људским правима утврђеним Уставом БиХ и законом.“

Друго, чл. 46. ЗОРРС и чл. 36. ЗОРБД регулисан је радни однос са кућним помоћним особљем, док у ЗОРФБиХ није.

Треће, чл. 20.-30. ЗОРФБиХ предвиђа трајање пробног рада до 6 мјесеци и трајање рада са уговором на одређено време до три године, док чл. 26.-51. ЗОРРС 3 мјесеца са могућношћу продужења још 3 мјесеца, а рад на одређено вријеме не дуже од 2 године. Даље, постоји разлика и у регулисању годишњих одсустава запослених: у ФБиХ послодавац је дужан да омогући плаћено одуство запосленог због задовољавања одређених породичних потреба до 7 дана и до 4 дана за вјерске, односно традицијске потребе, а у РС до 5 до дана за породичне потребе и до 3 дана за вјерске потребе.[7] У погледу пробног рада до 6 мјесеци ЗОРИБИХ и ЗОРБД имају иста решења као ЗОРФБиХ (чл. 18. ЗОРИБиХ чл. 27. ЗОРБД), док у погледу рада на одређено вријеме до 2 године прате ЗОРРС (чл. 16. ст. 3 ЗОРИБИХ чл. 30. ст. 2 ЗОРБД).

Четврто, уочавају се и разлике у регулисању прековременог рада: Према чл. 21. ЗОРИБиХ прековремени рад не може трајати дуже до 20 сати седмично без годишњег и дневног ограничења, а према чл. 61. ЗОРРС од 230 часова годишње, 10 сати седмично и 4 сата дневно. Поново другачије, према чл. 38. ст. 1 ЗОРФБиХ може да траје до 8 сати седмично без годишњег и дневног ограничења, а према чл. 50. ЗОРБД највише 300 сати годишње, 10 сати седмично и без дневног ограничења.

Пето, право на породиљско одсуство одређено је без изузетка у трајању од 12 мјесеци непрекидно у чл. 36. ст. 1 ЗОРИБиХ и чл. 62.

[7] *Радно законодавство у БиХ, Приручник за синдикалне повјеренике*, Синдикат радника трговине и услужних дјелатности БиХ, јули 2019, 8–28.

ст. 1 ЗОРФБиХ, док су чл. 107. ст. 1 ЗОРРС и чл. 79. ст. 1 ЗОРБД одређени изузеци за близанце и треће дијете у трајању од 18 месеци. Осим тога, одређени су и различити рокови за почетак коришћења родитељског одсуства: 42 дана после порођаја према чл. 62. ст. 4 ЗОРФБиХ и чл. 79. ст. 3 ЗОРБД, насупрот 60 дана према чл. 37 ЗОРИБиХ и чл. 107. ст. 3 ЗОРРС.

Трећи аргумент у прилог потцјењивању овог проблема јесте његово занемаривање у пракси. Заиста, ни после детаљне претраге литературе и правосудне праксе не може се пронаћи ниједан радноправни спор у коме је експлицитно постављено питање мјеродавног радног права или надлежности. Међутим, то не значи да истакнути проблем не постоји, него да се једноставно прећуткује или игнорише, и то вјероватно из слиједећих разлога. Прије свега, због фактичке надмоћи послодавца у тешким социјално-економским околностима које одликују босанскохерцеговачку стварност, радни односи се великим дијелом налазе у сивој зони у којој ни запослени ни послодавци нису охрабрени да траже судску заштиту. Друго и подједнако као и у МПП, тенденција да судови избјегавају проблем сукоба закона прећутним игнорисањем и применом *lex fori* је сасвим разумљива јер се примјеном локалног права елиминише мукотрпно испитивање мјеродавности. Међутим, мањкавости овог приступа су неостваривање легитимних очекивања грађана, нарушавање правне сигурности и забијање главе у пијесак пред проблемом.[8] На крају, сасвим је могуће да правосуђе савјесно узима у обзир овај проблем али да га не истиче у аргументацији због недостатка примјењивих позитивноправних колизионих норми. У литератури колизионог права се иначе допушта да се без примене колизионих норми прибјегне материјалноправном прилагођавању одредбе права које иначе није мјеродавно, ако нема другог начина да се обезбиједи једнака примјена права и недсикриминација.[9] Та могућност флексибилнијег судијског одлучивања, у коме има све више елемената тзв. правног импресионизма а мање позивања на колизионе норме, је резултат еволуције колизионог права у коме се све више одбацује априористички приступ утемељен на предвиђањима законодавца и омогућује суду да одреди исход спора примјеном еластичног критеријума најтјешње повезаности.[10]

[8] Е. Муминовић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву 2008, 43–46.

[9] G. Danneman, „Accidental Discrimination in the Conflict of Laws: Applying, Considering, and Adjusting Rules from Different Jurisdictions“, *Yearbook of Private International Law*, Volume 10, (2008), 113–134; С. Ђорђевић, „Колизионоправно прилагођавање претходног питања као узрок противречности правних норми и примена прилагођавања“, *Нова правна ревија* 1/2011, 18–27.

[10] Е. Муминовић, 74–75 .

Дакле, проблем постоји иако није јасно истакнут. Аутономија воље као тачка везивања у избору мјеродавног права нуди одређена рјешења, али не сва јер је подручје јавноправне интервенције у материји радних односа широко. Конкретније, начело једнакости пред законом и забране дискриминације због пребивалишта или држављанства је убједљив основ за поништавање свих оних уговорних погодби између послодавца и запосленог које крше ове уставне норме из чл. II/4 Устава БиХ, односно чл. 14 и Протокола бр. 12. уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама.[11] На то сложно указују одредбе чл. 86.ц ст. 2 ЗОРИБиХ, чл. 22. ст. 2 ЗОРРС, чл. 10. ст. 2. ЗОРФБиХ и чл. 9. ЗОРБД. Зато ће правосуђе које хоће да доноси одлуке које пролазе тестове надзора усаглашености са основним људским правима пред Уставним судом БиХ (УС) и Европским судом за људска права (ЕСЉП) убудуће сигурно посветити дужну пажњу проблему интерлокалног сукоба радног законодавства и дефинисати путеве његовог рјешавања.

3. АРГУМЕНТИ ЗА ПРИМЈЕНУ КОЛИЗИОНИХ ПРАВИЛА У МАТЕРИЈИ РАДНИХ ОДНОСА

У овом дијелу рада се износе и разматрају теоријски, упоредноправни и практични аргументи у прилог примјене колизионих правила у материји радних односа.

Прије свега о колизионом праву уопште. Ова правна грана и дисциплина је развијена у грађанскоправној и уставноправној теорији и садржи правила која рјешавају сукобе закона тако што упућују на правни поредак који је мјеродаван, и то попут саобраћајца који на раскрсници усмјерава возаче или љекара опште праксе који идентификује специјалисту коме треба послати болесника.[12] Та колизиона правила се разликују према критеријумима хијерархије, времена и територије примјене и тако групишу у дерогационо, интертемпорално и интерлокално право. Дерогационо право садржи правила за избор мјеродавних норми према њиховом хијерархијском рангу полазећи од добро познатих правила тумачења *Lex superior derogat legi inferiori* и *Lex specialis derogat legi generali,* а интертемпорално право се садржи правила која полазе од такође добро познатих правила тумачења *Lex retro non agit* и *Lex posterior derogat legi priori.* Интертериторијално право решава територијалне сукобе закона, а разликује се интерло-

[11] Европска конвенција о људским правима и основним слободама – ЕКЉП, Рим, 4.11.1950.

[12] Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, *Међународно приватно право, пето издање*, Форум, Нови Сад 2001, 39.

кално право, које садржи правила за рјешавање сукоба закона унутар једне државе, и МПП које рјешава сукобе домаћих и страних закона и надлежности.[13] Укратко, ради се о еклектичкој дисциплини која спаја традиционална правила тумачења са позитивноправним правилима рјешавања сукоба закона у приватноправним односима. Међутим, треба увијек имати у виду да сукоби закона нису само специјалитет приватног права, јер је у теорији МПП јасно препознато да се у свим правним системима страно јавно, кривично и процесно право примјењује као ствар свакодневне рутине.[14]

Колизионим правом се свакако највише бави литература МПП, чији обим у БиХ сигурно није сразмјеран компликованости њеног правног поретка. Ипак, из те литературе се може извести неколико индикативних становишта која могу да буду корисна за тумачења позитивног права која слиједе у трећем дијелу. Прије свега, правни поредак БиХ се карактерише као сложен, какав на европском континенту постоји само још у Уједињеном Краљевству и Шпанији. Због важења различитих грађанскоправних прописа на различитим територијама унутар БиХ унутрашњи сукоби закона бројни и имају се рјешавати. Као најважнији извор за одређивање мјеродавног права узима се Закон о рјешавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и насљедним односима.[15] Овај је закон, који је као савезни закон био намијењен за рјешавање унутрашњег сукоба закона између република унутар бивше заједничке државе, почетком ратних сукоба преузет је од обе ентитетске власти, по некима омашком законодавца, али се сматра да садржи релевантна и корисна рјешења.[16] По некима, СРСЗ није примјењив за сукобе закона о раду у три поретка унутар БиХ, а примјењивих колизионих норми углавном нема. Међутим, у правосудној пракси се проналази примјер попуњавања те правне празнине, у коме је суд без навођења примијењене колизионе норме примијенио радно законодавство другог ентитета као мјеродавно, а као тачку везивања узео мјесто где је запослени обављао рад.[17] Да

[13] В. Водинелић, *Грађанско право, уводне теме*, Номос, Београд 1991, 88–101.

[14] G. Danneman, 115.

[15] Закон о рјешавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и насљедним односима – ЗРСЗН, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89, *Сл. лист РБиХ*, бр. 2/29, 13/93, 13/94 и *Сл. гласник ФБиХ,* бр. 29/03; *Сл. гласник РС*, бр. 17/93, 57/98, 39/03, 74/04.

[16] З. Мешкић, *Сложени или јединствени јавни поредак у БиХ? Анализа актуелних правних питања из угла МПП*, Академија наука и умјетности БиХ, Ријад 7.12.2021, 1–2.

[17] З. Мешкић, „Рјешења унутрашњег (интерлокалног) сукоба закона у грађанскоправним стварима у БиХ с обзиром на непостојање држављанства Брчко Дистрикта, *XII савјетовање из области грађанског права“, Актуелна питања из области гра-*

такве правне празнине у интерлокалном праву БиХ нису реткост, говори чињеница да су препознате и у области сукоба закона у материји имовинскоправних односа,[18] а посебно у материји наслеђивања која је иначе у самом наслову ЗРСЗН назначена као предмет регулисања овог закона.[19]

Када се овакво стање позитивног права БиХ упореди са другим порецима који имају узорну традицију колизионог права, уочава се заостајање домаћег позитивног права. Тако нпр. у Сједињеним Америчким Државама (САД) и Европској унији (ЕУ) материја радних односа је у теорији и правосудној пракси препозната као редован предмет регулисања колизионог права. Следи неколико илустрација које то потврђују.

Примјер интерлокалног сукоба радног законодавства из САД показује тамошњу ширину судијске слободе у избору мјеродавног права. У радноправној парници *Padula v. Lilarn Properties Corp* (84 NY 2d 519, 620), радник са пребивалиштем у држави Њујорк, који је пао са скеле на градилишту у Масачусетсу, је затражио накнаду штете од власника грађевине пред судом у Масачусетсу. Позвао се на кршење норми заштите на раду према радном законодавству државе Њујорк које предвиђа строгу одговорност власника грађевине за то кршење. У *lex fori* Масачусетса таква норма о пасивној легитимацији власника грађевине није постојала, па је тамошњи суд имао колизионоправну дилему да ли да примијени право државе Њујорк као мјеродавно, што би водило обавези власника грађевине да накнади штету настрадалом раднику, или да примијени домаће законодавство у коме таква норма не постоји. Суд се одлучио за *lex fori* као мјеродавно и пресудио у корист власника грађевине, опредјељујући се за повезницу *lex loci delicti commissi* умјесто персоналног статута настрадалог радника. Аргумент за одбијање тужбеног захтјева је нашао у становишту да радно законодавство Њујорка прописује једино пожељно понашање, док предност треба да има закон Масачусетса који уређује ко је одговоран и износ штете. Суд Масачустетса је, дакле, имао слободу да да предност територијалном статуту упркос наводима о кршењу

ћанског права у БиХ, теорија и пракса, Зборник радова, Бистрица 18-21-10.2017, 71–72.

[18] Ј. Алихоџић, В. Алтумбашић, „Интерлокални сукоб закона с обзиром на Закон о финансијском пословању привредних субјеката у БиХ: Осврт на обавезе из еуроинтеграцијског процеса“, *Ревија за право и економију*, год. 18. бр. 1, Мостар, 97.

[19] А. Дураковић, Ј. Алихоџић, „Интерлокални и међународни насљедноправни односи у БиХ: Изазови сложеног правног система“, *Зборник радова актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе* 19/2022, Мостар, 283.

прописа о заштити на раду друге државе, што је критиковано као анахроно тумачење у овој социјално осјетљивој материји.[20]

Што се тиче ЕУ, њени колизионоправни прописи радног законодавства су бројни. Најважнији су преиначена Уредба Брисел I о надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима[21], којом се омогућује запосленима више слободе у избору надлежности у радним споровима са иностраним елементом, и Уредба Рим I о мјеродавном праву за уговорне обавезе, у коме се као тачка везивања редовно узима мјесто у коме запослени обично обавља посао.[22] Међутим, пресуде на штету запослених попут горе наведеног примјера из САД су тешко и замисливе, вјероватно због другачијег уставног и социјалног контекста у виду хроничног недостатка радне снаге. Наиме, колизионо право се овдје манифестује као МПП и служи другачијој сврси, која је одређена гаранцијама слободе кретања радника и запошљавања без икакве дискриминације унутар Уније, што је одређено чланом 45. преиначеног Уговора о функционисању ЕУ.[23] Разлози за прецизно уређење заштите запослених механизмима МПП су, према европској литератури, одређени социјално погубни аспекти аутономије воље као начела грађанског права и тачке везивања за решавање колизија радноправног законодавства између држава ЕУ. Према њима, неограничена слобода уговарања и фокусирање послодавца на економску добит води ка погоршавању ионако неповољног фактичког положаја запосленог у односу на надмоћног послодавца, угрожава правну сигурност а понекад и легитимне интересе држава и саме Уније.[24] Дакле, иако се радно право изузима од приватног права због снажне јавноправне интервенције, то није била сметња се сукоби радног законодавства уреде интертериторијалним колизионим правом ЕУ, јер и позитивно МПП ЕУ подједако као и радно законодавство има сврхе које превазилазе задовољавање приватних интереса. Због тога је од велике важности да се превазиђе традиционална дихотомија између јавних и приватних права.[25] Да овај поду-

[20] V. C, Govindraj, *The Conflict of Laws in India, Inter-Territorial and Inter-Personal Conflict*, Oxford University Press, New Delhi 2019, 287–288.

[21] Уредба Брисел I о надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима 1215/2012/ЕУ.

[22] *Практични водич, надлежност и мјеродавно право у међународним споровима запосленика и послодаваца*, Уред за публикације ЕУ, Луксембург 2016, 7.

[23] Уговор о функционисању ЕУ, *Official Journal of the EU* C 326/49, 26.10.2012.

[24] U. Grušić, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press 2015,19–34.

[25] J. Alihodžić, „Some Private International Law Aspects of European Economic Migration“, *Balkan Yearbook of European and International Law 2019* (eds. Z. Meškić, I. Kunda, D., Popović, E. Omerović),181.

хват европског законодавца није без теоријског утемељења говори и општепозната чињеница да су корени регулисања радних односа у уговорном и имовинском праву, који су иначе били једини извор права по овом питању све до друге половине XIX вијека.[26]

У прилог томе, и у босанскохерцеговачкој уставноправној догматици се могу пронаћи аргументи за макар дјелимичну приватноправну квалификацију радног права. Наиме, УС БиХ је у својој пракси надзора људских права, конкретније права на правично суђење, у неким предметима квалификовао радне односе као „грађанску ствар“, односно „грађанско право и обавезу“ из члана II.3.e. Устава БиХ, односно непосредно примјењивог члана 6. ЕКЉП. У пракси овог суда је постављен принцип да су радни односи између приватних лица предмет регулисања грађанског права, док се заснивање, унапређење и престанак радног односа на јавним позицијама не сматра грађанским правом. Међутим, у литератури се налазе бројни примјери казуистичких недосљедности, који јасно указују на недостатак јасног критеријима разликовања између приватноправних радних односа и јавне службе. На примјер, УСБиХ је у неколико предмета оцијенио да је окончање радног односа једног службеника грађанскоправне природе чак и када се ради о једном ватрогасцу, полицајцу, полицијском команднру, војнику или пак јавном тужиоцу. Са друге стране, оцијенио је управо супротно у споровима поводом именовања и разрјешења судија, о мандату једног вијећника и о унапређењу службеника једног министарства.[27]

Све у свему, у литератури грађанског права, упоредном праву и уставноправној догматици пронађени су аргументи који иду у прилог сврставања сукоба четири домаћа закона о раду у колизионо право. Што је мањи степен заступљености јавног интереса у овим односима, то је примјена правила колизионог права теоријски и практично оправданија. Тиме се отвара могућност примјене правила позитивног интерлокалног права из ЗРСЗН и закона о раду БиХ. Оправданост те могућности ће бити испитана у наредном делу.

4. ПОЗИТИВНО КОЛИЗИОНО ПРАВО У РАДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Слиједи покушај да се теоријска, упоредноправна и догматска сазнања из другог дела употријебе за идентификацију и тумачење интерлокалних колизионих норми у радном законодавству у БиХ.

[26] U. Grušić, 22.
[27] C. Steiner, 236–239.

Најпре о ЗОРИБИХ, пошто се ради о закону чија природа колизије са другим законима о раду у БиХ другачија. Наиме, ради се о закону о раду који је, за разлику од осталих, правносистемски ситуиран на крову правног поретка и није територијално ограничен на једну територију унутар БиХ. У чл. 1. овог закона је јасно одређено неограничено важење на територији БиХ, али и ограничен материјални и персонални домашај на радне односе запослених у институцијама БиХ, јавним предузећима удружењима, фондацијама, правним субјектима који оснивају институције БиХ, међуентитетском корпорацијама и другим институцијама за обављање додатних надлежности БиХ. Иако је хијерархијски ситуиран више од осталих закона он није *lex superior* радног законодавства у БиХ, јер се у уставној расподјели надлежности материја радног права налази на у надлежности ентитета. Овај је закон можда био нужан да регулише радне односе на највишем нивоу државног организовања, али његов уставни основ је сасвим упитан због недостатка релевантне и експлицитне одредбе у члану III Устава БиХ (рубрум Надлежности и односи између институција БиХ и ентитета). Осим тога, овај закон није није ни *lex generalis* радног права у БиХ, осим у односу на радне односе државних службеника у институцијама БиХ (став 3.)[28]. ЗОРИБиХ се у односу на ентитетско радно законодавство не поставља као *lex superior,* јер ничим не обавезује ниже нивое власти, нити барем оквирно уређује раде односе на тим нижим нивоима. Он се поставља и као *lex specialis* јер третира посебне радне односе у којима су послодавци увијек јавне власти и службе на на највишем нивоу државног организовања. Добра страна овог закона је прилично јасан домашај примјене, а основни недостатак је неусклађеност са ентитетским радним законодавствима, чији уставни основ није нимало сумњив. Поред разматране норме из чл. 1., у ЗОРИБиХ се може пронаћи још неколико колизионих норми које се разликују од ентитетског радног законодавства. За разлику од ентитетских грађанскопроцесних одредби о изберивој надлежности, у чл. 83. ст. 4. су избјегнуте све дилеме у погледу мјеродавне правосудне надлежности, тако што је за радноправне парнице одређена искључива надлежност Суда БиХ. Ово позитивноправно рјешење се може хвалити због јасноће, али се исто тако може и кудити због ригидности која искључује аутономију воље запослених у избору надлежног суда. Даље, правна празнина у погледу непостојања државних прописа о здравственој заштити, пензијском, инвалидском и другом социјалном осигурању је попуњена у чл. 104. тако што као мјеродавно право узимају прописи ентитета и БД, а као тачка везивања узима *lex domicilii*

[28] „Овај закон се примјењује на државне службенике, осим ако није у супротности са Законом о државној служби у институцијама БиХ.“

запосленог. У ст. 2 овог члана се дилема из првог дијела о мјеродавном праву за породиљско и родитељско одсуство рјешава тако што се задужује Савет министара БиХ да подзаконским актом примјењује „рјешења оног нивоа власти у Босни и Херцеговини која су најповољнија за кориснице овог права” и то на терет буџета институција БиХ. Ово се рјешење може похвалити због спречавања појава неповољног тертмана запослених, односно дискриминације по основу пребивалишта, али се може и критиковати зато што Савет министара БиХ још није донио такав пропис. Било како било, и овакво упутство законодавца треба похвалити јер би требало да буде сасвим довољно да правосуђе пронађе најтјешњу везу са оним подсистемом правног поретка БиХ који пружа највише права запосленим.

У наставку о решавању сукоба радног законодавства ентитета и БД, који су несумњиво интерлокалног карактера јер се ради о законима исте правне снаге и који важе на различитим територијама унутар једног правног поретка. Као што је показано у другом делу, у литератури се углавном сматра да одредбе ЗРСЗН нису примјењиве у материји радног права и да се зато ради о правној празнини. Међутим, чл. 10. ЗРСЗН има извјестан потенцијал упућивања на мјеродавно право и у радним прекоентитеским споровима, иако се углавном уско тумачи аналогијом у односу на правну и пословну способност физичких лица.[29] Тиме се искључује све што не потпада под позитивноправно недефинисан и теоријски вишезначан појам „статусних односа.“ Шире тумачење ове одредбе би могло да донекле попуни ову празнину, јер оно регулише мјеродавно право за својство, дјелатност, дјелокруг и овлашћења правног лица, а као алтернативну комплексну повезницу узима „право републике на чијој се територији налази орган у чији је регистар уписано то правно лице, односно право по коме је основано ако уписивање у регистар није обавезно.“ Тако би у оним радним парницама чији се предмет може да се сведе на спор о дјелокругу и овлашћењима послодавца у односу на запосленог, као мјеродавно право могло да узме овакво *lex loci.* И одредба о мјеродавном праву о надлежности из члана 37. ЗРСЗН може да се употреби у материји радног права, и то понајприје у управним и инспекцијским поступцима јер прописано решење о мјеродавности органа пред којим је захтев поднесен, односно покренут одговара институту двоструке литиспенденције у парничном поступку. Зато би позивање на ову одредбу у парничном поступку било сувишно. Дакле, не би се могао подржати резолутан закључак да одредбе ЗРСЗН нису примјењиве за решавање интерлокалног сукоба закона радних законодавстава у БиХ.

[29]Вид. нпр. А. Пољић, „Рјешавање интерлокалног сукоба закона у статусним и насљедним односима у БиХ“, *Друштвени огледи*, година 3, 104–105.

Сасвим је могуће, а рекло би се и примјерено, да се попуни ова правна празнина у материји радног права ширим или пак аналогним тумачењем одредби јединог закона у БиХ који уређује унутрашњи сукоб закона.

На крају ове анализе позитивног права слиједи и кратак увид у колизионе норме из закона о раду ентитета и БД. Општи је утисак да ни ентитетски законодавци нису поклонили дужну пажњу овом свеприсутном проблему, јер се као једино решење узима *lex fori,* и то у ЗОРФБИХ и ЗОРБД имплицитно а у ЗОРРС сасвим експлицитно. Наиме, у чл. 2 ЗОРРС се одређује у ст. 2 да се ради о општем закону, а у ст. 1. његова примена „на све раднике који раде на територији Републике код домаћег или страног правног, односно физичког лица, без обзира на мјесто његове регистрације, односно држављанства, као и на раднике који су упућени на рад у иностранство од послодавца, осим ако законом земље у коју су упућени или међународним споразумом није другачије одређено.” Даље, у ст. 3. шири се подручје примене и на “запослене стране држављане и лица без држављанства који раде на територији Републике, ако посебним законом није другачије одређено.” Дакле, *lex fori* је тачка везивања за унутрашње сукобе закона, а тако је и са сукобима закона са елементом иностраности, у којим је ипак признат изузетак примене страног права ако то предвиђају правила страног или међународног права. У погледу интерлокалног сукоба закона, чини се да је овом одредбом једноставно игнорисана компликованост босанскохерцеговачког радног законодавства, јер је она у директној супротности са горе разматраном одредбом са чл. 1 ЗОРИБиХ. Поред тога, овом одредбом ЗОРРС се елиминишу од примене легитимна права запослених и послодаваца призната радним законодавством другог ентитета и БД. Што се тиче радног законодавства БД, у литератури је уочен један специфичан проблем који је специјалитет ове локалне самоуправе - кондоминијума два ентитета. Ради се непоузданости *lex nationalis* као тачке везивања у рјешавању унутрашњег сукоба закона због позитивноправног решења по коме држављани БиХ са пребивалиштем у БД могу да слободно бирају једно од ентитетских држављанстава. Како се наводи, „колизионе норме које користе ову тачку везивања никад неће … указати на примјену права БД БиХ, иако су та питања уређена законодавством Дистрикта, а три правна поретка унутар БиХ равноправна.[30] Извјесно је да исти проблем постоји и у сукобима закона о раду БД и ентитета.

[30] М. Повлакић, *Примјена МПП у пракси нотара у БиХ*, Доступно на: *https://notaribih.ba/sites/default/files/vijesti-prilog/2021-4/Primjena%20me%C4%-91%20privatnog%20prava%20u%20praksi%20notara%20u%20 BiH.pdf*, 12. октобар 2023.

Све у свему, овде се могу потврдити становишта да радно законодавство у БиХ није хармонизовано, да су унутрашњи сукоби закона чести а начини њиховог решавања углавном недефинисани, зато што позитивно право садржи свега неколико примењивих колизионих норми. Са друге стране, не може се тврдити да таквих норми уопште нема. Поједине норме ЗРСЗ су доказале своју примјењивост и уставну сврсисходност у статусним, породичним и наследним односима, па се њиховим ширим тумачењем и аналогијом може попуњавати ова правна празнина. И поједине одредбе радног и процесног законодавства имају такав потенцијал. Остаје на правној теорији и догматици да даље развијају аргументацију и тумачење ових ријетких и недовољно одређених одредби, а у сврху развоја догматике интерлокалног колизионог права која се показује као користан алат за превазилажење апорија сложене уставности БиХ.

5. ЗАКЉУЧАК

Унутрашњи сукоби радног законодавства у БиХ свакодневни, али ипак нису привукли значајнију пажњу ни законодаваца у БиХ, ни правосуђа, ни литературе грађанског и радног права. Природа тих сукоба је хијерархијска када је у питању сукоб ЗОРИБИХ са законима ентитета и БД, и тада се решавају правилима дерогационог права. У свим осталим случајевима сукоби закона или надлежности су територијалне природе па се имају рјешавати правилима интерлокалног права.

Узрок тих сукоба је фрагментирано и нехармонизовано радно законодавство. Због атипичне вертикалне поделе власти, општи извори радног законодавства у БиХ су четири закона која су по материји коју регулишу опште, а по територијалном важењу партикуларне природе. Овакво стање *de lege lata* се тешко може бранити разложним аргументима. Иако је босанскохерцеговачко друштво дубоко подијељено, очигледно је да ти разлози нису социјално-економске природе па зато нема разлога да те подјеле настају и односима послодаваца и запослених. Не може бити спорно да су такве подјеле управо штетне по економски развој и једнако остваривање субјективних права послодаваца и запослених на цијелој територији БиХ. Осим тога, минимални радни стандарди Међународне организације рада на којима се ове диспаратне норме темеље су неподијељено прихваћени у законодавству и јавном мњењу, па чак и онда када се крше.

У уставно несрећеним босанскохерцеговачким приликама, наивно је очекивати било какву унификацију, кодификацију или барем бољу координацију свих нивоа власти у радном законодавству. Зато коли-

зионо право као правна грана и дисциплина у овим околностима добија нову мисију за коју очигледно није спремно. Показало се да га је најбоље оквалификовати као једну занемарену правну празнину, која постаје све актуелнија. Она јасно индукује мјеру озбиљности законодаваца, професионалности правосуђа и посвећености домаће правне литературе стварним проблемима функционисања једног оваквог сложеног поретка.

Попуњавање ове правне празнине је првенствено задатак ентитетских власти, које имају суверену надлежност у овој материји али вјероватно нису спремне да се суоче са размјерама овог нарастајућег проблема. Али ова правна празнина не треба да буде сметња правосуђу, јер им оставља сасвим легитимну слободу да исходују уставно прихватљиве исходе у прекоентитетским радним споровима. У избору мјеродавног права и надлежности увек треба предвиђати и бирати такве исходе тумачења[31], јер у поступку надзора пред УС и ЕСЉП прије опстају оне пресуде које задовољавају стандарде владавине права и људских права, него оне које ригидним тумачењима *lex fori* урокују штетне последице у виду неједнаке примене закона и дискриминације. Правосуђе има сасвим легитимне теоријске могућности да избегне овако штетне последице, било материјалноправним прилагођавањем *lex fori,* било ширим и аналогним тумачењем ЗРСЗН и ријетких колизионих норми радног законодавста. То најчешће подразумева избор мјеродавног права који обезбеђује најшира права запосленим, побољшавање њиховог статуса у односу на надмоћног послодавца и недискриминацију по основу ентитетског држављанства и пребивалишта.

Ништа мања одговорност не лежи на ауторима грађанског и уставног права. Потребно је изаћи изван комфорне зоне дисциплина којим се баве и започети незахвалан и неизвјестан пут развоја догматике колизионог права као интердисциплинарне правне гране и уређеног скупа норми које дају јасне одговоре на овај нарастајући проблем. У прилог томе је и сврха овог рада.

[31] Živorad Rašević, Marko Ćitić, „The Legal Interpretation as a Decision-Making Algorithm“, in (M. Stanković & V. Nikolić (eds.), *Proceedings of the 4th Virtual International Conference „Path to a Knowledge Society-Managing Risks and Innovation*“, Complex System Research Center Niš & Mathematical Institute of the Serbian Academy of Sciences and Arts, Belgrade, December 08.09.2022, 301–304.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Alihodžić, Jasmina, „Some Private International Law Aspects of European Economic Migracioni“, in: Meškić, Z., Kunda, I., Popović, D., Omerović, E. (eds), *Balkan Yearbook of European and International Law* 2019;
2. Danneman, Gerhard, „Accidental Discrimination in the Conflict of Laws: Applying, Considering, and Adjusting Rules from Different Jurisdictions“, *Yearbook of Private International Law*, Volume 10, (2008) ;
3. Govindraj, V. C., *The Conflict of Laws in India, Inter-Territorial and Inter-Personal Conflict*, Oxford University Press, New Delhi 2019;
4. Grušić, Uglješa, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, Cambridge 2015;
5. Rašević, Živorad, Ćitić, Marko, „The Legal Interpretation as a Decision-Making Algorithm“, in (M. Stanković & V. Nikolić (eds.), *Proceedings of the 4th Virtual International Conference „Path to a Knowledge Society-Managing Risks and Innovation“*, Complex System Research Center Niš & Mathematical Institute of the Serbian Academy of Sciences and Arts, Belgrade, December 08.09.2022;
6. Steiner Christian et al., *Устав БиХ, Коментар*, Фондација Конрад Аденауер, Сарајево, 2010.
7. Алихоџић, Јасмина, Алтумбашић, Вилдана, „Интерлокални сукоб закона с обзиром на Закон о финансијском пословању привредних субјеката у БиХ: Осврт на обавезе из еуроинтеграцијског процеса“, *Ревија за право и економију*, год. 18. бр. 1, Мостар;
8. Варади, Тибор, Бордаш, Бернадет, Кнежевић, Гашо, *Међународно приватно право*, пето издање, Форум, Нови Сад 2001;
9. Водинелић, Владимир В., *Грађанско право, уводне теме*, Номос, Београд 1991;
10. Дураковић, Анита, Алихоџић, Јасмина, „Интерлокални и међународни насљедноправни односи у БиХ: Изазови сложеног правног система“, *Зборник радова актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе* 19/2022;
11. Ђорђевић, Славко, „Колизионоправно прилагођавање претходног питања као узрок противречности правних норми и примена прилагођавања“, *Нова правна ревија* 1/2011;
12. Мешкић, Златан, „Рјешења унутрашњег (интерлокалног) сукоба закона у грађанскоправним стварима у БиХ с обзиром на непостојање држављанства Брчко Дистрикта“, *XII савјетовање из области грађанског права, Актуелна питања из области грађанског права у БиХ, теорија и пракса, Зборник радова*, Бистрица, 18. 21.10.2017;

13. Мешкић, Златан, *Сложени или јединствени јавни поредак у БиХ? Анализа актуелних правних питања из угла МПП*, Академија наука и умјетности БиХ, Ријад, 7.12.2021;
14. Муминовић, Един, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву 2008;
15. Повлакић, Мелиха, *Примјена МПП у пракси нотара у БиХ*, *https://notaribih.ba/sites/default/files/vijesti-prilog/202104/Primjena%20me% C4%91%20privatnog%20prava%20u%20praksi %20notara%20u%20BiH.pdf* ;
16. Пољић, Адис, „Рјешавање интерлокалног сукоба закона у статусним и насљедним односима у БиХ“, *Друштвени огледи*, година 3;
17. *Практични водич, надлежност и мјеродавно право у међународним споровима запосленика и послодаваца*, Уред за публикације ЕУ, Луксембург, 2016;
18. *Радно законодавство у БиХ, Приручник за синдикалне повјеренике*, Синдикат радника трговине и услужних дјелатности БиХ, јули 2019;

Правни извори

1. Закон о рјешавању сукоба закона у статусним, породичним и насљедним односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89, *Сл. лист РБиХ*, бр. 2/29, 13/93, 13/94 и *Сл. гласник ФБиХ*, бр. 29/03; *Сл. гласник РС*, бр. 17/93, 57/98, 39/03, 74/04;
2. Закон о раду у институцијама БиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 26/04, 7/05, 48/05, 50/08 60/10, 32/13, 93/17 и 59/22;
3. Закон о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 1/16, 66/18, 91/21 и 199/21;
4. Закон о раду, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 26/16 и 89/18;
5. Закон о раду, *Сл. гласник БД БиХ*, бр. 34/19, 2/21, 6/21 и 15/22;
6. Устав БиХ, Дејтон, 21.12.1995;
7. Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008, 45/2009, 49/2009, 61/2013 и 109/2021;
8. Закон о парничном поступку, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 53/2003, 73/2005, 19/2006 и 98/2015;
9. Европска конвенција о основним правима и људским слободама, Рим, 4.11.1950 ЕКЉП;
10. Уговор о функционисању Европске Уније, Лисабон, Official Journal of the EU C 326/49, 26.10.2012;
11. Уредба Брисел I о надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима, 1215/2012/ЕУ;
12. Уредба Европског парламента и савјета о мјеродавном праву за уговорне обавезе, Рим I, 593/2008.

Associate Professor Živorad Rašević, LL.D.

Armed Forces of Bosnia and Herzegovina

INTERNAL CONFLICTS OF LABOUR LAWS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

One of the specialties of the Bosnia and Herzegovina legal system is the validity of four labour laws with different personal, material, and territorial scopes and disparate provisions that lead to internal conflicts of laws. This paper evaluates the severity of this issue and suggests a resolution through the application of conflict-of-laws methods. This involves determining the applicable law and jurisdiction in inter-entity labour disputes, utilizing positive conflict-of-law provisions, and fostering a more innovative jurisprudence. The results of the research reveal that conflicts of labour laws are not only possible but also frequent, and that there is a large and neglected legal lacuna in conflict-of-laws in this matter. Furthermore, compelling arguments have been found to fill this lacuna with broader and analogous interpretations of the only positive source for resolution of interlocal conflicts of law, which only in Bosnia survived the transition from the ex-federal state, i.e., the Law on the Resolution of Conflicts of Law in Status, Family and Inheritance Relations. The analysis of positive legal provisions proved that endeavour is feasible. Finally, we have presented the legislative, judicial, and theoretical reasons behind the development of conflict law in Bosnia and Herzegovina. This interdisciplinary legal branch is necessary for systematic regulation of the choice of applicable law in the circumstances of the atypical and complicated vertical division of power in the legal system of Bosnia and Herzegovina.

Key words: *Conflict of laws; Labour relations; Applicable law*.

УДК/UDC 349.2
342.7
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Истраживач сарадник др Јована Рајић Ћалић

Институт за упоредно право, Београд

БРАЧНИ И ПОРОДИЧНИ СТАТУС КАО ЗАБРАЊЕНИ ОСНОВ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ – ОПШТИ ОСВРТ**

Иако Закон о раду забрањује непосредну и посредну дискриминацију по основу пола, истраживања и статистике показују различит положај женских у односну на мушке кандидате за запослење у процесу запошљавања. Различито третирање условљено је репродуктивном улогом жене, што последично доводи до дискриминације по основу брачног стања, још увек законски недефинисаног основа дискриминације. Патријархални обрасци функционисања друштва посматрају жену као носиоца породичних дужности, што повлачи дискриминацију по основу породичних дужности, основа дискриминације који тражи своје место на листи забрањених основа дискриминације. Другачије третирање жена по основу брачног и породичног статуса посебно је видљиво у процесу запошљавања, у виду постављања недозвољених питања о планирању породице и броја деце. Због тога је и највећи број пријављених случајева дискриминације у извештају Повереника за заштиту равноправности у Србији управо у процесу запошљавања, које пријављују жене. И поред напредних одредби Закона о родној равноправности, дискриминацију жена по овим основима није могуће искоренити, те се поставља питање на који начин заштити жене у радном односу, а посебно у процесу запошљавања и обезбедити им једнак третман.

Аутор полази од хипотезе да позитивноправни оквир није адекватан да пружи заштиту од дискриминације женама у процесу запошљавања и на раду, те да промене треба да се крећу у правцу прописивања додатних механизама заштите какви постоје у упоредном праву, попут могућности ћутања на недозвољена питања и присуства представника

Јована Рајић Ћалић, *j.rajic@iup.rs.*

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

синдиката разговорима за посао, чиме би се могућност постављања оваквих питања и прављења разлика међу кандидатима смањила.

Кључне речи: Дискриминација; Пол; Недозвољена питања; Радно право; Родна равноправност.

1. УВОД

Равноправност полова једна је од најважнијих тековина савременог радног законодавства. Саставни је део концепције достојанственог рада, социјалне правде и људских права, али се с правом истиче да остаје идеал коме треба тежити ради остваривања у пракси.[1] Ово из разлога што родна равноправност подразумева читав низ принципа, почев од једнаке плаћености за једнак рад или рад исте вредности до права из области заштите материнства.

У овом раду ће посебна пажња бити посвећена поступку запошљавања и неоправданом неједнаком третирању мушкараца и жена у овом процесу. С обзиром на важност забране дискриминације по основу пола, сматрамо важним изучавање овог питања са посебним освртом на процес селекције кандидата, у коме умногоме може доћи до изражаја разликовање мушкараца и жена. Ово из разлога што послодавац има аутономију да у процесу запошљавања кандидата одабере оног за кога сматра да ће најбоље извршавати радне задатке. Уз то, имају се у обзир својства која кандидати за запослење поседују, који у тој фази могу гарантовати успешност обављања посла код послодаваца. Широка овлашћења која поседује послодавац у процесу запошљавања могу довести до дискриминације по основу пола, због чега је радно право нека врста чувара родне равноправности у овом процесу. Ипак, оправдано се може поставити питање ефикасности заштитне функције радног права у овом процесу, ако узмемо у обзир да је преко 50% жена доживело неки облик дискриминације у процесу запошљавања, тачније приликом разговора за посао и то постављањем недозвољених питања.[2]

Поред тога, ваља имати на уму дужност запосленог да обавести послодавца о свим оним околностима које су важне за радни однос. Тачније, законодавац обавезује запосленог „да обавести послодавца о битним околностима које утичу или би могле да утичу на обављање

[1] *Gudelines on gender in employment policies*, International Labour Office, Geneva 2009, 7.

[2] Б. Урдаревић, С. Бардаш, И. Секуловић, Ж. Јоргић-Ђокић, М. Рељановић, Т. Марковић, Н. Николић, *Анализа стања економских и социјалних права у Републици Србији, извештај о примени Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима*, Центар за достојанствен рад, Београд 2019, 34.

послова утврђених уговором раду“[3], те ако је запослени „дао нетачне податке који су били одлучујући за заснивање радног односа“ то представља разлог за отказ уговора о раду.[4] Видљиво је да законодавац има на уму уговорну одговорност запосленог о обавештавању послодавца о битним околностима за радни однос. Предуговорна одговорност, односно одговорност кандидата за запослење у контексту пружања ових информација се не спомиње. Међутим, има аутора који, позивајући се на принципе грађанског права, наглашавају значај предуговорног обавештавања послодавца о свим чињеницама које могу утицати на будући радни однос.[5] Ово из разлога што кандидате за запослење обавезује преговарање у доброј вери, а самим тим и пријављивање информација које могу утицати на заснивање радног односа. Свакако, не треба заборавити да се радни однос заснива управо због својстава, знања и вештина које запослени поседује, те би ту свакако нетачни подаци који се тичу ових параметара значили неиспуњавање ове обавезе. Дакле, обавеза се своди на обавештавање послодавца о чињеницама које су запосленом, односно кандидату за запослење познате, а које могу бити од значаја за радни однос. Законодавац не прецизира о каквим се информацијама ради, па се у контексту свега напоменутог отвара и питање, могу ли се у ову групу сврстати и чињенице које су у вези са трудноћом, брачним или породичним стањем. Ово поготову ако знамо да ови подаци нису од значаја за успешно обављање послова, осим ако се ради о пословима који би могли представљати опасност за кандидаткињу за запослење односно запослену која је у другом стању, када се радни однос може условити тестом за трудноћу.[6]

2. УОПШТЕНО О ДИСКРИМИНАЦИЈИ ПО ОВОМ ОСНОВУ И ОДРЕДБЕ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Забрана дискриминације један је од основних постулата савременог права, па тако и домаћи Закон о раду предвиђа да је „забрањена непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидитет, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко и друго уверење, социјално поре-

[3] Закон о раду, *Службени гласник РС,* бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење, чл. 15.

[4] Закон о раду, чл. 179, став 3, тачка 6.

[5] Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021, 959–964.

[6] Закон о раду, чл. 26.

кло, имовно стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство.“[7] Ово представља важну прокламацију, јер најпре, законодавац истиче заштиту како запослених, тако и кандидата за запослење. Ту се, дакле, потцртава посебан положај кандидата за запослење од дискриминације по свим заштићеним основима. Иако је питање дискриминације по основу брачног и породичног статуса нераздвојиво повезано са дискриминацијом по основу пола, истицање ових основа као посебно заштићених само им даје на значају и шаље јасну поруку законодавца о намери да се дискриминација по овом основу инкриминише. Преплитање дискриминације по основу пола, брачног и породичног статуса посебно је присутно код кандидата за запослење женског пола, те је превазилажење оваквих облика дискриминације посебно важно у оквиру посебне заштите жена.[8] Ипак, важно је напоменути да постоје ситуације када је дозвољено направити разлику између кандидата за запослење, а што се може оправдати природом посла.[9]

Како прокламације забране дискриминације овог типа није довољна, законодавци су морали прописати додатне механизме у циљу заштите од забране дискриминације кандидата за запослење. Ради се о питањима која су недозвољена на разговору за посао, односно која су послодавцу забрањена да постави кандидату за запослење, а која су у блиској вези са дискриминацијом по основу пола и брачног стања. У Закону о раду се наводи да „послодавац не може од кандидата за запослење да захтева податке о породичном, односно брачном статусу и планирању породице, односно достављања исправа и других доказа који нису од непосредног значаја за обављање послова за које се заснива радни однос.“[10] Професорка Ковачевић упућује да би наведено правило морало бити поткрепљено изричитом забраном послодавца да кандидатима за запослење у току поступка заснивања радног односа захтева податке о трудноћи, усвојењу или планирању породи-

[7] Закон о раду, чл. 18.

[8] Више о посебној заштити жена прочитати у: Ј. Рајић-Ћалић, „Посебна заштита жене за време трудноће, породиљског одсуства и одсуства ради неге детета“, *Радно и социјално право* 1/2019, 337–353.

[9] Ово се, наиме, односи на прављење разлике кандидата за запослење по основу пола. Професорка Ковачевић наводи да се од правила забране разликовања може одступити када на то указују разлози аутентичности (пример је манекенство, те је приказивање гардеробе или фотографисање за потребе тог посла у уској вези и са полом), разлози безбедности везани за професионалну делатност, као и разлози пристојности и приватности (који ће, примера ради, налагати запошљавање одређеног пола у казнено-поправним заводима). Виш. Љ. Ковачевић, (2021), 637.

[10] Закон о раду, чл. 26, став 2.

це.[11] Иако је послодавцу забрањено да поставља оваква питања, она се постављају и на то упућује поменута пракса Повереника за заштиту равноправности. Имајући на уму ове чињенице, с правом се може поставити питање, на који начин заштитити кандидата за запослење када дође до постављање таквих питања?

Добар путоказ у том смеру могу представљати решења из упоредног права. Тако, у хрватском праву, прописано је као правило да кандидат за запослење има право на ћутање о чињеницама из приватног живота, а које нису у вези са радним односом.[12] Ту је и право лажи у нужној одбрани, које познаје швајцарско право, које уствари, дозвољава кандидатима за запослење да дају чак и нетачне информације које се тичу питања на оваква недозвољена питања, без негативних последица.[13] Има још примера из упоредног права која предвиђају ћутање о чињеницама из приватног живота које нису у вези са радном односом.[14] Наведена решења представљају пример добре праксе за будуће измене домаћег законодавства. Остаје отворена дилема у случају постављања посредних питања, како наводи Кузминац, питања која су у „сивој зони“, којима се експлицитно не захтевају подаци о брачном и породичном статусу, ако се до оваквих података долази индиректним путем.[15] С правом ауторка указује да опасност од дискриминације женских кандидата за запослење постоји у случају постављања питања која се тичу тога како кандидати усклађују пословни и породични живот, какве су могућности за прековремени рад и слично. Таква питања захтевају опрезну законодавну опредељеност.

Ту је и одредба да законодавац не може условљавати заснивање радног односа тестом трудноће, осим ако је у питању такав посао који може штетно деловати по здравље мајке и детета.[16] Дакле, трудноћа кандидата за запослење не може бити разлог зашто би се послодавац одлучио за мушког кандидата за запослење, а једина могућност за

[11] Љ. Ковачевић, (2021), 975.

[12] Zakon o radu Hrvatske, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23, чл. 25.

[13] O. Popović, „Pravni problemi prilikom zasnivanja radnog odnosa lica zaraženih HIV – virusom“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1993, 354.

[14] Љ. Ковачевић, „Равноправност мушкараца и жена као битан елемент достојанственог запошљавања: прилог дискусији о Нацрту закона о родној равноправности“, *Радно и социјално право*1/2018, 127.

[15] М. Кузминац, „Забрана дискриминације кандидата за запослење на основу брачног и породичног статуса – осврт на питање података о личности“, *Упоредноправни изазови у савременом праву - in memoriam др Стефан Андоновић* (ур. Јована Рајић-Ћалић), Институт за упоредно право, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Београд 2023, 310.

[16] Закон о раду, чл. 26, став 3.

овакво разликовање може бити природа посла која штетно може утицати на трудницу и дете, и поред свих мера за заштиту безбедности и здравља на раду.

3. БРАЧНИ СТАТУС КАО ОСНОВ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Брачно стање представља специфичан основ дискриминације. С једне стране, брачност је у блиској прошлости представљала сметњу за заснивање радног односа и рад. Додуше, поједине форме ове реликвије познаје и савремено право. С друге стране, важно је одвојити брачни основ од других основа дискриминације, и уопште, препознати га као разлог зашто се кандидати за запослење неоправдано неједнако третирају из тог разлога у процесу запошљавања и на раду. Уз то, треба узети у обзир да се у упоредном праву указује на то да би брачно стање као основ дискриминације требало шире тумачити, те да овакав вид дискриминације подразумева не само дискриминацију оних запослених који су у браку, већ и оних који су самци, разведени, удовци, у ванбрачној заједници, или су у браку али живе одвојено.[17] Дакле, овим се несумњиво проширује круг лица која могу бити дискриминисана, а тиче се њиховог брачног статуса, због чега се назив „*marital status*“ на енглеском језику може сматрати погоднијим.

И поред тога што Устав, као највиши правни акт предвиђа да се „брачна заједница изједначава са ванбрачном, у складу са законом“[18], закони не прате уставом одређену равноправност. Брачни партнер има право на мировање радног односа у случају упућивања брачног партнера на рад у иностранство, што није право које је предвиђено и за ванбрачног партнера, сходно Закону о раду.[19] Ванбрачном партнеру не пружа право на накнаду погребних трошкова у случају смрти партнера. Ово из разлога што законодавац посредно дискриминише ванбрачног партнера, дефинишући чланове уже породице као титуларе овог права, у који спадају брачни друг и деца запосленог.[20] Ванбрачни партнер је, такође, ускраћен за одсуство са рада у случају склапања брака, порођаја супруге, теже болести члана уже породице, као и у другим случајевима који су предвиђени Законом о раду, а који се пружају брачном супружнику.[21] До последњих измена Закона о пензијском и инвалидском осигурању, ванбрачни партнер није имао

[17] Equal Opportunity Tasmania, *MARITAL STATUS DISCRIMINATION: Single. Married.Divorced. De facto.It. Does. Not. Matter, https://equalopportunity.tas.gov.au/__data/assets/pdf_file/0019/330094/oadc_A4_maritalstatus_final.pdf* (15.11.2023.).

[18] Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021, чл. 62.

[19] Закон о раду, чл. 79.

[20] Закон о раду, чл. 119, став 4.

[21] Закон о раду, чл. 77.

право на породичну пензију у случају смрти партнера, што је право које под једнаким условима уживају како брачни тако и ванбрачни партнери.[22]

Поред тога што представља недозвољени основ дискриминације, брачни статус разматран је и из угла сметње за заснивање радног односа. Ово, с тога, што је ступање у брачну заједницу у прошлости представљало сметњу за заснивање или трајање радног односа, какав је био случај у италијанском јавном праву,[23] где се тек од 1963. године брачно стање није сматрало оправданим отказним разлогом, односно одустало се од праксе „нубилитета“, узрочне везе између очувања радног односа и ступања запослене у брак.[24] Тинтић наводи да треба правити разлику између тога да ли је посреди приватни послодавац, који ће наћи начин да сачува интересе свог пословања када је посреди брак као сметња, док је код државе као послодавца важно успоставити брачност као сметњу због заштите јавног интереса и могућих злоупотреба у јавним службама.[25] У теорији се наводи да је у неким државама жена морала удајом да напусти службу, док је запошљавање удатих жена у неким професијама било потпуно забрањено средином 20. века.[26] Професорка Ковачевић наводи пример брака као брачне сметње учитељица, којима је служба престајала даном ступања у брак, што се тада оправдавало немогућношћу да се пронађе заједнич-

[22] Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – одлука УС, 86/2019, 62/2021, 125/2022, 138/2022 и 76/2023, чл. 28.

[23] Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 128.

[24] Љ. Ковачевић, (2021), 690.

[25] N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: Radni odnosi* (II), Narodne novine, Zagreb 1972, 83.

[26] Виш. М. Ковач-Орландић, „Право запосленог на приватност и његова заштита“ докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 123–128. Занимљиво је прочитати да је брак у прошлости представљао сметњу за радни однос, тачније да запослени нису смели бити у радном односу уколико је посреди обављање одређених модалитета послова. Такав је случај заснивања радног односа са кућним помоћним особљем, где је сама природа брака претила да угрози извршавање радних задатака. Таквог става се држи и Никола Тинтић, сматрајући да би се у том случају један од брачних другова нашао у улози послодавца кућне помоћнице овог другог, са којим је у браку, уз подсећање да кућни послови представљају заједничку дужност брачних другова. N. Tintić, 439. Сличне сметње у погледу радног односа запосленог као кућног помоћног особља у позитивном праву нисмо пронашли, али је развој судске праве и права уопште, као и принципа родне равноправности допринео прихватању заснивању радног односа једног брачног друга код другог ради обављања лукративне делатности. М. Ковач-Орландић, 125.

ко место службовања учитељице и њеног супруга у случају да није учитељ.[27] Ту је и правило преточено у посебан услов за заснивање радног односа у правилнику о раду, јер су кандидаткиње за рад стјуардеса у Ер Француску морале бити „неудате, удовице или разведене“, што је касније оцењено неуставном одредбом.[28] Ипак, савремено право није заборавило брак као сметњу за заснивање радног односа, па је својеврсни „*no-spouse*“ принцип и даље присутан кроз одбијање данашњих компанија да запосле брачног друга већ запосленог, односно кроз условљавање радног односа брачног партнера отказом овог другог. *No spouse* принцип присутан је у различитим формама, тако, неке компаније забрањују рад супружника, односно рођака у истој канцеларији, у истој области рада, код других оваква забрана постоји када је надзор над радом у питању, док је код једног броја фирми ово важан услов приликом запошљавања.[29] У теорији можемо пронаћи аргументе за и против. С једне стране, супружници који раде на истом радном месту могу доћи у конфликт у вези са послом, да истичу сопствене интересе испред интереса фирме.[30] Важно је приметити да лош однос супружника због ствари које спадају у породичне лако могу бити пренете на посао, што може резултирати лошом радном атмосфером. Ту су и они који додају да супружници на послу нису у стању да оставе личне проблеме код куће, могу бити такмичарски настројени, те да нису у стању да објективно врше надзор над радом оног другог.[31] С друге стране, има оних који указују на лоше стране такве политике, која се може лоше одразити на родну равноправност, тачније продубити неравноправност, уз занемаривање чињенице да су запослени одрасли, професионални људи са контролом својих емоција,[32] уз угрожавање неких основних права у оквиру породичног живота, избора брачног партнера и ступање у брак.[33] Свакако не можемо занемарити негативне ефекте оваквог правила у мањим срединама где би оно представљало снажан притисак на супружнике који раде заједно. Уз то, чини се да се овим правилом занемарују основни постулати радног права попут права на рад, права на породичан живот, права на приватност, као и забрану дискриминације. С друге стране, може се приметити из примера из прошлости који су доступни у литерату-

[27] Љ. Ковачевић, (2021), 689.

[28] *Ibid*., 690.

[29] S. M. Avelenda, *Love and Marriage in the American Workplace: Why No-Spouse Policies Don't Work*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 1999, 693.

[30] М. Ковач-Орландић, 126.

[31] S. M. Avelenda, 694.

[32] М. Ковач-Орландић, 126.

[33] S. M. Avelenda, 694.

ри да се брачна сметња налазила готово увек на страни жена, те да је њима престајао радни однос, а све са циљем да се заштити одређени јавни интерес. Оваква законодавна правилност указује на неједнако вредновање мушког и женског рада и постављање принципа родне равноправности на маргине примене.

Домаће право не садржи брачност као сметњу за заснивање радног односа, али је занимљиво виђење у теорији које доводи у везу брачност и обавезу спречавања сукоба интереса прописану Законом о државним службеницима.[34] Сходно слову закона, „државни службеник дужан је да предузме све што је у његовој могућности како би избегао било какву ситуацију сукоба интереса“, док се сукоб интереса дефинише као „приватни интерес који утиче, може да утиче или изгледа као да утиче на његово поступање у обављању послова његовог радног места, на начин који угрожава јавни интерес.“ Како Ковач-Орландић наводи, иако супружницима није забрањено да раде у државној управи, због природе посла, могу лако доћи у сукоб интереса.[35] Ово је посебно истакнуто у црногорском праву, зато што су државни службеници према Закону о државним службеницима дужни да надређеном пријаве ситуацију да је његов супруг или сродник има приватни интерес који се може повезати са обављањем посла у државној управи.[36] Таква одредба не постоји у српском праву, али с правом наглашава значај сукоба интереса и расправљање питања брачности као евентуалне сметње у радном односу. Можемо се сложити са Ковач-Орландић да је питање брачности у радном односу осетљиво питање, које захтева процену више околности, најпре узети у обзир оправданост и значај сметње за обављање радних задатака уз посебну пажњу која мора бити посвећена чињеници да прикупљање података о брачном стању представља похрањивање приватних података запосленог, чиме се може заћи у приватну сферу запосленог, односно кандидата за запослење.

4. ПОРОДИЧНИ СТАТУС КАО ОСНОВ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Неодвојиви део сваког појединца јесте његов приватан живот, односно време које проводи након радног времена. То време може бити резервисано за породицу или друге активности, али је важно знати да време за приватан, породичан живот уживају и запослени

[34] Закон о државним службеницима, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022, чл. 25.

[35] М. Ковач-Орландић, 128.

[36] *Ibid.*

који се старају о деци и старијим особама, као и они који децу немају. Породица заузима високо место на скали друштвених вредности, због чега се све више чињеница формирања породице узима у обзир. Ово из разлога што права која се пружају у вези са формирањем породице, попут плаћеног одсуства због ступања у брак, породиљског одсуства, одсуства ради неге детета имају последице и на радни однос. То је и разлог зашто и послодавци желе да сазнају такве податке од својих запослених, односно од кандидата за запослење које имају намеру да запосле. Како жене неретко, под утицајем традиционалног система вредности, прихватају улогу старања о деци и обављања породичних дужности као јединствену и недељиву улогу, то тешко долази до поделе у коришћењу одсуства ради неге детета у многим упоредним правима, или у коришћењу привремене спречености за рад због болести детета. Концепт изједначавање улоге мајки и очева покренут је пре више од деценије у праву ЕУ, са циљем да се послодавци ослободе утиска да је запошљавање кандидата женског пола додатни трошак за њихово пословање, у случају равноправног коришћења одсуства ради неге детета.[37] Признајући да су запослени који се старају о деци уствари запослени са додатним степеном обавеза, временом су се издвојили запослени са породичним дужностима[38], као и породични статус као посебан основ дискриминације. У том смислу, дискриминација по основу породичних дужности представља дискриминацију оног запосленог који је „посвећен нези и васпитању детета млађег узраста или детета са сметњама у развоју, дискриминацију запосленог који се стара о старима или болесним члановима породице, као и дискриминацију трудница, дојиља и породица.“[39] Ковачевић и Новаковић раздвајају дискриминацију по основу породичних дужности на сегменте, па тако се овај акт неоправданог неједнаког третирања састоји од различитог поступања, основа дискриминације који је неретко повезан са брачним стањем и на крају, ту је неједнако третирање у виду нарушавања једнаких могућности на раду.[40] Заштиту од дискриминације по основу породичних дужности уживају оба родитеља, чија је дужност да се старају о деци на једнак начин, што је став пози-

[37] М. Рељановић, „Искуства држава чланица Европске уније у спречавању дискриминације при запошљавању“, *Страни правни живот* 3/2010, 72–73. Више о трошковима које послодавац има у вези са одласком жене на породиљско одсуство у: Ј. Мисаиловић, „Посебна радноправна заштита материнства“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 86/2020, 247–248.

[38] К. Балножан, „Посебна заштита запослених са породичним дужностима од отказа уговора о раду“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 1/2021, 147–167.

[39] Љ. Ковачевић, У. Новаковић, „Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених на основу породичних дужности“, *Право и привреда* 7–9/2018, 436.

[40] *Ibid.*, 436–437.

тивних законодавстава услед развоја посебне заштите у радном праву, чиме је мајка престала да буде једини носилац породичних дужности.[41] Са тим у вези, ваља узети у обзир потребе усклађивања породичног и професионалног живота, те поделу породичних дужности између родитеља. Ипак, патријархални модел функционисања породице и усађени стереотипи доводе до тога да ипак дискриминацију по овом основу чешће доживљавају жене, а које послодавци још увек посматрају кроз призму родитеља, односно запосленог који чешће одсуствује због болести детета, односно који се једини користи одсуством ради неге детета. Због тога, неки аутори наводе да су савремене тенденције у развоју родне дискриминације можда довеле до забране од искључивања удатих жена са посла, али су их, с друге стране сврстале у рад који је нестандардни, повремени, несигуран, са минимумом сигурности, без пуно могућности за напредовање.[42] С тим у вези, треба указати и на виђења у теорији, да се дискриминација по основу породичних дужности посматра као непосредна дискриминација по основу пола, али се у том случају доводи у питање упоредник, јер су, с једне стране, мушкарци по природи неподобни, а с друге стране, ту су жене које нису рађале.[43]

Позитивно радно законодавство садржи начелну одредбу да послодавац, између осталих, не може од кандидата за запослење тражити податке о породичном статусу и планирању породице.[44] Оваква одредба је важна али се не чини довољно применљивом у пракси, јер се нису искристалисали механизми заштите за кандидата за запослење уколико послодавац заиста и постави питање који је у вези са породичним статусом. Санкција је у овом случају круцијална, ако имамо на уму да од одговора на питање врло често зависи одлука послодавца о томе којег ће кандидата запослити. Закон је одређенији када је у питању радни однос и заштита од дискриминације по основу породичног статуса па тако „за време трудноће, породиљског одсуства, одсуства ради неге детета или ради посебне неге детета, послодавац не може запосленом отказати уговор о раду.“[45] Међутим, важно је

[41] Више о посебној заштити жена: Ј. Рајић-Ћалић, „Посебна заштита жене за време трудноће, породиљског одсуства и одсуства ради неге детета у Србији и у упоредном праву“, *Радно и социјално право: часопис за теорију и праксу радног и социјалног права* 1/2019, 337–353.

[42] "Discrimination in Employment or Occupation on the Basis of Marital Status - II." *International Labour Review*, vol. 85, no. 4, April 1962, 384.

[43] О овом важном питању, које заслужује посебно истраживање више прочитати у: Robert Wintemute, “When is pregnancy discrimination indirect sex discrimination?“, *Industrial Law Journal*, vol. 23, 24.

[44] Закон о раду, чл. 26, став 2.

[45] Закон о раду, чл. 187.

одредити практичније одредбе за постављање питања која се тичу породичног статуса у пракси, а као путоказ свакако могу послужити приказана решења у оквиру забране постављања питања о брачном стању у оквиру дела рада о забрани дискриминације.

5. ПРИКУПЉАЊЕ ПОДАТАКА О БРАЧНОМ И ПОРОДИЧНОМ СТАТУСУ КАО ПОВЕРЉИВИХ ПОДАТАКА

Прикупљањем података о брачном и породичном статусу несумњиво се задире у приватну сферу појединца. Међутим, проблем настаје већ самим непостојањем граница приватног живота, јер се концепт приватности „раширио“, како наводи професорка Ковачевић, те је довео до његовог проширивања и на вредности које се тичу људског достојанства, части и угледа.[46] Тако је истовремено створена веза између података о личност, који све више добијају на значају, посебно у праву ЕУ и података о брачном и породичном статусу. Још је важније установити повезаност прикупљања оваквих података од кандидата за запослење, те установити које податке је послодавац овлашћен да захтева од кандидата у овој фази заснивања радног односа.

Најпре, важно је одредити који подаци уопште представљају податке о личности, чије прикупљање није дозвољено. Како Андоновић наводи, подаци о личности представљају „део човекове личности који је „ангажован“ у правном промету; Као појавни облик човекове личности подаци о личности свакодневно се употребљавају и размењују, означавајући и ближе одређујући субјекте и друге елементе правног односа. Због јаке везе са самом личности човека, повреда података о личности уједно представља и повреду човекове личности. Како је за опстанак појединца и друштва неопходна заштита приватности и интегритета личности, значајно место у очувању човекове личности има заштита од злоупотребе података о личности.“[47] Андоновић дакле, даје једну ширу дефиницију података о личности, коју не треба сводити на основне податке о тој личности, већ су то, очигледно, подаци који су неодвојиви део човекове личности, који могу довести до одређених злоупотреба, али и до стицања одређених права. У томе лежи разлог велике законодавне пажње ових података, те расте актуелност овог питања. Томе свакако доприноси и Општа уредба 2016/679 донета на нивоу Европске уније, која први пут детаљни-

[46] Т. Ковачевић, „Изазови дигитализације рада и заштите личних података“, *Страни правни живот* 2/2023, 303.

[47] С. Андоновић, Д. Прља, *Основи права заштите података о личности*, Институт за упоредно право, Београд 2020, 13.

је регулише област заштите података о личности,[48] као и Закон о заштити података о личности, када је у питању домаће право.[49] Додуше, овај закон прилично штуро узима у обзир важност обраде података о личности у оквиру радних односа, уз општу одредбу да се овај закон односи и на рад и запошљавање, да се примењује уз радноправни пропис, као и да „уколико закон који уређује рад и запошљавање или колективни уговор садрже одредбе о заштити података о личности, морају се прописати посебне мере заштите достојанства личности, легитимних интереса и основних права лица на која се подаци односе, посебно у односу на транспарентност обраде, размену података о личности унутар мултинационалне компаније, односно групе привредних субјеката, као и систем надзора у радној средини.“[50] То је оно што Закон о заштити података о личности садржи када су у питању подаци о личности и запошљавање и радни однос. Надаље, послодавац је одговорно лице за поштовање података о личности, с обзиром на то да је он субјект који долази у контакт са подацима о личности пре него што се радни однос и заснује, у процесу селекције кандидата од којих се очекује да доставе своје биографије и доказ о радном искуству[51], као и у току самог радног односа, када се подаци запослених чувају у евиденцијама послодавца.

Онда се с правом може поставити питање, који су то подаци које послодавац може прикупљати у процесу селекције кандидата за запослење? Позитивни прописи не прописују који су то подаци који се могу прикупљати пре заснивања радног односа, а у литератури се наводи да се у формуларима за запослење неретко укључују и питања у вези са брачним и породичним статусом, осуђиваношћу или у вези са имовним стањем, због чега професорка Ковачевић упућује на ризик радне експлоатације.[52] Оно што послодавац не може јесте да од кандидата да захтева податке о породичном, односно брачном статусу и планирању породице, односно не може захтевати достављање оних исправа и доказа који нису од непосредног значаја за обављање послова за који се заснива радни однос.[53] Надаље, Закон о раду прописује да запослени има право увида у податке о личности који се њега тичу,

[48] General Data Protection Regulation, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/-PDF/?uri=CELEX:32016R0679* (14.11.2023).

[49] Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018.

[50] Закон о заштити података о личности, чл. 91.

[51] Тачније, „кандидат је дужан да, приликом заснивања радног односа, послодавцу достави исправе и друге доказе о испуњености услова за рад на пословима за које заснива радни однос, утврђених правилником.“ Закон о раду, чл. 26, став 1.

[52] Љ. Ковачевић, (2021), 966–971.

[53] Закон о раду, чл. 26, став 2.

да захтева њихово брисање уколико нису од значаја за посао који се обавља, као и да ових подаци не могу бити доступни трећим лицима, осим у законом прописаним случајевима.[54] Видљиво је да Закон о раду садржи неке одредбе, које би место требало да нађу у Закону о заштити података о личности, а које су, ипак, изостале. С друге стране, Закон о евиденцијама у области рада[55] садржи одредбе о исцрпним евиденцијама запослених лица, зарадама и другим подацима, али нема говора о кандидатима за запослење. Рељановић ипак указује да је овим законодавац само желео поставити минималне захтеве пред послодавце о томе које евиденције се морају водити, а да су послодавци, свакако, у прилици, да, у зависности од својих организационих способности, воде и друге евиденције, које се могу тицати кандидата који конкуришу за посао.[56] Подаци који се прибављају у процесу селекције кандидата су они који се тичу стручности за обављање датог посла, премда, том приликом послодавци прикупљају и личне податке кандидата, што је инспирисало Повереника за заштиту података о личности да заузме став да је прикупљање ЈМБГ броја кандидата недозвољено, те да не постоји оправдање да се овај податак обрађује приликом заснивања радног односа.[57] Овакво мишљење Повереника је драгоцено, те праксу овог органа сматрамо важном у успостављању путоказа за прикупљање података, иако нема података да је ово мишљење Повереника утицало на послодавце да престану са прикупљањем јединственог матичног броја кандидата у процесу запошљавања. Важно је уочити оно на шта указује Рељановић, да се кршење прописа о заштити података о личности најчешће догађа приликом прикупљања података за испуњење посебних услова за обављање послова, који су везани за природу послова који ће кандидат обављати, као и када су у питању специјални услови за запошљавање одређених категорија, попут малолетника или особа са инвалидитетом, када је послодавац у позицији да прикупи више података о личности него при стандардној процедури.[58]

На важност поштовања поверљивих података указује и случај који је постао доступан јавности, а тиче се казне од 35 милиона евра коју је платила компанија H&M, познати ланац одеће, због озбиљног и тешког кршења Директиве о поверљивости података (GDPR), коју

[54] Закон о раду, чл. 83, ставови 1 и 2.

[55] Закон о евиденцијама у области рада, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 – др. закон, 36/2009 – др. закон, чл. 5.

[56] М. Рељановић, „Заштита података о личности у радном односу“, *Заштита података о личности у Србији,* Институт за упоредно право, Београд 2020, 65.

[57] Мишљење Повереника број 011-00-01205/2015-05 од 1. 10. 2015. год.

[58] М. Рељановић, (2020), 70.

је открио немачки Повереника за заштиту података.[59] Тачније, поверљиви подаци запослених који су прикупљени су, услед напада на систем H&M-а, постали доступни јавности на неколико сати чиме су угрозили приватност свих запослених чији су подаци о брачном и породичном стању постали јавни. Наиме, у неформалним разговорима, посебно оних након повратка запослених са годишњих одмора и боловања, менаџери ове компаније прикупљали су од запослених податке који се тичу њиховог породичног статуса, здравственог стања, финансијских прихода, али и верских уверења. Такве информације су бележене у електронској форми, која је била доступна одређеном број менаџера у компанији. Истрагу је спровео Повереник за заштиту података, који је утврдио озбиљно кршење Директиве, те изрекао милионску казну, што је компанија H&M прихватила као одговорност, уз обавезу да унапреди заштиту поверљивих података. Иако се у конкретном случају не ради о подацима кандидата за запослење, овакав епилог представља значајан корак у поштовању података који се тичу породичног и брачног статуса. Случај је озбиљно преиспитао могућности постављања питања која се тичу брачног статуса, породичног живота, планирања деце и потцртао важност чувања ових података као поверљивих без могућности да се они бележе јер представљају приватни живот запосленог.

6. МОГУЋА РЕШЕЊА У ВИДУ ЗАКЉУЧНИХ РАЗМАТРАЊА

Можемо закључити да брачни и породични основ дискриминације све више привлачи пажњу законодаваца, у смислу регулисања и сврставања ових основа у забрањене основе. Развој права довео је до спознаје да су кандидати женског пола изложенији другачијем неоправданом третирању и да то треба нормирати. Значају ових основа дискриминације свакако је допринео и развој података о личности, те доношење директиве на нивоу Европске уније. Што се позитивног права тиче, сматрамо да позитивноправни оквир мора бити унапређен. То се пре свега односи на експлицитно нормирање забране постављања питања која се тичу породичног и брачног основа у процесу селекције кандидата. Надаље, нужно је успоставити ефикасан механизам који ће спречити послодавца да заиста и постави тзв. недозвољена питања, што се често дешава у пракси, о чему сведочи пракса. Сматрамо да би добар предлог у том смеру било прописивање присуства разговорима за посао представника синдиката код послодавца, чиме би се истински и умањила могућност постављања директних

[59] H&M fined for breaking GDPR over employee surveillance, *https://www.bbc.com/-news/technology-54418936* (24.10.2023).

или индиректних питања чији би одговори расветљавали информације о породичном и брачном стању кандидата за запослење. Похвална су такође решења која постоје у упоредним правима, а која се тичу могућности кандидата за запослење за дају нетачан одговор на питања која су у вези са породичним и брачним статусом, без штетним последица, као и право на ћутање о истом. Са таквим одредбама, може се поверовати у извесност да би дискриминација женских кандидата за запослење била умањена у процесу селекције кандидата.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Avelenda, M. Sally, *Love and Marriage in the American Workplace: Why No-Spouse Policies Don't Work*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 1999;
2. Popović, Olga, „Pravni problemi prilikom zasnivanja radnog odnosa lica zaraženih HIV - virusom.“ *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1993;
3. Tintić, Nikola, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: Radni odnosi* (II), Narodne novine, Zagreb 1972.
4. Wintemute, Robert, „When is pregnancy discrimination indirect sex discrimination?“, *Industrial Law Journal*, vol. 23;
5. Андоновић, Стефан, Прља, Драган, *Основи права заштите података о личности*, Институт за упоредно право, Београд 2020;
6. Балножан, Кристина, „Посебна заштита запослених са породичним дужностима од отказа уговора о раду“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 1/2021;
7. Ковачевић, Љубинка, „Равноправност мушкараца и жена као битан елемент достојанственог запошљавања: прилог дискусији о Нацрту закона о родној равноправности“, *Радно и социјално право* 1/2018;
8. Ковачевић, Љубинка, *Заснивање радног односа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021;
9. Ковачевић, Љубинка, Новаковић, Урош, „Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених на основу породичних дужности“, *Право и привреда* 7–9/2018;
10. Ковачевић, Тијана, „Изазови дигитализације рада и заштите личних података“, *Страни правни живот* 2/2023;
11. Ковач-Орландић, Милица, „Право запосленог на приватност и његова заштита“ докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018;

12. Кузминац, Мина, „Забрана дисркиминације кандидата за запослење на основу брачног и проодичног статуса – осврт на питање података о личности“, *Упоредноправни изазови у савременом праву - in memoriam др Стефан Андоновић* (ур. Јована Рајић-Ћалић), Институт за упоредно право, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Београд 2023;
13. Лубарда, Бранко, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
14. Мисаиловић, Јована, „Посебна радноправна заштита материнства“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 86/2020;
15. Рајић-Ћалић, Јована, „Посебна заштита жене за време трудноће, породиљског одсуства и одсуства ради неге детета“, *Радно и социјално право: часопис за теорију и праксу радног и социјалног права* 1/2019;
16. Рељановић, Марио, „Заштита података о личности у радном односу“, *Заштита података о личности у Србији,* Институт за упоредно право, Београд 2020;
17. Рељановић, Марио, „Искуства држава чланица Европске уније у спречавању дискриминације при запошљавању“, *Страни правни живот* 3/2010;
18. Урдаревић, Бојан, Бардаш, Сарита, Секуловић, Иван, Јоргић Ђокић, Жељка, Рељановић, Марио, Марковић, Тања, Николић, Наташа, *Анализа стања економских и социјалних права у Републици Србији, извештај о примени Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима*, Центар за достојанствен рад, Београд 2019;

Правни извори

1. Закон о раду, *Службени гласник РС,* бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење;
2. Zakon o radu Hrvatske, *Narodne novine,* br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23,
3. Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021;
4. Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – одлука УС, 86/2019, 62/2021, 125/2022, 138/2022 и 76/2023;
5. Закон о државним службеницима, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022;

6. Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018.
7. Закон о евиденцијама у области рада, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 – др. закон, 36/2009 – др. закон;
8. Мишљење Повереника број 011-00-01205/2015-05 od 1. 10. 2015. год.

Интернет извори

1. Gudelines on gender in employment policies, International Labour Office, Geneva 2009;
2. Discrimination in Employment or Occupation on the Basis of Marital Status - II." International Labour Review, vol. 85, no. 4, April 1962
3. Equal Opportunity Tasmania, MARITAL STATUS DISCRIMINATION: Single. Married.Divorced. De facto.It. Does. Not. Matter, *https://equalopportunity.tas.gov.au/__data/assets/pdf_file/0019/330094/oadc_A4_maritalstatus_final.pdf* (15.11.2023.).
4. General Data Protection Regulation, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679* (14.11.2023).
5. H&M fined for breaking GDPR over employee surveillance, *https://www.bbc.com/news/technology-54418936* (24.10.2023).

Research Associate Jovana Rajić Ćalić, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

MARITAL AND FAMILY STATUS AS A PROHIBITED GROUNDS OF DISCRIMINATION - GENERAL REVIEW

Summary

Although the Labor Law prohibits direct and indirect discrimination based on gender, research and statistics show a different position of female compared to male job candidates in the employment process. Different treatment is caused by the reproductive role of women, which consequently leads to discrimination on the basis of marital status, a still legally undefined ground of discrimination. Patriarchal patterns of society's functioning view women as bearers of family duties, which entails discrimination on the basis of family duties, a basis of discrimination that seeks its place on the list of prohibited grounds of discrimination. Different treatment of women based on marital and family status is particularly visible in the employment process, in the form of asking illegal questions about family planning and the number of children. That is why the largest number of reported cases of discrimination in the report of the Commissioner for the Protection of Equality in Serbia is precisely in the employment process, reported by women. Despite the advanced provisions of the Law on Gender Equality, it is not possible to eradicate discrimination against women on these grounds, and the question arises as to how to protect women in the employment relationship, especially in the employment process, and provide them with equal treatment.

The author stands from the hypothesis that the positive legal framework is not adequate to provide protection against discrimination to women in the employment process and at work, and that changes should move in the direction of prescribing additional protection mechanisms, such as the possibility of remaining silent on illegal questions and the presence of representatives union with job interviews, which would reduce the possibility of asking such questions and making differences between candidates.

Key words: *Discrimination; Gender; Illegal questions; Labor law; Gender equality.*

UDK/UDC 340.13:347.7
STRUČNI RAD / *EXPERT PAPER*

Asistentica Armina Čunjalo, LL.M.

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

ULOGA USKLAĐENOSTI POSLOVANJA U PREVAZILAŽENJU PRAVNIH PRAZNINA

Globalizacija i modernizacija društva istovremeno iziskuju fleksibilnost prava i pravnih propisa jer su zahtjevi poslovanja na međunarodnom nivou da ono bude što jednostavnije i sigurnije u kontekstu regulatornog okvira kroz koji se odvija.

Nacionalni pravni okvir reguliše (skoro) sve pravne odnose, no poteškoće se javljaju u situacijama kada oni nisu baš detaljno ili spretno regulisani. To može predstavljati problem i na nacionalnom, ali i na međunarodnom nivou – za kompanije koje posluju van granica države porijekla. U novije doba, bilo je neophodno osmisliti mehanizam pomoću kojeg će se lakše premostiti pravne praznine u različitim sferama, a posebno u sferi poslovanja.

Tako je sve učestalije uvođenje pojma „zakonske usklađenosti“ (engl. legal compliance) u svakodnevno poslovanje. Zakonska usklađenost u poslovanju, predstavlja mehanizam pomoću kojeg se politike i procedure, kao i samo poslovanje u praktičnom smislu usklađuje sa svim zakonima, podzakonskim aktima, međunarodnim propisima koji regulišu određenu oblast, a što doprinosi prevazilaženju zakonskih praznina oslanjajući se na više propisa koji regulišu određenu oblast.

Fokus rada bit će na zakonitom poslovanju i pored činjenice da nisu svi pravni odnosi i radnje unaprijed predviđeni i definisani. Dakle, u kontekstu pravnih praznina, fokus se premješta sa pravnih odnosa isključivo fizičkih lica na pravne odnose/radnju pravnih i fizičkih lica u poslovanju.

U svrhu ovog naučnog rada, bit će prikazani primjeri pravnih praznina u domaćem zakonodavstvu, a čije se posljedice mehanizmom usklađenosti poslovanja mogu svesti na minimum ili potpuno izbjeći.

U zaključnim razmatranjima, autorica rada će dati određena moguća rješenja koja se mogu postići mehanizmom pravne usklađenosti u poslovanju..

Ključne riječi: Zakonska usklađenost; Usklađenost; Poslovno pravo; Pravna praznina.

Armina Čunjalo, *armina.cunjalo@gmail.com.*

1. GLOBALIZACIJA I MODERNIZACIJA DRUŠTVA

Globalizacija i modernizacija društva imaju dubok utjecaj na pravne okvire i pravni sistem u cjelosti. Tako globalizacija potiče usvajanje univerzalnih pravnih standarda i normi kako bi se olakšala međunarodna saradnja/poslovanje. Kao primjer mogu poslužiti kompanije koje posluju van granica svoje države, te su u svrhu takvog poslovanja utemeljeni neki univerzalni pravni standardi za sve države čije kompanije posluju van svojih geografskih granica. Nesporno je i to da tako dolazi do harmonizacije zakonodavstva. Kako bi se olakšalo međudržavno poslovanje, mnoge zemlje usklađuju svoje zakonodavstvo sa međunarodnim standardima. To može rezultirati usvajanjem ili prilagodbom zakona kako bi održavali međunarodne norme u područjima kao što su trgovina, intelektualno vlasništvo, zaštita potrošača i sl.

U doba globalizacije i modernizacije, digitalizacija pravnih procesa postaje neizbježna. Digitalni alati preko kojih se brže i učinkovitije odvija poslovanje postali su važna karika u međunarodnom poslovanju.

Dok globalizacija i modernizacija donose mnogobrojne koristi, od kojih su neke naprijed navedene, također predstavljaju i izazove za nacionalni suverenitet. Neke zemlje mogu osjećati pritisak prilagodbe svoje pravne doktrine i tradicije kako bi se uskladila sa međunarodnim standardima, koji su za međunarodno poslovanje sada nužnost.

U konačnici, globalizacija i modernizacija društva nepovratno mijenjaju pravne okvire i pravne sisteme diljem svijeta, dovodeći do složenih izazova, ali i prilika.

2. PRAVNA PRAZNINA

Izraz „pravna praznina“ podrazumijeva različite kategorije. Pravna praznina može se shvatiti kao propust zakonodavca da uopšte uredi jedan odnos koji je pravni - odnos koji ne spada u slobodan pravni prostor, kao nedovoljna preciznost zakonske odredbe (npr. kod pravnih standarda), nejasnoća odredbe zbog nejasnih izraza koje koristi, protivrjšnost odredaba različitih propisa, tehnička pravna praznina i sl.[1]

Neuređeni pravni odnosi imaju bitno drugačije karakteristike od pravnih odnosa koji su uređeni, ali sa pravnom prazninom. Kada odnos uopće nije uređen, a ne spada u pravno slobodan prostor, to nije pravna praznina, već praznina u pravu. Pravna praznina implicira uređenost, ali sa nedostatkom. Praznina u pravu podrazumijeva neuređenost, tako da se ne može

[1] Vid. R. Astolfi, “Legal gap: Porositiy as Opportunity”, *Jstor.org*, Vol. 103, No. 4., 2017., 517–529.

govoriti o nedostatku uređenja, već o odsustvu uređenja. Identifikacija ovakvog nedostatka zahtjeva prepoznavanje pravno uredivih odnosa i onih koji to nisu. Identifikacija pravnih praznina već nailazi na uređen pravni odnos, ali sa nedostatkom.

3. POJAM USKLAĐENOSTI I ZAKONSKE/REGULATORNE USKLAĐENOSTI (ENGL. *LEGAL COMPLIANCE*)

Kompanija, njen odnos prema društvu, razumijevanje zakonitosti i legitimiteta, na kraju korporativna kultura, dugo su prethodili uspostavljanju organizacije za usklađenost. Iz perspektive onih koji vode biznis, njihova kompanija bi trebala djelovati i legalno i legitimno. Nesporno je da se ovo može odnositi samo na kompaniju u cjelini, a nikada na sve zaposlene i poslovne partnere. Zakonitost – usklađenost sa zakonom – je osnova za procjenu kompanije. Centralna karakteristika pravne države je da samo one kompanije koje djeluju legalno mogu opstati trajno.[2] Usklađenost predstavlja stanje sklada sa utvrđenim smjernicama, propisima ili zakonima.

Usklađenost sa zakonima (dalje. regulatorna usklađenost) općenito se odnosi na ponašanja i prakse koje se sprovode u skladu sa nadnacionalnim i/ili nacionalnim i/ili lokalnim zakonima zemlje ili zemalja u kojima određena kompanija posluje.

Međutim, usklađenost koja je ograničena samo na poštovanje zakona, učinit će da razvoj kompanije u nekom trenutku stagnira, umjesto da ide uzlaznom putanjom. Ono što je neizostavno, kada je riječ o usklađenosti u kompanijama jeste i konstrukcija etike i njena praktična implementacija u kompaniji. Bavljenje etikom, jedno je od osnova za kompletan program usklađenosti, koji ne opterećuje zaposlene, ali im pruža alate za donošenje odluka.

3.1. Donošenje odluka u skladu sa principom usklađenosti

Regulatorna usklađenost će u skoro svakoj kompaniji, banci, instituciji imati negativnu perspektivu zbog predviđanja, eventualno, najgorih scenarija za kompaniju, kako bi se na vrijeme i na pravi način moglo reagovati. Predviđanje i hipotetički problemi sa hipotetičkim rješenjima, ma koliko realni i očekivani bili, uvijek izgledaju pomalo daleko. Zato, radikalni konstruktivizam može smatrati stvarnost društvenim konstruktom, ali tome se suprotstavlja „teorija patke“ koja kaže da je nešto što izgleda kao patka, kreće se kao patka i zvuči kao patka obično patka.

[2] Vid. D. Huberman Arnold, K. Arnold, V. J. Arnold, *Managing Ethical Risks and Crises: Beyond Legal Compliance*, Beijing Law Review, 2010, 1–6.

Naravno, odluke u kompanijama kontinuirano donose svi zaposleni općenito, a one krucijalne rukovodeći. No, zašto se, uopće, eksplicitno bavti procesima donošenja odluka u radu? Zato što se odluke o usklađenosti razlikuju od drugih odluka.

U uobičajenom poslovanju je sve jasno, jedna osoba želi da proda određenu robu ili uslugu, druga osoba želi da kupi. Ponude i potražnja se razjašnjavaju, međusobno dogovaraju, obračunavaju i preračunavaju, provjeravaju, mijenjaju nacrte ugovora i na kraju se donosi odluka. Razlika u odnosu na odluke relevantne za usklađenost leži u uticaju.

Rizici neusklađenosti su na prvi pogled neupadljivi, trivijalni i ponekad izgledaju trivijalno. No, rizici neusklađenosti, kompaniju i poslovanje odvode u propast, finansijsku krizu, kao i etičku i reputacijsku krizu. Službenici za usklađenost moraju prepoznati kada neko želi da namjerno spriječi ispravnu, svjesnu odluku, ne da bi naglasio prednosti vlastitog učinka kao u procesu kupovine, već da umanji i banalizira nedostatke.[3]

Upravo iz naprijed navedenih razloga, etika i regulatorna usklađenost, neodvojiv su segment ispravnog i kvalitetnog programa usklađenosti.

3.2. Regulatorna usklađenost i njena važnost za međunarodno poslovanje

Usklađenost sa zakonima i propisima je primarna poslovna preokupacija. Efikasno upravljanje rizikom usklađenosti doprinosi dobroj reputaciji i održivosti poslovanja. Sve je veći broj propisa, strožije kazne za kršenje zakona i prilično raširenо nerazumijevanje o tome šta je potrebno da bi kompanija bila u skladu sa zakonima.[4] Obaveze poštivanja zakonskih propisa mogu uključivati:

- zakonodavstvo, propisi i zakonski potrebni kodeksi ili standardi;
- dozvole, licence i drugi oblici ovlaštenja;
- lokalni podzakonski akti; i
- odluke, uputstva, odluke ili tumačenja koje izdaju relevantni sudovi i tribunali.

Identificiranje primjenjivih propisa, njihovo tumačenje i određivanje njihovog utjecaja na poslovanje kompanija jeste dugotrajan i veoma složen proces. Metode za dobijanje informacija o važećim zakonima ili propisima, uključujući i savjete o promjenama zakona, mogu biti: komercijalne

[3] Vid. R. S. Gruner, *Lean Law Compliance: Confronting and Overcoming Legal Uncertainty in Business Enterprises and Other Complex Organizations*, New York University, Journal of Law & Business, no.11(2), 247–332.

[4] Vid. J. G. Martin, *Implementing Effective Corporate Legal Compliance*, Natural Resources & Enviroment, 11(4), 14–19.

usluge, praćenje propisa regulatornih agencije, praćenje stranica vladine službe, trgovinskih grupa i industrijskih udruženja, seminari i kursevi iz oblasti kojom se kompanija bavi, pretplate na biltene i časopise i sl.

Regulatorna usklađenost i praksa nisu samo etička obaveza kompanija, već i ključni element u osiguranju dugoročne održivosti i uspjeha kompanije.

3.3. Benefiti uvođenje programa usklađenosti u kompanije

Troškovi uvođenja sistema i programa usklađenosti u kompanije su nesporni, a što obuhvata zapošljavanje specijaliziranih osoba iz oblasti pravne usklađenosti, promjene interne strukture, angažovanje grupe eksperata u pojedinim slučajevima, ukoliko je potrebno usklađivanje većeg broja akata kompanije. Međutim, benefiti programa usklađenosti su nemjerljivi u odnosu na troškove. Iako se ne čini tako na prvi pogled, ali regulatorna usklađenost štedi kompaniji novac od eventualnih kazni, koji je mnogo veći od onoga uloženog u uspostavljenje sistema/programa usklađivanja. Ono što se ranije manje pominjalo a sada je dobilo na velikom značaju jeste reputacija kompanija. Poslovanje kompanije uveliko ovisi i od njene reputacije, a primjera iz prakse je mnogo. Za svaki od njih, program usklađenosti je bio „ruka spasa“.

Kada kompanija uspostavi program usklađenosti, ona smanjuje rizik (zakonske) odgovornosti. To iz razloga što program usklađenosti pomaže u identifikaciji, praćenju i smanjenju rizika povezanih sa kršenjem propisa ili internih pravila. U dijelu 3. bit će objašnjeno koliko je ovaj dio usklađenosti važan za poslovanje banaka, te koji rizici se izbjegavaju usklađivanjem sa zakonskim propisima. Time kompanije smanjuju mogućnost tužbi, kazni i reputacijske krize. Nadalje, u trenutku kada kompanija uvede program usklađenosti u svoje poslovanje, ona postaje transparentnija u svome poslu, a što dodatno stvara povjerenje među trećim stranama, odnosno zainteresovanim partnerima, investitorima, regulatornim tijelima, te na kraju krajeva i prema potrošačima. Unapređenje poslovne efikasnosti je jedno od velikih prednosti ovih programa. Izrađuju se i postavljaju jadne procedure i standardi koji praktično ostvarivi i po kojima se, zaista, i postupa. Tako se efikasnije koriste resursi, optimizira proces poslovanja i smanjuje rizik od eventualnog gubitka. Ukoliko kompanija ima uspostavljen program usklađenosti, to znači i da radi na prevenciji i detekciji prevara i korupcije i to na način da obavezno izradi proceduru za prevenciju i detekciju prevara, kao i da uspostavi anonimni kanal za prijavu svih nepravilnosti. Tako kompanija odaje utisak zdrave organizacije koja je spremna da se bori protiv korupcije i da svakog ko prekrši precedure, dobre poslovne običaje i obavezu dužnog ponašanja u radu, adekvatno sankcioniše.

O sljedećem benefitu malo više pričaju HR odjeli u kompanijama, ali sa strane prava i usklađenosti, izuzetno važno je da usklađenost kompanije poboljšava odnose sa zaposlenima. Jasno napisane interne procedure/akti, uspostavljeni procesi i odgovornosti dovode do toga da svaki pojedinačni zaposlenik zna šta da očekuje od kompanije ali i od radnih kolega. Jasnim smjernicama za rad se podiže nivo odgovornosti zaposlenika, ali smanjuje samoinicijativno dobacivanje/prebacivanje poslova ili usporavanje procesa poslovanja.

4. REGULATORNA USKLAĐENOST U BANKARSTVU

Usklađenost sa propisima u bankarstvu zahtijeva od banaka da uspostave politike i procedure koje ispunjavaju različite propise o usklađenosti banaka koje nameću lokalna i međunarodna regulatorna tijela.

4.1. Ključni aspekti usklađenosti sa propisima u bankarstvu

Samo jedna od aspekata usklađenosti u bankarstvu jeste usklađenost sa propisima. U to se ubrajaju pozitivni zakonski okvir, propisi koje nameće regulatorno tijelo, u BiH je to Agencija za Bankarstvo FBiH i Agencija za bankarstvo Republike Srpske, kao i propisi Centralne Banke BiH. Također, banke imaju obavezu usklađivanja i sa internim aktima, zapravo, postupanja shodno obavezama i propisima koje je sebi nametnula internom procedurom.[5]

Prvi aspekt je naprijed već i opisan, a to je poštivanje i usklađivanje banaka sa pozitivnim propisima navedenih tijela. Međutim, kako bi banke prevazišle određene pravne praznine, slobodne su sebi nametnuti pravila po kojima se postupa u onome dijelu gdje zakonski propisi nisu striktni ili dovoljno precizni. Propisi ne mogu predvidjeti doslovno svaku situaciju koja se praktično, kroz poslovanje, može dogoditi, ali upravo zato je usklađenost u bankarstvu najbolji primjer kako se prevazilaze pravne praznine.

Drugi aspekt usklađenosti u bankarstvu jeste upravljanje rizicima. Identifikovanje rizika usklađenosti, Funkcija obavlja prepoznavanjem, otkrivanjem i lociranjem postojećih rizika, i/ili rizika koji mogu nastati uvođenjem novih bankarskih proizvoda i usluga ili primjenom novih zakona ili propisa.[6] To praktično znači da službenici za usklađenost moraju

[5] Vid. S. Islamović, S. Topuz, “Uloga funkcije praćenja usklađenosti u kontekstu identifikacije, analize i tumačenja novih bankarskih propisa na nivou FbiH”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 32/2023, 287–300.

[6] Čl. 81. st 4. Zakona o Bankama FBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 27/17, od 12.04.2017.

osigurati da banke efikasno upravljaju rizicima, uključujući tržišne, operativne rizike, rizike sukoba interesa, rizike neusklađenosti sa propisima, reputacijske rizike i sl. Posljednji rizik je izvrstan primjer nečega što nijednim zakonom nije predviđeno, a umnogome utječe na poslovanje banke, a i svake kompanije. Reputacijski rizik je nešto na šta svaka ozbiljna banka/kompanija mora paziti. U tom smislu, banka donosi određene smjernice postupanja kako ne bi došlo do reputacijskog rizika, ali propisuje i postupak, načine kriznog komuniciranja, te aktivnosti koje se moraju poduzeti u slučaju da se reputacijski rizik realizuje. Zakon ne kaže ništa o tome, ali tu, može se slobodno reći – pravnu prazninu, popunjavaju interne instrukcije, akti za koje je zadužena funkcija usklađenosti.

Treći aspekt jeste, svakako, zaštita korisnika finansijskih usluga. Funkcija usklađenosti se brine o tome da banka bude u potpunosti usklađena sa zakonima i propisima koje štite korisnike od prevara, diskriminacije i loše prakse. Četvrti aspekt je finansijska stabilnost.

Iako je ovo samo mali dio onoga što funkcija usklađenosti u bankarstvu, doista, obavlja, za lakše razumijevanje uloge usklađenosti u prevazilaženju pravnih praznina je sasvim dovoljno. Kako je već na nekoliko mjesta navedeno, nije sve propisano zakonima i podzakonskim aktima. Određene situacije se pojave u praksi i vrlo često nisu striktno regulisane zakonom. Iako je ovo samo mali dio onoga što funkcija usklađenosti u bankarstvu, doista, obavlja, za lakše razumijevanje uloge usklađenosti u prevazilaženju pravnih praznina je sasvim dovoljno.

5. PRAKTIČNI PRIMJER PRAVNE PRAZNINE U RADNOM ZAKONODAVSTVU BIH – AGENCIJSKI RAD

Institut agencijskog rada[7] nije regulisan niti jednim od tri zakona o radu u BiH. Međutim, to ne znači da se ne primjenjuje ili da njegova primjena krši zakon, odnosno to ne treba da znači da je agencijski rad u BiH – rad na crno.

5.1. Predmet Veritas Automotive

U nastavku prikazani slučaj, predstavlja vrlo važan segment usložnjavanja primjene instituta agencijskog rada u BiH.

U konkretnom predmetu, kompanija koja se bavi prodajom auto dijelova i opreme sklopila je ugovor o angažiranju radne snage sa kompanijom

[7] Agencijski rad se obavlja kao trouglasti ugovorni odnos koji uključuje agenciju za iznajmljivanje (poslodavca), agencijskog radnika i kompaniju (klijenta). Agencija sklapa ugovor sa radnikom i kompanijom ponaosob, dok se odnos između radnika i kompanie javlja kao prirodna posljedica sklapanja tih ugovora.

Prevent Direkt. Shodno ugovoru, apelant je angažovao radnike zaposlene kod davaoca usluga, odnosno Prevent Direkt-a, te na taj način unajmio radnu snagu na osnovu obavljanja svoje djelatnosti koja je kvalificirana za ustupanje ljudskih resursa – šifra djelatnosti 78.30. Nakon posjete prostorija kompanije Veritas od strane Kantonalnog inspektora, isti je sačinio zapisnik, te utvrdio da je u pitanju rad na crno, jer radnici koji su bili na licu mjesta nemaju sklopljen ugovor sa kompanijom u čijim prostorijama obavljaju rad, dok Zakon o radu FBiH (dalje: ZOR) ne poznaje institut ustupanja radnika. Inspektor je nakon toga, Općinskom sudu u Sarajevu podnio zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka protiv apelanta zbog prekršaja iz čl. 4 ZOR-a, u vezi sa čl.170.[8] Dakle, inspektor je polazio od pretpostavke da sve što nije zakonom izričito propisano, zabranjeno je i predstavlja protupravnu radnju. Općinski sud u Sarajevu je u obrazloženju naveo da je analizom i ocjenom provedenih dokaza utvrdio da je kompanija počinila prekršaj za koji se tereti, a što je Sud prepoznao kao rad na crno jer kada su u pitanju poslovi iz redovne djelatnosti za koje je privredni subject registrovan, moraju biti zaključeni ugovori o radu između privrednog subjekta i radnika koji obavlja redovne djelatnosti kod tog poslodavca.[9] Kompanija je uložila žalbu.

U žalbi je, između ostaog, navedeno i da je potenciranje prvostepenog suda na osnovnoj redovnoj djelatnosti zbog koje poslodavac sa zaposlenima mora zaključiti ugovor o radu pogrešno, jer zakon ne pravi distinkciju između redovne i drugih djelatnosti, kao i da je davalac usluge registrirano privredno društvo za ustupanje ljudskih resursa, u skladu sa ***Konvencijom 181.*** o privatnim agencijama za zapošljavanje (dalje: Konvencija 181)[10]

Naposlijetku, kompanija (dalje: apelant) upućuje apelaciju Ustavnom sudu BiH. U Apelaciji upućenoj Ustavnom sud ističe da je institut ustupanja radnika poznat i primijenjen u zakonodavstvu EU, te da je direktno primijenjen i inkorporiran u nacionalno zakonodavstvo Republike Hrvatske, kao i da je u procesu unošenja i u zakonodavstvo Republike Srbije povodom pregovora o pristupanju EU, a koje podrazumijeva primjenu Direktive broj 2008/104/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje od 19. novembra 2008. Godine (dalje: Direktiva 2008/104/EZ)

Ustavni sud je istakao da je u konkretnom postupku utvrđeno da je apelantu davaoc usluge ustupio 56 radnika da u njegovim prostorijama obavljaju posao za njega, ali da te radnike za obavljanje poslova plaća

[8] *Ibid.*, para 5.

[9] *Ibid*., para 9.

[10] Veritas Automotive" d.o.o. Sarajevo, AP 809/19 od 10. Novembra 2020., Ustavni sud BiH, *Službeni glasnik BiH*, br 79/20, para 14.

njihov poslodavac, odnosno kompanija koja je iznajmila radnike. Također, Sud je istakao kako je nesporno da su radnici imali valjane ugovore o radu sa svojim poslodavcem i da su kod njega prijavljeni na obavezna osiguranja (penzijsko, invalidsko, zdravstveno i osiguranje za slučaj nezaposlenosti). Utvrđeno je i da je davalac usluge za ustupljene radnike kao njihov poslodavac uplatio sve doprinose propisane zakonom.[11]

Ustavni sud je našao shodnim napomenuti da ZOR izričito ne zabranjuje konkretni vid angažovanja radne snage, te zapazio da u konkretnom slučaju redovni sudovi nisu tvrdili da ustupanje radnika nije generalno zabranjeno, već da nije moguće ustupanje radnika radi "obavljanja osnovne djelatnosti" za koju je privredni subjekt registrovan.

Također, Ustavni sud je naveo da zakoni o klasifikaciji djelatnosti BiH i Federacije BiH, kao i Odluka o klasifikaciji djelatnosti 2010 – šifra djelatnosti 78.30 - ustupanje ljudskih resursa ne propisuju nikakav uslov da se navedena djelatnost - ustupanje ljudskih resursa ne može odnositi na obavljanje osnovne registrovane djelatnosti društva. Nadalje, Ustavni sud je naveo da iz odredaba Zakona o privrednim društvima proizlazi da djelatnosti društva nisu podijeljene na osnovne i sporedne, već da su djelatnosti društva sve one koje su upisane u registar društva.

Ustavni sud je naveo da predmetni ugovor o angažiranju radne snage, koji je u konkretnom slučaju pravni osnov za apelantovo angažovanje radnika, ni na koji način nije doveden u pitanje u konkretnom postupku, odnosno da njegova pravna valjanost nije pobijana, niti osporena u konkretnom postupku.

Zaključak Ustavnog suda, na osnovu naprijed navedenog, je da nema osnova za tvrdnju nadležnih organa da su ustupljeni radnici radili nezakonito.

5.2. Tumačenje i različitih propisa i dovođenje u vezu u cilju prevazilaženja pravnih praznina

Kada je riječ o radno-pravnom okviru BiH, zakonima o radu, pojam privremenog zapošljavanja putem agencija za iznajmljivanje nije regulisan. Dakle, u ZOR-u FBiH ne postoji definicija instituta privremenog zapošljavanja, kao ni ustupanja radnika.

Međutim, iako ZOR ne sadrži odredbe o radu putem agencija za iznajmljivanje, Klasifikacija djelatnosti BiH iz 2010 godine,[12] poznaje pod šifrom 78.20 djelatnost za Agencije za privremeno zapošljavanje.

[11] AP 809/19, para 40, i 41.

[12] Klasifikacija djelatnosti BiH, 2010, dostupno na: *3.Klasifikacija djelatnosti BiH 2010, 59_10, HRV.pdf (pravosudje.ba).*

S druge strane, BiH je ratificirala MOR-ovu Konvenciju 181, čiji ciljevi i glavni razlozi donošenja su fleksibilizacija na tržištu rada i zaštita radnika od protupravnog postupanja i zloupotrebe. Pod pojmom agencije za privremeno zapošljavanje, Konvencija podrazumijeva i agencije za privremeno zapošljavanje. Obzirom na činjenicu da je BiH ratificirala Konvenciju 181, samim time ona ima obavezu da je poštuje, odnosno da je njeni organi primjenjuju.

Posebnu pažnju Konvencija posvećuje stranim radnicima te u tom slučaju predviđa sklapanje bilateralnih sporazuma između zemalja članica, donošenje adekvatnih nacionalnih propisa i konsultovanje s predstavnicima radnika i poslodavaca u svrhu zaštite prava i interesa radnika i prevencije zloupotrebe. Također se predviđa saradnja s javnim službama zapošljavanja u svrhu analize stanja i planiranja strategije zapošljavanja. Saradnja agencija sa javnim službama zapošljavanja posebno predviđa i obvezu agencija da nadležnim tijelima ustupe potrebne podatke koji se odnose na zapošljavanje. Shodno naprijed navedenom, vrlo jasno su uočljivi određeni propusti i nelogičnosti u vezi sa primjenom instituta agencijskog rada na području BiH. ZOR FBiH, RS-a i BD u svojim odredbama ne definišu niti regulišu privremeno zapošljavanje putem agencija za iznajmljivanje radnike.

U praksi, ovaj oblik zapošljavanja nije rijetka pojava u BiH, ali je u “sivu zonu” odvlači upravo to što rigidno tumačenje ZOR-a, ne uzimajući u obzir druge činjenice poput ratifikacije Konvencije 181., dovodi do situacija da državni organi nadležni za inspekcijske poslove (npr. Kantonalna uprava za inspekcijske poslove) kažnjava kompanije za “rad na crno” nepriznavajući institut agencijskog rada zbog njegove neregulacije u ZOR-u.

5.3. Praktično rješenje za praktičan pravni problem

U ovakvim situacijama funkcija oficira za usklađenost poslovanja (compliance officer) je ključna. Oficir za usklađenost je ta osoba koja štiti kompaniju od svakog nedostatka i nepravilnosti. Konkretno, za agencijski rad, potrebno je da kompanije u momentu dolaska inspekcije, odmah znaju koja su njihova prava. Oficir za usklađenost poslovanja, dužan je da poznaje međunarodne dokumente koji regulišu agencijski rad, obaveze Bosne i Hercegovine u primjeni i poštivanju tih dokumenata, kao i pravni osnov aplikativnosti instituta, iako on nije striktno zakonski.

Nadalje, iako se pravni sistem BiH ne temelji na precedentnom pravu, uvijek je povoljno imati već istu ili sličnu situaciju iz prakse o kojoj je odlučivao sud. Tako se kompanije mogu pozvati i na pravosnažnu presudu, a u svoju korist.

6. ZAKLJUČAK

U radu je obrađena ključna uloga usklađenosti poslovanja u kontekstu prevazilaženja pravnih praznina. Usklađenost poslovanja nije samo regulatorni zahtjev, već i strategija koja omogućava organizacijama da djeluju u skladu sa zakonima i normama, čime se smanjuje rizik od kršenja propisa i pravno nesigurnog poslovanje. Kroz analizu primjera pravnih praznina, uočeno je da efikasno upravljanje usklađenošću može doprinijeti boljoj zaštiti interesa organizacije, poboljšanju poslovnog imidža i očuvanju povjerenja relevantnih aktera. Usklađenost poslovanja također doprinosi stabilnosti poslovnog okruženja i omogućava organizacijama da efikasno upravljaju promjenama u zakonodavstvu ili regulativama. Kroz sistematičan pristup usklađenosti, organizacije mogu identifikovati, analizirati i rješavati pravne praznine na vrijeme, čime se minimizira potencijalni pravni i finansijski rizik. Osim toga, usklađenost poslovanja podstiče transparentnost i odgovornost u poslovnim aktivnostima, što može ojačati odnose sa regulatornim tijelima, klijentima i investitorima. U kontekstu globalnog tržišta, gdje su propisi često kompleksni i različiti, usklađenost poslovanja postaje još važnija za međunarodne kompanije koje žele da posluju na više tržišta istovremeno. Integracija usklađenosti u strategiju poslovanja omogućava organizacijama, ne samo da poštuju zakonske zahtjeve, već i da iskoriste prilike za rast i širenje na globalnom nivou, uz očuvanje integriteta i reputacije.

U konačnom zaključku, uloga usklađenosti poslovanja u prevazilaženju pravnih praznina nije samo administrativni zadatak, već ključni element održivog i odgovornog poslovanja u savremenom svijetu. Nastavak istraživanja i primjena najboljih praksi u oblasti usklađenosti mogu unaprijediti sposobnost organizacija da se prilagođavaju dinamičnom regulatornom okruženju i ostvare dugoročni uspjeh.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Thomas Schneider, *Tools of Effective Compliance – Proven measures for compliance officers*, Springer, (eBook) *https://doi.org/10.1007/978-3-662-66748-4*;
2. Anthony Tarantino, *Manager's Guide to Compliance*, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2006;
3. Dinah Shelton, *Commitment and Compliance: The Role od Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2003;
4. Eckhard Voss *et al*., *The Role of Temporary Agency Work and Labour Market Transition in Europe*, Final Report for the Joint Eurociett/ UNI Europa Project, Hamburg, 2016;

5. Gregor Thüsing, *European Labour Law*, Beck – Hart – Nomos, Oxford, Germany, 2013;
6. Deborah L. Rhode, *Legal Ethics in Compliance*, 56 GONZ. L. REV. 211, 2020;
7. Ivan Sekulovlić, *Modeli zaštite lica radno angažovanih preko agencija za privremeni rad u Europskoj uniji*, Fondacija Centar za demokratiju, 2018;
8. John D. R. Craig, S. Michael Lynk, *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge University Press, Edinburgh, 2006;
9. Diane Huberman Arnold, Keith Arnold, Vanessa J. Arnold, "Managing Ethical Risks and Crises: Beyond Legal Compliance", *Beijng L. Rew*, 2010;
10. Jay G. Martin, *Implementing Effective Corporate Legal Compliance Programs*, 11 NAT. Resources & ENV't. 14, 1997;
11. William Bradford, *International Legal Compliance: Surveying the Field*, 36 GEO. J. INT'l L. 495, 2005;
12. Richard S. Gruner, *Lean Law Compliance: Confronting and Overcoming Legal Uncertainty in Business Enterprises and Other Complex Organizations*, New York University, Journal of Law & Business, no.11(2);
13. Robert Astolfi, Legal gap: Porositiy as Opportunity, Jstor.org, Vol. 103, No.4., 2017;
14. Suan Islamović, Senaid Topuz, „Uloga funkcije praćenja usklađenosti u kontekstu identifikacije, analize i tumačenja novih bankarskih propisa na nivou FBiH“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 32/2023.

Pravni propisi

1. Zakon o bankama FBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 27/17;
2. Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegocine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 26/16, 89/18 i 31/20;
3. Zakon o radu Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 1/2016, 66/2018, 91/2021 i 119/2021;
4. Zakon o radu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 94/2014, 127/2017;
5. Zakon o radu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 i 13/2017.

Sudska praksa

1. Veritas Automotive" d.o.o. Sarajevo, AP 809/19 od 10. Novembra 2020, Ustavni sud BiH, *Službeni glasnik BiH*, br 79/20.

Odluke

1. Odluka o sistemu internog upravljanja u banci, *Službene novine Federacije BiH*, br. 39/21.

Teaching Assistant Armina Čunjalo, LL.M.

Faculty of Law, University of Zenica

THE ROLE OF BUSINESS COMPLIANCE IN OVERCOMING LEGAL GAPS

Summary

Globalization and modernization of society simultaneously require the flexibility of law and legal regulations. The foregoing stems from the fact that it is very important that business at the international level be as simple and as safe as possible from a legal point of view.

The national legal framework regulates (almost) all legal matters, but difficulties arise in situations where they are not regulated in detail or are not done so skillfully. This can be a problem at the national and also at the international level - for companies that operate outside the borders of their country of origin. Recently, it has become necessary to devise a mechanism by which it will be easier to bridge legal gaps in various spheres, especially in business.

Thus, the introduction of the concept of "legal compliance" into everyday business is becoming more and more frequent. Legal compliance in business is a mechanism by which policies and procedures, as well as business itself in a practical sense, are harmonized with all laws, by-laws, and international regulations that govern certain areas, which contributes to overcoming legal gaps by relying on multiple regulations.

The focus of this paper will be on legal business, despite the fact that not all legal relationships and actions are foreseen and defined in advance. Therefore, in the context of legal gaps, the focus shifts from the legal relations of private persons to the legal relations/actions of legal and natural persons in business.

For the purpose of this paper, examples of legal gaps in domestic legislation and possible consequences that can be minimized or completely avoided by the business compliance mechanism will be presented.

In the concluding remarks, the author of the paper will give certain possible solutions that can be achieved through the mechanisms of legal compliance and business.

Key words: *Legal compliance; Compliance; Business law; Legal gaps*.

УДК/UDC 349.22(497.6)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Јелена Лале, мр

Министарство финансија и трезора Босне и Херцеговине

Аида Хаџиахметовић, мр

Министарство финансија и трезора Босне и Херцеговине

ПРАВНИ РЕЖИМ ЗАСНИВАЊА РАДНОГ ОДНОСА У ИНСТИТУЦИЈАМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Заснивање радног односа има вишеструку улогу и значај. Друштво заснивањем радног односа обезбјеђује потребну количину и квалитет друштвено потребног рада – послодавци обезбјеђују радну снагу, радници обезбјеђују себи и члановима своје породице материјално-социјалну сигурност. Због тога је потребна одговарајућа правна објективизација заснивања радноправног односа, тј. успостављање правног режима. У овом раду, систематично ће се извршити анализа правног режима заснивања радног односа у институцијама Босне и Херцеговине, као једног о најзначајнијих радноправних института, с обзиром да овај институт представља прву и најнепосредњију радноправну разраду права на рад. У одговарајућим дијеловима рада, пажња ће бити посвећена начину и основним фазама поступка заснивања радног односа државних службеника и осталих запослених лица, са посебним освртом на услове за заснивање радног односа, заштиту учесника конкурса и права на дјелотворно правно средство. У раду ће бити ријечи и о могућности продужења радног односа државним службеницима који су у складу са важећим прописима стекли услове за остваривање права на старосну пензију, с обзиром да се у институцијама Босне и Херцеговине појављују поменути случајеви, а на основу сагласности Агенције за државну службу. Такву праксу прате многобројна отворена питања, посебно што одговарајуће законске норме у случају испуњења услова за остваривање права на ста-

Јелена Лале, *jlale@mft.gov.ba.*
Аида Хаџиахметовић, *ahadziahmetovic@mft.gov.ba.*

росну пензију, утврђују престанак радног односа. У том смислу, аутори ће де леге ференда учинити одговарајуће приједлоге за квалитетније и потпуније нормативно регулисање поменутог питања.

Кључне ријечи: Заснивање радног односа; Конкурс; Државни службеник; Право на жалбу.

1. УВОД

Право на рад је основно социјално право, чија је суштина у људском достојанству (на раду) као опште човјечанској вриједности,[1] а које се огледа у слободи избора занимања, односно забрани принудног рада, једнакој доступности свих радних мјеста (занимања) под једнаким условима (начело забране дискриминације), као и обавези државе да ствара услове за пуно запослење – ефективно остварење права на рад грађана.[2] Европска социјална повеља из 1961. године[3] упућује на обавезу државе да, по могућности оствари пуну запосленост вођењем активне политике запошљавања, да се за живот заради слободним избором занимања без принудног рада и дискриминације и укључивањем бесплатних служби за запошљавање за све раднике. Право на рад као једно од фундаменталних људских права подразумијева право сваког човјека да на основу слободно изабраног или прихваћеног посла зарађује за живот. Право на рад потврђено је у Универзалној декларацији о људским правима[4] док слободан избор запослења гарантује Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима[5]. Слободан избор запослења које Пакт гарантује, требало би тумачити као запослење, којим се не вријеђа достојанство и част човјека, а не пуко запослење да би се омогућила основна средства за живот.

Право на рад није апсолутно и безусловно право да се добије запослење и у том смислу, право на рад нема строго правно значење (право појединца да добије запослење и да га задржи), већ политичко – програмско значење – обавезује законодавца (државу) да интерве-

[1] G. Maus, *Social Human Right and Protection against Dismisual – General Theory with an analysis of the right to work*, University of Antwerp, 2003, 335.

[2] Б. А. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд 2003, 277.

[3] Evropska socijalna povelja.

[4] Универзална декларација о људским правима, усвојена на Генералној скупштити Уједињених нација 10.12.1948. године (A/RES/217).

[5] Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, усвојен на Општој скупштини Уједињених народа, 16.12.1966. године (резолуција бр. 2200 A /XXI/), ступио на снагу 3.1.1976. године.

нише својим нормативним инструментима ради гарантовања пуне запослености и владу да води политику пуне запослености.[6.]

Заснивање радног односа је инструмент за остваривање једног од основних људских права, права на рад, те ће аутори овог чланка покушати извршити анализу правног режима заснивања радног односа у институцијама Босне и Херцеговине. С обзиром да овај институт представља прву и најнепосреднију радноправну разраду права на рад, пажња ће бити посвећена начину и основним фазама поступка заснивања радног односа државних службеника и осталих запослених лица, са посебним освртом на услове за заснивање радног односа, заштиту учесника конкурса и права на дјелотворно правно средство. У раду ће бити ријечи и о могућности продужења радног односа државним службеницима који су, у складу са важећим прописима, стекли услове за остваривање права на старосну пензију, с обзиром да се у институцијама Босне и Херцеговине појављују поменути случајеви.

2. УСЛОВИ ЗА ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА

У поступку заснивања радног односа тражиоци запослења остварују право на рад. Велики значај за остваривање овог људског права, отуд, има, утврђивање услова (и сметњи) за заснивање радног односа. „Од тога какви ће услови за заснивање радног односа бити постављени, да ли су ти услови по свом броју, опсегу или садржини мањи, односно блажи и шири и већи, сложенији или ограниченији – зависиће и то како ће и колики ће круг грађана моћи да оствари своје уставом зајамчено право на рад.[7]

Услови за заснивање радног односа у институцијама Босне и Херцеговине прописани су Законом о раду у институцијама Босне и Херцеговине[8], Законом о полицијским службеницима Босне и Херцеговине[9] и Законом о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине[10]. Општи услови за заснивање радног односа сведени су на

[6] Б. А. Лубарда, 278.

[7] Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд 2021, 121.

[8] Закон о раду у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 26/2004, 7/2005, 48/2005, 50/2008 - др. закон, 60/2010, 32/2013, 93/2017, 59/2022 и 88/2023).

[9] Закон о полицијским службеницима Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 27/2004, 63/2004, 5/2006, 58/2006, 58/2006, 15/2008, 50/2008 - др. закон, 63/2008, 35/2009, 7/2012 и 42/2018 - одлука УС.

[10] Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/02, 19/02, 8/03, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 43/09, 8/10, 40/12, 93/17 и 18/24.

мали број, односно на оно што је нужно за обављање послова које захтјева тржиште рада и они су предмет уређивања Закона о раду у институцијама Босне и Херцеговине, док су општи и посебни услови за државне службенике и полицијске службенике предмет закона који уређују њихове радне односе. Радни однос се може засновати ако су кумулативно испуњени општи услови који су исти за све раднике и посебни услови који зависе од захтјева који се постављају за обављање послова на одређеном радном мјесту. Закон о раду у институцијама Босне и Херцеговине и Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине прописују скори идентичне опште услове за заснивање радног односа (минималне године живота, здравствену способност, држављанство Босне и Херцеговине, невођење кривичног поступка, необухваћеност одредбама члана IX Устава Босне и Херцеговине), док Закон о полицијским службеницима Босне и Херцеговине прописује нешто строжије опште услове у погледу максималне старосне границе приликом заснивања радног односа, школске спреме и сертификата, а одређивање посебних услова за заснивање радног односа уређује се доношењем правилника о унутрашњој организацији. Један од општих услова који прописују сва три поменута закона је да лице које се прима у радни однос не смије бити обухваћено одредбом члана IX став 1. Устава Босне и Херцеговине[11]. Члан IX став 1. Устава каже „*Ниједно лице које се налази на издржавању казне, изречене пресудом Међународног трибунала за бившу Југославију, и нити једна особа која је под оптужницом Трибунала а која се није повиновала наредби да се појави пред Трибуналом, не може бити кандидат или имати било коју неименовану, изборну или другу јавну функцију на територији Босне и Херцеговине*.”[4] Мишљења смо да би овај услов за заснивање радног односа требало нормативно уредити или ревидирати доношењем подзаконских аката којима би се ближе уредила ова област. У пракси се показало да доказ о испуњавању овог услова морају доставити сва лица која учествују у конкурсној процедури и она која су рођена након завршетка ратних дешавања у Босни и Херцеговини и на која се апсолутно не могу примијенити одредбе поменутог члана Устава. Постављањем старосне границе испод које је би постојала обавеза достављања доказа о испуњавању овог услова у форми овјерене изјаве или потврде, олакшало би прикупљање докумената у конкурсној процедури лицима на које се не могу примијенити одредбе члана IX став 1. Устава Босне и Херцеговине.

У погледу старосне границе као општег услова, Закон о државној служби прописује да се у радни однос у институцијама Босне и Хер-

[11] Устав Босне и Херцеговине – Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/09 – Амандман I.

цеговине не може примити лице које је млађе од 18 година старости и лице које је остварило законски прописану старосну доб за пензионисање, односно које је остварило право на личну пензију по било којем основу. Намеће се питање да ли се продужење радноправног односа након стицања услова за остваривање права на пензију може подвести под овај општи услов. Уколико је одговор потврдан, у чему се и аутори овог чланка слажу, питање је законске утемељености давања сагласности Агенције за државну службу Босне и Херцеговине да се радни однос државног службеника продужи на одређени период након стицања услова за пензионисање истог. Агенција за државну службу Босне и Херцеговине темељила је праксу давања сагласности институцијама Босне и Херцеговине да се радни однос државних службеника, у већини случајева руководећих државних службеника, продужи за одређени временски период. С обзиром да се продужење радноправног односа на основу сагласности Агенције за државну службу на одређени начин показало спорним а да се и Канцеларија за ревизију институција Босне и Херцеговине у свом Извјештају о обављеној финансијској ревизији за 2022. годину[12] „дотакла“ тог питања, Агенција за државну службу у појашњењу[13] достављеном свим институцијама, обавијестила је, да више неће давати било какве сагласности за продужење радноправног ангажмана државних службеника нити ће такве сагласности одбијати, мада како наводи, сам радни однос државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине не престаје *ex lege*, већ је за престанак радног односа потребно донијети рјешење о разрјешењу а да законске одредбе дозвољавају продужење радноправног односа у случају постојања оправданог разлога. Поставља се питање законске утемељености давања овакве сагласности јер је Агенција за државну службу, у складу са чланом 51. Закона о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, овлашћена да даје мишљења у поступку разрјешења руководећих државних службеника по основу стицања услова за престанак радног односа због навршених година живота, али није овлашћена да својим актима продужава радноправни статус запослених. Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине прописао је случајеве престанка радног односа државних службеника међу којима је и случај када државни службеник наврши 65 година живота и оствари најмање 20 година стажа осигурања или када наврши 40 година стажа

[12] Извјештај о обављеној финансијској ревизији за 2022. годину Агенције за државну службу Босне и Херцеговине за 2022. годину, 16.

[13] Појашњење Агенције за државну службу институција Босне и Херцеговине у вези са разрјешењем државног службеник због стицања услова за пензионисање, број 03-34-2-811/23 од 24.07.2023. године.

осигурања независно од година живота. Професор Жељко Мирјанић исправно резонује, а са чим се и аутори овог чланка слажу, да ако закон о раду није предвидио могућност споразумног продужења радног односа, послодавац доноси рјешење о престанку радног односа раднику који је испунио минималне године живота и стажа осигурања[14]. Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине не предвиђа могућност да институција и државни службеник споразумом продуже радни однос када службеник наврши 65 година живота и 20 година стажа осигурања, те престанак радног односа не зависи од воље радника и воље послодавца. Државног службеника разрјешава Агенција за државну службу институција Босне и Херцеговине по прибављеном мишљењу надлежне институције, док руководеће државне службенике разрјешава орган надлежан за постављање уз прибављено мишљење Агенције за државну службу. У прилог ставу да је у питању престанак радног односа независно од воље радника и воље послодавца може се навести и то да је Закон о раду Црне Горе[15] међу случајеве престанка радног односа по сили закона сврстао и случај када запослени наврши 67 година живота и најмање 15 година стажа осигурања. Ако закон допушта споразумно продужење радног односа, престанак зависи од воље уговорних страна. Према Закону о раду Републике Србије[16] и Закону о раду Републике Хрватске[17] радни однос престаје када радник наврши 65 година живота и 15 година стажа осигурања[18] ако се послодавац и радник не договоре другачије, док скоро идентично рјешење предвиђа и Закон о раду Федерације Босне и Херцеговине.[19]

Из свега што је напријед наведено, произилази да Агенција за државну службу није имала законско упориште да даје саглсности за продужење радноправног односа јер такву могућност не препознаје Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине. Да је законодавац имао намјеру да предвиди продужење радноправног односа, након што државни службеник наврши 65 година живота и оствари 15 година стажа осигурања, он би то уградио у законску норму, што је управо супротно ставовима Агенције за државну службу.

[14] Ж. Мирјанић, *Увод у радно право*, Бања Лука, 2020, 242.

[15] Закон о раду Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, бр. 74/2019 и 8/2021, члан 164.

[16] Закон о раду Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - одлука УС, 113/17 и 95/18 – аутентично тумачење, члан 175.

[17] Закон о раду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23 и 64/23, члан 112.

[18] Ж. Мирјанић, 242

[19] Закон о раду Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 26/16, 89/18, 23/20 - одлука УС, 49/21 - др. закон, 103/21 - др. закон, 44/22 и 39/24.

3. ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА НА НЕОДРЕЂЕНО ВРИЈЕМЕ У ИНСТИТУЦИЈАМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Запошљавање државних службеника на неодређено вријеме представља кључни сегмент функционисања државне администрације. Овај вид запошљавања омогућава стабилност и континуитет у раду државних институција, што је неопходно за ефикасно пружање јавних услуга грађанима. Запошљавање државног службеника у институцијама Босне и Херцеговине се темељи на јавном конкурсу, који је строго формализован законом. Таквом строгом и формалном процедуром долази до изражаја начело једнаке доступности свим заинтересованим лицима да се под наведеним условима равноправно натјечу за свако оглашено радно мјесто.[20] Обзиром на мјесто које заузимају у хијерархијској структури државе и чињеницу да одлучују о правима њихових сугрђана, државни службеници подвргнути су посебним правним принципима и обавезујућим правилима приликом заснивања радног односа.[21]

У институцијама Босне и Херцеговине, упражњена радна мјеста попуњавају се првенствено интерним премјештајем државног службеника који је запослен на сличном радном мјесту унутар институције. Уколико то није могуће, институција може прво интерно огласити то мјесто, а ако интерни премјештај није могућ, Агенција за државну службу БиХ покушава попунити упражњено радно мјесто екстерним премјештајем државног службеника који је на сличном положају у другој институцији. На концу, када се исцрпе све могућности, упражњено мјесто се оглашава путем јавног конкурса.[22] Радна мјеста могу се попуњавати само у складу с правилником о унутрашњој организацији институције и према унапријед усвојеном плану запошљавања.

Провођење јавних конкурса може се вршити у складу са чланом 21. и чланом 32. а) Закона о државној служби. Члан 21. прописује да Агенција за државну службу Босне и Херцеговине оглашава упражњено мјесто, те проводи јавни конкурс. У овим случајевима, Агенција има важну улогу у осигуравању транспарентности и једнаких могућности приликом запошљавања у државном сектору. Институција шаље писмени захтјев Агенцији за расписивање огласа уз извод из правилника о унутрашњој организацији институције и приједлог тек-

[20] В. Херман, М. Ћупурдија, *Основе радног права*, Осијек, 2011, 104.

[21] Д. Топић, „Посебности радног односа државних службеника у Босни и Херцеговини“, *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару*, бр. XXX., 2022, 35.

[22] Видјети члан 19. Закона о државној служби у институцијама БиХ.

ста огласа на сагласност. Агенција утврђује коначни садржај огласа, који доставља институцији и објављује на службеној интернет страници као и у три средства јавног информисања која се дистрибуирају на подручју читаве државе. Оглас треба садржавати све потребне информације о радном мјесту, условима пријаве, роковима, основној нето плати и другим законом прописаним релевантним детаљима.[23] Агенција пружа подршку институцијама и кроз процес селекције кандидата, који је усклађен с најбољим праксама и релевантним прописима. Наиме, комисија за избор кандидата састоји се од два државна службеника из институције на коју се јавни конкурс односи, а који имају академско и професионално искуство у областима обухваћеним процесом јавног конкурса, док се остала три члана именују са листе експерата коју утврди Агенција.[24] Ова пракса осигурава да процес запошљавања у државном сектору буде транспарентан и праведан, те омогућује свим заинтересованим кандидатима да се пријаве на отворена радна мјеста, те да буду непристрасно и праведно оцијењена. Рангирање се врши на основу степена знања кандидата које се утврђује путем писменог и усменог тестирања, при чему се питања формирају из описа послова и задатака радног мјеста, дјелатности институције, области државне управе, државне службе и других области знања и вјештина које могу бити од значаја за рад на радном мјесту на које се кандидат пријавио. Након завршеног тестирања и комплетиране процедуре, Агенција за државну службу доноси рјешење о постављењу државног службеника, које формализује радно-правни статус државног службеника.

Члан 32. а) Закона о државној служби у институцијама БиХ прописује да јавни оглас може проводити и сама институција и то онда када је основана нова институција по основу преноса или преузимања надлежности. Институција одлучује да ли ће се радно мјесто попунити путем интерног или екстерног премјештаја државног службеника или путем јавног конкурса, те може одлучити да проведе било који од ових поступака истовремено или један за другим. Сходно прописаним овлаштењима, Агенција је донијела Правилник о поступцима оглашавања, избора кандидата, премјештаја и постављења државних службеника у случају преноса или преузимања надлежности од стране институција БиХ.[25] Ово одредбе се примјењују до потпуне или пре-

[23] Правилник о карактеру и садржају јавног конкурса, начину провођења интервјуа и обрасцима за провођење интервјуа, *Службени гласник БиХ,* бр. 63/16, 21/17, 28/21 и 38/23, члан 9.

[24] Члан 24. Закона о државној служби у институцијама БиХ.

[25] Правилник о поступцима оглашавања, избора кандидата, премјештаја и постављења државних службеника у случају преноса или преузимања надлежности од стра-

тежне попуне нове институције или организационе јединице која преузима или на коју се преноси надлежност. Наиме, у недостатку јасније формулације ових одредби, измјенама Правилника је прописано да се под потпуном или претежном попуном институције или организационе јединице подразумијева: а) 95% радних мјеста државних службеника ако институција има више од 100 систематизованих радних мјеста државних службеника; б) 90% радних мјеста ако институција има до 100 систематизованих радних мјеста државних службеника; ц) 85% радних мјеста у организационој јединици без обзира на број систематизованих радних мјеста.[26] Ова измјена је извршена из разлога што се и 10 година након формирања институција или преноса надлежности, чак и када је просјечан проценат попуњености предметних институција од 61%, конкурси проводе у складу с чланом 32. а) наведеног Закона. Интенција јесте да Агенција преузме све конкурсне процедуре, уз адекватно осигурање финансијских и људских ресурса, како би се запошљавање на неодређено вријеме вршило на уједначен и транспарентан начин за све институције на државном нивоу, а чиме би се осигурало да свака институција поступа у складу с истим правилима и процедурама.[27]

Ова строга и изричита регулација попуњавања радних мјеста у државним институцијама је у потпуности прихватљива и оправдана јер се плате државних службеника финансирају из државног буџета, те јер се обављају послови од јавног значаја као нпр. постављање правних и нормативних стандарда (припремање закона и других прописа), те располажу битним информацијама о различитим питањима која су важна за државу и цијелу заједницу.[28]

4. ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА НА ОДРЕЂЕНО ВРИЈЕМЕ ИНСТИТУЦИЈАМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Заснивање радног односа на одређено вријеме у институцијама Босне и Херцеговине представља веома битан корак у прилагођавању радне снаге потребама и захтјевима институција. Овај процес, иако привремене природе, захтијева пажљиво планирање како би се осигу-

не институција БиХ, *Службени гласник БиХ*, број: 27/08, 56/09, 54/10, 70/12, 12/20 и 69/22.

[26] Члан 23. Правилника о поступцима оглашавања, избора кандидата, премјештаја и постављења државних службеника у случају прииеноса или преузимања надлежности од стране институција БиХ.

[27] *Извјештај о обављеној финансијској ревизији Агенције за државну службу Босне и Херцеговине за 2023. годину*, Канцеларија за ревизију институција БиХ, Сарајево, 2023, 21.

[28] А. Дрмић, *Службенички однос у хрватској правној регулативи*, 2013, 586–587.

рала ефикасност рада и задовољство запосленика. Карактеристика овог уговора је да је, за разлику од уговора о раду на неодређено вријеме, његов престанак унапријед утврђен и то због тога што је због неког објективног разлога потреба за обављањем посла привремена.[29] Објективним разлогом за закључивање уговора о раду на одређено вријеме у институцијама Босне и Херцеговина, сматра се обављање ванредних, привремених или повремених послова или послова чији се обим привремено и непредвиђено повећао, а који нису трајнијег карактера, као и ради замјене дуже вријеме одсутног запосленика.[30] Важно је напоменути да правна регулатива ограничава трајање уговора на одређено вријеме и продужење истог. Дакле, уговор о раду на одређено вријеме закључује се на три, а може се продужити најдуже девет мјесеци, осим у случају боловања или породиљског одсуства државног службеника, али не дуже од двије године. Институције су дужне затражити од Агенције за државну службу Босне и Херцеговине сагласност за попуну радног мјеста, а Агенција је дужна доставити одговор најкасније у року од осам дана од дана пријема захтјева.[31] За закључивање уговора о раду на одређено вријеме је прописана обавеза провођења јавног конкурса. Заснивање радног односа на одређено вријеме врши се у складу са потребама институције и слободним радним мјестима**.** Након идентификирања потреба, институција објављује јавни оглас за посао, наводећи услове, трајање ангажмана и остале релевантне информације. Међутим, институцијама је дата могућност попуњавања радних мјеста путем уговора о раду на одређено и само уз сагласност Агенције за државну службу за одређено лице, дакле без објављивања и провођења јавног конкурса, и то онда ако је, складу с потребама рада радно мјесто неопходно хитно попунити, а интерна попуна радног мјеста није могућа.

У случајевима објављивања и провођења конкурса, а након идентификирања потреба институције, сљедећи корак је селекција кандидата. Кроз процес пријаве, писмено и усмено тестирање, институција бира најбоље кандидате који одговарају потребама и захтјевима посла. Након одабира, долази до потписивања уговора о раду на одређено вријеме. Овај акт се закључује искључиво у писменој форми, те прецизира податке послодавца и запосленика, трајање ангажмана, обавезе како за институцију тако и за запосленика, те тачан датум када запосленик ступа на дужност радног мјеста. Како би био правно

[29] И. Говић Пенић, *Заснивање и престанак радног односа*, Правосудна академија, Загреб 2023, 17.

[30] Закон о раду у институцијама Босне и Херцеговине, члан 16.

[31] Видјети члан 28а. Закона о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине.

ваљан, мора садржавати одређене кључне елементе и како би јасно дефинисао односе између послодавца и запосленика. Потписивање уговора означава формално успостављање радног односа и почетак сарадње између институције и запосленика. На лица која се примају у радни однос на одређено вријеме, било да се ради о пословима за које је потребна висока школска спрема или средња школска спрема примјењује се Закон о раду у институцијама Босне и Херцеговине, те се у складу с одредбама наведеног закона дефинишу права и обавезе запосленика. Такође, запосленици који су ангажовани на овај начин имају право на исте бенефиције као и запослени на неодређено вријеме, као што су плаћена одсуства, накнаде за долазак и одлазак с посла, заштита од дискриминације и сл.

За институције на државном нивоу Босне и Херцеговине, заснивање радног односа на одређено вријеме има свој значај. Омогућује им прилагођавање радне снаге према промјењивим потребама и пружа већу флексибилност у управљању људским ресурсима, посебно из разлога што за процедуру објављивања и обављања конкурса често треба проћи и неколико мјесеци, а потреба за запошљавањем нових лица може бити неодгодива и неопходна за ефикасно функционисање радних јединица институција. Такође, привремено запошљавање може донијети нове перспективе и идеје у институцију. За запослене, радни однос на одређено вријеме пружа прилику за стицање искуства, развој вјештина и ширење професионалне мреже. Иако привремене природе, ови послови могу бити корак према трајном запослењу или отварању нових каријерних прилика. Примјена овог правног института мора бити у складу са законским и етичким нормама како би се осигурала правичност и заштита права запосленика. Међутим, важно је напоменути да недостатак транспарентности у процесу запошљавања на одређено вријеме без провођења конкурсне процедуре може нарушити интегритет поступка запошљавања, те резултирати тиме да се уговори на одређено вријеме додјељују на основу личних преференција, умјесто на основу квалификација и способности кандидата. Постоји могућност да послодавци продужују уговоре о раду на одређено вријеме, са прекидима након девет мјесеци. Уочени су и случајеви да су особе у периоду паузе између два уговора на одређено вријеме биле ангажоване путем уговора о дјелу.[32] У овим случајевима доводи се у питање „хитност“ попуне радног мјеста, узимајући у обзир да је ангажман особа путем уговора о раду на одређено вријеме трајао током читаве године, а без расписивања јав-

[32] Годишњи ревизорски извјештај Канцеларије за ревизију институција БиХ о главним налазима и препорукама за 2018. годину, број: 06-16-1-1050/19, Сарајево, 2019, 7.

ног конкурса за то радно мјесто, што не може бити оправдано образложеним разлогом хитности из члана 8. Закона о раду у институцијама БиХ. Ово може довести до ситуације у којој радници годинама раде за истог послодавца, али су и даље изложени несигурности запослења, те сталном продужавању уговора о раду уз кратке прекиде. Сматрамо како је овакав начин запошљавања нетранспарентан и да се треба користити само у заиста изузетним случајевима. Према законским одредбама, овакви уговори су временски ограничени, али не и везани за одређену запослену особу. То значи да се с истим лицем може закључити уговор о раду на одређено вријеме након 9 мјесеци, али на другој позицији унутар исте институције, што отвара могућност додатне злоупотребе ове законске одредбе. Наиме, мишљења смо да је потребно обавезно осигурати да се запошљавање проводи на прихватљив и транспарентан начин, с циљем осигуравања повјерења грађана у државне институције[33], те би, из тог разлога, провођење јавне конкурсне процедуре за ову врсту уговора требало бити неопходно. Важно је континуирано радити на побољшању правног оквира, јачању транспарентности и промицању правне заштите како би се осигурало поштовање права запосленика и интегритета институција Босне и Херцеговине.

5. ЗАШТИТА УЧЕСНИКА КОНКУРСА И ПРАВА НА ДЈЕЛОТВОРНО ПРАВНО СРЕДСТВО У ИНСТИТУЦИЈАМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ ПРИЛИКОМ ЗАСНИВАЊА РАДНОГ ОДНОСА

Дјелотворно правно средство представља кључни елемент у осигуравању адекватне заштите права учесника конкурса и ефикасног санкционисања сваке неправилности или дискриминације. У Босни и Херцеговини, институције попут Омбудсмена за људска права, Агенције за равноправност сполова, као и судови, играју важну улогу у пружању правне подршке учесницима конкурса. Наиме, у Годишњем извјештају о резултатима активности институције омбудсмена за људска права БиХ за 2021. годину[34], наводи се да је запримљена 261 жалба које се тиче радних односа у 2021. години, од којих се већина односи на нерегуларности при запошљавању. Ова институција је мање формалан начин тражења заштите права, јер омбудсмени могу

[33] Г. Марчетић, „Управљање људским потенцијалима у јавној управи и нови Закон о државним службеницима“, *Хрватска и компаративна јавна управа: часопис за теорију и праксу јавне, управе, Друштвено велеучилиште* Загреб 2007, 187.

[34] Годишњи извјештај о резултатима активности институције омбудсмена за људска права БиХ за 2021. годину, Институција омбудсмена за људска права БиХ, Бања Лука, 2022. година, 35.

истражити случај и дати препоруке, али њихове одлуке нису обавезујуће. Међутим, могућност жалбе код надлежних органа, уколико се уоче неправилности у процесу запошљавања, представља основни правни механизам заштите учесника у конкурсним процедурама. Код пријема државних службеника, односно окончањем конкурсне процедуре, грешке у пријавама на конкурс у смислу испуњености формалних услова и потпуности пријаве на конкурс преиспитују се у законски прописаним временским роком након избора кандидата за пријем, и то према одредбама Закона о управном поступку Босне и Херцеговине.[35]

Жалбе се подносе Одбору државне службе за жалбе Савјета министара БиХ, а који је одговоран за разматрање свих коначних одлука, предузетих и пропуштених радњи институција и/или Агенције за државну службу БиХ, укључујући и рјешења о постављењу државних службеника. Рок за жалбу је осам дана од дана пријема акта, а иста не одлаже извршење, док је рок за подношење тужбе суду 15 дана. Одлука Одбора је коначна, те се више не може оспоравати. Једина могућност јесте покретање управног спора код надлежног суда.[36]

Заштита учесника конкурса и право на дјелотворно правно средство су кључни елементи у осигуравању интегритета и правичности процеса запошљавања у Босни и Херцеговини. Кроз јачање законског оквира, институционалне подршке и свијести јавности, могуће је осигурати да сваки кандидат има једнаке шансе и да се њихова права адекватно заштите.

6. ИНТЕРНИ ПРЕМЈЕШТАЈИ У ИНСТИТУЦИЈАМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Интерни премјештаји у институцијама Босне и Херцеговине представљају значајан процес који може имати широк утицај на организацију, запослене и ефикасност рада институција. Ово подразумијева премјештање запослених унутар исте институције, али на другу радну позицију или одсјек/сектор, умјесто да се врши запошљавање изван институције. Законом је одређено да се упражњена мјеста прво попуњавају интерним премјештајем државног службеника који је запослен на сличном радном мјесту у институцији. Интерни премјештаји могу бити користан правни институт за организацију јер омогућавају искоришћавање већ постојећих ресурса унутар институције

[35] Закон о управном поступку Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16.

[36] Члан 63. Закона о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине.

чија су знања и вјештине већ формиране. Интерни премјештај у институцијама БиХ може бити уз сагласност или на захтјев државног службеника (добровољан) - обавља се уколико институција одобри такав премјештај због постојања објективно утврђених потреба за обављање истог и без сагласности државног службеника (наметнут) - обавља се када институција из разлога потреба службе има потребу да премјести државног службеника са једног сличног радног мјеста на друго, у складу са потребама службе.[37]

6.1. Добровољни интерни премјештај у току пробног рада државних службеника

У случају добровољног интерног премјештаја,[38] Агенција за државну службу БиХ од институције неће тражити детаљно образложење разлога интерног премјештаја, осим навођења постојања објективно утврђених потреба за обављање истог премјештаја. Међутим, захтјев за добровољни интерни премјештај у току пробног рада државног службеника, који траје годину дана од дана постављења државног службеника на радно мјесто, Агенција у правилу одбија, осим када захтјев за интерни премјештај институције садржи оправдан разлог због којег је интерни премјештај у току пробног рада неопходан (укидање радног мјеста, трансформација институције, разлози хумане природе), када Агенција у правилу даје сагласност за овакав нужни и образложени интерни премјештај државног службеника у току пробног рада, уз обавезу институције да достави оцјену рада државног службеника.

У пракси, ова прилично непрецизно формулисана законска одредба доводи до злоупотребе института резервне листе успјешних кандидата на конкурсу за пријем државних службеника на неодређено вријеме. Наиме, до краја 2022. године била је потребна сагласност Савјета министара БиХ за објављивање конкурса, број радних мјеста и позиције које ће бити оглашене на истом. Након провођења конкурсне процедуре и избора кандидата, институције БиХ су често вршиле интерни премјештај у току једне године од дана постављења државних службеника, како би се отворио простор, односно радно мјесто за повлачење сљедећег успјешног кандидата с листе, а за које институција није добила претходну сагласност Савјета министара БиХ за

[37] Правилник о условима и начину обављања интерних конкурса интерних и екстерних премјештаја државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 30/14 и 38/17.

[38] Информација о сагласности Агенције за државну службу, број: 05-34 -2-65 5-1/23 од 9.6.2023. године.

запошљавање. На тај начин се примао већи број кандидата у односу на онај за који је Савјет министара дао сагласност. Из тог разлога, Генерални секретаријат Савјета министара БиХ је донио Закључак[39] којим је упозорио Агенцију за државну службу али и институције да се институт резервне листе кандидата не смије злоупотребљавати на наведени начин. Крајем 2022. године Управни инспекторат Министарства правде БиХ је донио одлуку да Агенција за државну службу БиХ може расписивати конкурсе за пријем радника без сагласности Савјета министара БиХ, из разлога што је на тај начин знатно олакшан пријем нових запосленика након беспотребно дугих и спорих процедура, које нису могле пратити динамику одласка државних службеника из институција БиХ.

Несигурни и опречни ставови Агенције у смислу даље важности наведеног Закључка доводе до наставка злоупотребе института резервне листе кандидата, из разлога што члан 32. став (2) Закона о државној служби у институцијама БиХ прописује да није потребна сагласност за интерни премјештај, те да је за исти одговорна искључиво институција. Закон прописује да је институција обавезна уз образложење за интерни премјештај доставити и оцјену рада државног службеника, а што у овом случају није могуће обзиром да се државни службени оцјењује на крају пробног рада, односно након истека једне године од заснивања радног односа. Министарство правде је у неколико својих мишљења истакло да је споменута одредба Закона о државној служби у институцијама БиХ императивна и да се оцјена рада мора узети у обзир приликом интерних премјештаја и унапређења.

Постојећи регулаторни оквир везан за интерни премјештај државних службеника на пробном раду потребно је на адекватан начин измијенити, како би се осигурало поштовање начело транспарентности у поступцима запошљавања. Наведена поступања доводе до неправилности и непоштеног запошљавања, односно запошљавања већег броја лица у односу на онај који је планиран конкурсом и планом запошљавања.

6.2. Интерни премјештаји из мјеста рада у друго мјесто рада

Правном регулативом није прописана могућност интерног премјештаја запосленика из мјеста рада у друго мјесто гдје институција има сједиште, нити су прописани критерији за такав интерни премјештај. Наиме, у недостатку ове регулативе, може доћи до интерног

[39] Закључак Генералног секретеријата Савјета министара БиХ, број:05-34-3-3287-А/20 од 16.12.2020. године.

премјештаја запосленика без његове сагласности у друго мјесто рада, што би евентуално отежало услове рада и угрозило првобитно закључени уговор о раду. Примјер за наведено је првостепена одлука суда[40] који је свој закључак о незаконитости интерног премјештаја државног службеника из мјеста рада и становања, засновао на повредама у поступку понуде измијењеног уговора о раду у смислу одредби члана 81. Закона о раду у институцијама Босне и Херцеговине, за које повреде је оцијенио да су за посљедицу имале незаконитост интерног премјештаја. Дакле, првостепени суд је из наведених разлога поништио одлуку о интерном премјештају, а да при томе није цијенио да ли је одлука о интерном премјештају имала упоришта у одредбама Закона о раду у институцијама Босне и Херцеговине и Правилнику о интерном премјештају и распоређивању запосленика у институцијама Босне и Херцеговине.[41] Наиме, по схватању другостепеног суда, одредбама наведеног закона и правилника није уопште прописана могућност интерног премјештаја запосленика из мјеста рада у друго мјесто, нити су прописани критерији за такав интерни премјештај. У недостатку такве регулативе, државни службеник у конкретном случају не би могао без његове сагласности бити интерно премјештен из мјеста рада и становања у друго мјесто рада, ако би се премјештајем битно погоршале њене породичне прилике.[42]

Због напријед наведених разлога, одлука о интерном премјештају, као и измијењени уговор о раду, су незаконити.

Ова правна празнина у погледу интерних премјештаја би требала да буде адекватно попуњена како би се омогућило правично и законито поступање. Правна регулатива која јасно дефинише процес интерних премјештаја помоћи ће у одржавању баланса између потреба институција и права запосленика, осигуравајући да се премјештаји врше на начин који је фер, законит и у складу са најбољим праксама управљања људским ресурсима.

7. ЗАКЉУЧАК

Заснивање радног односа је инструмент за остваривање једног од основних људских права, права на рад а аутори овог чланка извршили су анализу правног режима заснивања радног односа у институцијама Босне и Херцеговине. Запошљавање државних службеника на неод-

[40] Билтен судске праксе, број 9/2019, Пресуда вијећа Апелационог одјељења број: S1 3 P030324 19 Gž од 17.05.2019. године, 103.

[41] Правилник о интерном премјештају и распоређивању запосленика у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 19/12 и 49/13.

ређено вријеме у форми постављења као управног акта и кроз закључивање уговора о раду, представља кључни сегмент функционисања државне администрације. Овај вид запошљавања омогућава стабилност и континуитет у раду државних институција, што је неопходно за ефикасно пружање јавних услуга грађанима. Супротно томе, заснивање радног односа на одређено вријеме у институцијама Босне и Херцеговине представља веома битан корак у прилагођавању радне снаге потребама и захтјевима институција. Овај процес, иако привремене природе, захтијева пажљиво планирање како би се осигурала ефикасност рада и задовољство запосленика. Карактеристика овог уговора је да је, за разлику од уговора о раду на неодређено вријеме, његов престанак унапријед утврђен и то због тога што је због неког објективног разлога потреба за обављањем посла привремена. Објективним разлогом за закључивање уговора о раду на одређено вријеме у институцијама Босне и Херцеговина, сматра се обављање ванредних, привремених или повремених послова или послова чији се обим привремено и непредвиђено повећао, а који нису трајнијег карактера, као и ради замјене дуже вријеме одсутног радника.

Аутори су се у раду осврнули на услове за заснивање радног односа, дали одређене приједлоге који би кандидатима олакшали процес прикупљања документације, те указали на одређена спорна поступања институција код продужења радноправног односа након стицања услова за престанак истог. Обрадили су и тему заштите учесника конкурса и права на дјелотворно правно средство као кључне елементе у осигуравању интегритета и правичности процеса запошљавања у Босни и Херцеговини. Кроз јачање законског оквира, институционалне подршке и свијести јавности, могуће је осигурати да сваки кандидат има једнаке шансе и да се њихова права адекватно заштите.

Интерни премјештаји у институцијама Босне и Херцеговине представљају значајан процес који може имати широк утицај на организацију, запослене и ефикасност рада институција. Интерни премјештаји могу бити користан правни институт за организацију, јер омогућавају искоришћавање већ постојећих ресурса унутар институције чија су знања и вјештине већ формиране у вези са чим су аутори дали *de lege ferenda* одговарајуће приједлоге за новелирање важећих радноправних регула у посебном режиму радних односа у институцијама Босне и Херцеговине.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Maus, George, *Social Human Right and Protection against Dismisual – General Theory with an analysis of the right to work*, University of Antwerp, 2003;
2. Говић Пенић, Ирис, *Заснивање и престанак радног односа*, Правосудна академија, Загреб 2023;
3. Дрмић, Аница, *Службенички однос у хрватској правној регулативи*, 2013;
4. Ковачевић, Љубинка, *Заснивање радног односа*, Београд 2021;
5. Лубарда, А. Бранко, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд 2003;
6. Марчетић, Гордана, „Управљање људским потенцијалима у јавној управи и нови Закон о државним службеницима“, *Хрватска и компаративна јавна управа: часопис за теорију и праксу јавне, управе*, Друштвено велеучилиште Загреб 2007;
7. Мирјанић, Жељко, *Увод у радно право*, Бања Лука, 2020;
8. Топић, Дарио, „Посебности радног односа државних службеника у Босни и Херцеговини“, *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару*, бр. XXX., 2022;
9. Херман, Вилим, Ћупурдија, Милорад, *Основе радног права*, Осијек, 2011.

Правни извори

1. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, усвојен на Општој скупштини Уједињених народа, 16.12.1966. године (резолуција бр. 2200 А /XXI/), ступио на снагу 3.1.1976. године;
2. Универзална декларација о људским правима, усвојена на Генералној скупштити Уједињених нација 10.12.1948. године (A/RES/217);
3. Evrropska socijalna povelja;
4. Устав Босне и Херцеговине – Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/09 – Амандман I;
5. Закон о раду у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 26/2004, 7/2005, 48/2005, 50/2008 - др. закон, 60/2010, 32/2013, 93/2017, 59/2022 и 88/2023);
6. Закон о полицијским службеницима Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 27/2004, 63/2004, 5/2006, 58/2006, 58/2006, 15/2008, 50/2008 - др. закон, 63/2008, 35/2009, 7/2012 и 42/2018 - одлука УС;
7. Закон о државној служби у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/02, 19/02, 8/03, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 43/09, 8/10, 40/12, 93/17 и 18/24;

8. Закон о раду Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, бр. 74/2019 и 8/2021;
9. Закон о раду Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - одлука УС, 113/17 и 95/18 - аутентично тумачење;
10. Закон о раду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23 и 64/23;
11. Закон о раду Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 26/16, 89/18, 23/20 - одлука УС, 49/21 - др. закон, 103/21 - др. закон, 44/22 и 39/24;
12. Закон о управном поступку Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16;
13. Правилник о поступцима оглашавања, избора кандидата, премјештаја и постављења државних службеника у случају преноса или преузимања надлежности од стране институција БиХ, *Службени гласник БиХ*, број: 27/08, 56/09, 54/10, 70/12, 12/20 и 69/22;
14. Правилник о карактеру и садржају јавног конкурса, начину провођења интервјуа и обрасцима за провођење интервјуа, *Службени гласник БиХ*, бр. 63/16, 21/17, 28/21 и 38/23;
15. Правилник о условима и начину обављања интерних конкурса интерних и екстерних премјештаја државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 30/14 и 38/17;
16. Правилник о интерном премјештају и распоређивању запосленика у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 19/12 и 49/13.

Документи и други извори

1. Извјештај Канцеларије за ревизију институција БиХ о обављеној финансијској ревизији за 2022. годину Агенције за државну службу Босне и Херцеговине, Сарајево, 2022;
2. Извјештај Канцеларије за ревизију институција БиХ о обављеној финансијској ревизији Агенције за државну службу Босне и Херцеговине za 2023. godinu, Сарајево, 2023;
3. Годишњи ревизорски извјештај о главним налазима и препорукама за 2018. годину, број: 06-16-1-1050/19, Сарајево, 2019;
4. Годишњи извјештај о резултатима активности Институције омбудсмена за људска права БиХ за 2021. годину, Бања Лука, 2022. година;
5. Билтен судске праксе, број 9/2019, Пресуда вијећа Апелационог одјељења број: С1 3 П030324 19 Гж од 17.05.2019. године;
6. Закључак Генералног секретеријата Савјета министара БиХ, број: 05-34-3-3287-А/20 од 16.12.2020. године;
7. Информација о сагласности Агенције за државну службу, број: 05-34 -2-65 5-1/23 од 9.6.2023. године.

Jelena Lale, LL.M.
Aida Hadžiahmetović, LL.M.

Ministry of Finance and Treasury of Bosnia and Herzegovina

LEGAL REGIME FOR ESTABLISHING EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN INSTITUTIONS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The establishment of an employment relationship has a multifaceted role and significance. Through the establishment of an employment relationship, society ensures the quantity and quality of socially necessary work—employers provide the workforce, while workers provide themselves and their family members with material and social security.

Therefore, appropriate legal formalization of the establishment of an employment relationship is necessary, i.e., the establishment of a legal framework. This work will conduct a systematic analysis of the legal framework for the establishment of an employment relationship in the institutions of Bosnia and Herzegovina, one of the most significant labor law institutions, bearing in mind that this institution represents the first and most direct elaboration of the labor law.

In relevant sections of this article, attention will be devoted to the process and key phases of establishing an employment relationship for civil servants and other employees, with a special focus on protecting participants in the recruitment process and their right to effective legal remedies. This research work will also address the possibility of extending the employment relationship for civil servants who, in accordance with current legal regulations, have fulfilled the conditions for receiving old-age pension benefits, considering that such cases arise in the institutions of Bosnia and Herzegovina based on the approval of the Civil Service Agency of Bosnia and Herzegovina. This practice raises several unresolved questions, especially given that the appropriate legal norms typically stipulate the termination of the employment relationship upon meeting the eligibility criteria for old-age pensions. To address this issue, the authors will provide de lege ferenda suggestions for better and more comprehensive regulatory solutions.

Key words: *Establishment of an employment relationship; Job vacancy announcements; Civil servants; Right to appeal*.

UDC/УДК 331.5
REVIEW ARTICLE / *ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД*

Lucaciu George-Doru, PhD candidate

Faculty of Law of the University of Bucharest, Romania

NO-POACH AGREEMENTS: BETWEEN THE RESTRICTION OF THE RIGHT TO WORK AND ANTI-COMPETITIVE VIOLATIONS

No-poach agreements represent agreements between companies not to contact, recruit, or offer work to the employees of a competing company (those who work/worked at one of the companies involved).On the one hand, these agreements reduce the competitiveness of the workforce, as employees remain trapped for a long period of time without the possibility of freely choosing another job. This also leads to an infringement of the fundamental right to work, which is regulated and protected at both the EU and national level by the provisions of the 2003 Constitution of Romania, republished. On the other hand, these agreements infringe anti-competitive rules, affecting the right of employers to recruit employees that work in similar fields/sectors of activity.In the labour market, labour recruitment cannot be restricted as it is a competitive parameter between the parties involved.Recently, an increased number of investigations organized by different authorities in several Member States are designed to discover and sanction no-poach and wage-fixing agreements (e.g., in Lithuania, Poland, Hungary, Portugal, Romania).In Romania, the Competition Council investigates several companies that operate in the market of production of motor vehicles and/or related activities (e.g., vehicle components and systems, testing, projecting). If these companies are proven to have violated anti-competitive rules, they risk fines of up to 10% of their total turnover. This could be a major risk for them to face financial difficulties and potentially insolvency proceedings. However, the prohibition of no-poach agreements contributes to both increasing competitiveness among employees and improving the competitive business environment.

Key words: Labour; No-poach agreements; Competition; Non-discrimination.

Lucaciu George-Doru, *george-doru.lucaciu@drept.unibuc.ro.*

1. DEFINITION OF NO-POACH AGREEMENTS AND REGULATIONS

1.1. Global perspective on No-poach Agreements

Essentially, these agreements (often secret) between employers operating in the same relevant market (competitors) are designed not to approach, recruit, and contact each other's employees.

The most frequent domains are fast-food, tech, healthcare, manufacturing of motor vehicles and/or other related domains.

Regarding their regulation, the situation may vary from country to country and from continent to continent. Sometimes, "No-poach agreements" are expressly prohibited by the legislation of certain countries, other times, although they are not prohibited, they are not regulated in any way.

More precisely, at **international level**, in the United States of America, for example, some investigations established that No-poach agreements are illegal and infringe anti-competitive rules. The actions of antitrust authorities have become particularly visible since 2016 in industries where human resources are highly specialized, such as technology services, healthcare etc.

This is also the reason why, in October 2016, the Department of Justice (Antitrust Division) launched a „*Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*"[1] which states that: "*An agreement among competing employers to limit or fix the terms of employment for potential hires may violate the antitrust laws if the agreement constrains individual firm decision making with regard to wages, salaries, or benefits; terms of employment*". On the same occasion, it was pointed out that *"naked wage-fixing or no poaching agreements among employers ... are per se illegal under the antitrust law".*

In Canada, Canadian competition law may prohibit agreements that limit or restrict competition, including "No-poach agreements" that adversely affect labour market and employee's rights.

Other countries and regions have similar laws and regulations that prohibit or restrict certain types of no-poaching clauses. For example, Australia, Japan, South Korea have enacted antitrust laws targeting anti-competitive practices, including agreements that restrict employee recruitment.

[1] Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, *https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl.*

At **EU level**, several investigations have launched recently, some of which have resulted in extremely severe sanctions. For example, in the UK, Italy and France, modelling agencies have been targeted; in Lithuania and Poland, investigations have targeted companies operating in the Professional Basketball League; in the Netherlands, companies providing medical services; in Croatia, companies providing IT consultancy services.

An interesting example is Portugal, where the competition authority has published a report and guide of best practices (following the model promoted in the United States of America by the Department of Justice), addressed to companies operating in the labour market, highlighting the illicit and anti-competitive nature of No-poach agreements.

In Romania, No-poach agreements are not prohibited by an express rule. At first sight, it could be considered that, according to the principle of law which stipulates that "*whatever is not prohibited is permitted"*, these agreements might be considered legal. However, as we will see in chapter III, the Romanian Competition Council has launched, for the first time, an investigation into possible anti-competitive behaviour of some companies in the field of car manufacturing and/or other related activities (e.g. car components and systems, testing, design) in Romania. This investigation conducted by the Romanian authority has not been finalised yet.

1.2. Applicable regulations

As previously mentioned, No-poach Agreements are regulated differently, depending on the legislation of each country.

First, as an example, according to Paragraph 45(1.1) (b) of *Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements*,[2] No-poach agreements ("*agreements between unaffiliated employers to not solicit or hire each other's employees*") are prohibited. At the same time, wage-fixing agreements are also prohibited, disposing: (i) to fix, maintain, decrease or control salaries; (ii) to fix, maintain, decrease or control wages; (iii) to fix, maintain, decrease or control terms and conditions of employment, where "terms and conditions" include the responsibilities, benefits and policies associated with a job.

Secondly, at European level, the following provisions are applicable:

[2] Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements, *https://competition-bureau.canada.ca/how-we-foster-competition/education-and-outreach/enforcement-guidelines-wage-fixing-and-no-poaching-agreements#sec2*.

On one hand, pursuant **Article 15 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union,**[3] every person has the right to work and pursue a freely chosen or accepted occupation.

On another hand, according to **Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union**, the following agreements *"shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:*

(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions.

(b) limit or control production, markets, technical development, or investment.

(c) share markets or sources of supply.

(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage.

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts".[4]

Generally, these agreements are null and void.

However, there are certain cases where such agreements are considered permissible. According to Article 101 para. (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, "*any agreement or category of agreements between undertakings, any decision or category of decisions by associations of undertakings or any concerted practice or category of concerted practices which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress*" are legal.

Based on these legal provisions, No-poach Agreements could sometimes be considered perfectly legal, especially in those situations

[3] Which states that: "1. Everyone has the right to engage in work and to pursue a freely chosen or accepted occupation. 2. Every citizen of the Union has the freedom to seek employment, to work, to exercise the right of establishment and to provide services in any Member State. 3. Nationals of third countries who are authorised to work in the territories of the Member States are entitled to working conditions equivalent to those of citizens of the Union".

[4] Treaty on the Functioning of the European Union, *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A12008E101%3AEN%3AHTML*.

where, for example, the final consumer benefit from this – i.e., such benefit reflects in lower prices.

Thirdly, in Romania, No-poach Agreements are not prohibited, neither in the Romanian Constitution, republished in 2003, nor in the Labour Code or similar legislation.

In Romania, the provisions of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union are directly applicable on the territory of Romania, as part of the European Union, and do not require (further) transposition into our national legislation.

As previously stated, the right to work (as well as its negative component - the right not to work) is expressly set in Article 41 (1)[5] and Article 42[6] of the Romanian Constitution, republished.

Regarding anti-competitive practices, Article 5(5)(a) of the Competition Law No 21/1996 establishes, similarly to the Treaty on the Functioning of the European Union, the following:

"*Any agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition in the Romanian market or in a part of it, are prohibited, in particular those which:*

a) establish, directly or indirectly, buying or selling prices or any other trading conditions.

b) limits or controls production, marketing, technical development or investment.

c) share markets or sources of supply.

d) apply unequal conditions to equivalent services in their dealings with trading partners, thereby placing them at a competitive disadvantage.

e) condition the conclusion of agreements on the acceptance by the partners of additional services which, by their nature or in accordance with commercial usage, have no connection with the subject of such agreements".

[5] Which states that: "The right to work shall not be restricted. Everyone has a free choice of his/her profession, trade or occupation, as well as workplace".

[6] Which states that: "(1) Forced labour is prohibited.

(2) Forced labour does not include:

a) activities of doing the military service, as well as activities performed in lieu thereof, according to the law, due to religious or conscience-related reasons.

b) the work of a sentenced person, carried out under normal conditions, during detention or conditional release.

c) any services required to deal with a calamity or any other danger, as well as those which are part of normal civil obligations as established by law".

2. PURPOSE OF NO-POACH AGREEMENTS

As a preliminary point, we indicate that, with the exception of certain cases in which they might be permitted (e.g. when they are accessory to M&A transactions), No-poach Agreements can be considered as **horizontal cartel-type arrangements** between players competing in the market for the attraction of labour, irrespective of whether or not these players are ultimately direct competitors in the markets where they offer their products or services.

However, according to most of the European regulations in force, including Romanian Competition Law 21/1996, for such cartels, companies risk fines of up to 10% of total turnover, in addition to the reputational and image damages associated with the investigation procedure and the application of a penalty.

By using these agreements, a series of advantages and disadvantages can be created for both employers and employees, as follows:

2.1. From the employer's perspective

As already mentioned, No-poach Agreements are usually secret agreements between different employers not to contact, recruit or hire employees of competing companies operating in the same relevant market.

The reasons why employers agree to use these agreements could be as various as:

First, companies are interested in **optimising the costs** they allocate to new workers. Specifically, this represents the amount that companies spend on training of young employees, as well as on enhancing performance in others.

Secondly, companies aim to **secure their position on the labour market**, to discourage employees who want to quit to use their knowledge, know-how, customers, etc. for other's employer's benefit.

Thirdly, companies aim to promote a stable working environment with long-term employment relationships.

2.2. From the employee's perspective

Generally, these agreements can affect employees in several ways:

First, employees remain **trapped in their current** jobs, without having the opportunity to develop professionally.

Moreover, employers concluding such agreements do not offer job vacancies, which may lead to a violation of freedom of work and the fundamental right to work.

Secondly, companies concluding No-poach Agreements may set a minimum level of wages.

In Canada, for example (through the *Enforcement Guidelines on wage-fixing and no-pricing agreements*), or in the United States (through the *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*), No-poach Agreements are illegal.

Basically, in these cases, the employee may be in a situation where it will not benefit from an increase of salary or such increase will be low, regardless of his/her performance on the job, or from any promotion up the hierarchy within their organization.

Thirdly, No-poach Agreements could cause negative effects on employee's mental health, such as depression, anxiety, burn out. In such cases, employees will no longer have the same work performance and will no longer want to get involved in projects of the company (so-called *quiet quitting phenomenon*[7]).

As far as I am concerned, reducing, or even eliminating the mobility of employees or not remunerating them appropriately according to their skills and experience, may also impact the business environment, resulting in the reduction of innovation, technological progress, diversification and quality of products and services offered, as well as a restricting access to the relevant market.

3. CASE STUDY: THE ONGOING INVESTIGATION OF THE ROMANIAN COMPETITION COUNCIL

For the first time in Romania, the Competition Council has launched a labour market investigation into the possible anti-competitive behaviour of Renault Technologie Roumanie S.R.L., Alten Si-Techno Romania S.R.L., Akka Romserv S.R.L., Bertrandt Engineering Technologies Romania S.R.L., Expleo Romania S.R.L., Fev Ece Automotive S.R.L. and Segula Technologies Romania S.R.L.

According to the inspectors, there are indicators that these investigated companies have acted contrary to competition rules in order to share the market for specialised labour in the field of automotive engineering activities. At the same time, these companies also aimed to impose a ceiling on the number of wages. Specifically, such agreements may have aimed to

[7] "Quiet quitting appears when employees continue to put in the minimum amount of effort to keep their jobs, but don't go the extra mile for their employer. This might mean not speaking up in meetings, not volunteering for tasks, and refusing to work overtime. It might also result in greater absenteeism."

prohibit the mobility of employees and to impose a low wage to render it either impossible or derisory to change their jobs.

On the same occasion, the Romanian Competition Council also underlined that "*labour is an essential component for performing an economic activity on the market, the costs of which represent fixed costs for the acquiring companies (employers). By agreeing not to compete for certain categories of employees and to share their employees, companies coordinate the purchase of labour with the aim of increasing purchasing power and thus reducing labour costs*".[8]

Through these practices, an artificially decrease on the labour market is created and, consequently, an artificial decrease in the price of human resources that employers have to pay in concrete terms. Specifically, companies have control over their employees for a minimum wage and the latter have no real alternative.

Nowadays, according to the information provided by the Romanian Competition Council, one of the investigated companies has already been sanctioned with the amount of 441,494.13 RON (approximately 89,000 EUR), for its refusal to provide the requested documents.

For other companies under investigation, the Romanian Competition Council is continuing its efforts to identify anti-competitive behaviour. If the investigation concludes that competition rules were violated, the companies risk fines of up to 10% of its turnover.

4. NO-POACH AGREEMENTS ARE DIFFERENT FROM NON-COMPETE CLAUSES

Different from No-poach Agreement(s) (which are agreements between employers), the non-compete clause is an obligation assumed by the (former) employee, inserted in the individual employment agreement, or assumed in an addendum to it, whereby he/she agrees not to perform work, for a specific period, for the benefit of another competitor.

No-poach Agreements are different from non-compete clauses inserted in the individual employment agreements.

In the Romanian Labour Code, non-compete clauses are regulated in Articles 21 - 24.

The non-compete clause is defined in Art. 21 para. (1) of the Romanian Labour Code as one whereby "*the employee shall be obliged, after ter-*

[8] CONSILIUL CONCURENȚEI A DECLANȘAT O INVESTIGAȚIE PE PIAȚA FORȚEI DE MUNCĂ, *https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2022/01/-investigatie-piata-muncii-ian-2022.pdf.*

mination of the employment agreement, not to perform, for his own benefit or for the benefit of a third party, an activity which competes with that performed for his employer, in return for a monthly non-competition indemnity which the employer undertakes to pay for the entire period of non-competition".

In return for the obligation not to work for a competitor, the former employee is entitled to receive a non-competition allowance. According to Article 21(3) of the Romanian Labour Code, it shall be negotiated by the parties and it shall amount to „*at least 50% of the employee's average gross salary income over the last 6 months preceding the date of termination of the individual agreement or, if the duration of the individual employment agreement was less than 6 months, of the average gross monthly salary income due to the employee over the duration of the agreement*".

The non-compete clause is effective for a maximum period of 2 years after the termination of the individual employment agreement. Obviously, the parties are free to stipulate a shorter duration in the agreement if they intend to shorten it from 2 years.

Also, according to Decision no. 1277/2010 of the Constitutional Court of Romania,[9] the employer may insert in the non-compete clause an option right, which implies the possibility to activate it or not once the employment agreement is terminated.

If such right has not been provided, then the clause is activated *de jure*. However, there is also possible that the parties revoke the clause (i.e. the employer stops paying the indemnity and the employee freely starts working for any employer).

The key difference between non-compete clauses and No-poach Agreements is that employees will ordinarily be aware of a non-compete clause in their employment agreement, which - at least theoretically - may give them the opportunity to negotiate its terms and, further, they will receive an allowance. However, this is not possible in case of No-poach Agreements.

5. CONCLUSIONS

As a conclusion of this study, there is no unified point of view on whether or not to prohibit No-poach agreements, given that in some countries they are strictly prohibited (as is the case, for example, in the United States of America, Canada, etc.), while in other countries (particularly in the Member States of the European Union) the same agreements are permitted.

[9] Published in the Official Gazette, Part I, No. 52 on January 20, 2011.

Despite a certain confusion that may be created between No-poach Agreements and non-compete clauses, they are different. While the former are agreements concluded between employers, the latter are clauses allowed in individual employment agreements, according to which an employee assumes to his (former) employer the obligation not to work for a certain period, in consideration of a non-compete indemnity.

Although the Commission has not been traditionally focused on labor market, national competition authorities (including Poland, Portugal, Romania, and other countries) investigate possible labour market infringements in terms of anti-competitive rules. If it will be established that these companies have committed breaches of the applicable legislation, they risk penalties of up to 10% of their total turnover (as we have seen, for example, in the case of the investigation conducted by the Romanian Competition Council).

From my standpoint, competition helps EU companies to compete more effectively both outside the EU and in the global market as well.

As labour market is a key element of economic development, it is necessary that Member States and the European Commission conclude in their efforts to stop any agreements that could affect labour mobility and all types of abuses.

LIST OF REFERENCES

1. Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, *https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl;*
2. CONSILIUL CONCURENȚEI A DECLANȘAT O INVESTIGAȚIE PE PIAȚA FORȚEI DE MUNCĂ, *https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2022/01/investigatie-piata-muncii-ian-2022.pdf;*
3. Decision no. 1277/2010 of the Constitutional Court of Romania, Published in the Official Gazette, Part I, No. 52 on January 20, 2011;
4. Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements, *https://competition-bureau.canada.ca/how-we-foster-competition/education-and-outreach/enforcement-guidelines-wage-fixing-and-no-poaching-agreements#sec2;*
5. Treaty on the Functioning of the European Union, *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A12008E101%3AEN%3AHTML.*

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА РАДОВА ОБЈАВЉЕНИХ У ЗБОРНИКУ РАДОВА „ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА“, У ПЕТ ТОМОВА СА XII НАУЧНОГ СКУПА ПОВОДОМ ДАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
који је одржан 28. октобра 2023. год. на Палама
(по азбучном реду, са назнаком државе из које су)

1. Аврамовић, Драгутин, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
2. Алихоџић, Јасмина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
3. Амповска, Марија, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев” у Штипу, Сјеверна Македонија;
4. Бабић, Илија, редовни професор у пензији, Београд, Република Србија;
5. Бановић, Божидар, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
6. Барбаљи, Аларико, ванредни професор Универзитета „Велика Грчка” у Катанцару, Република Италија;
7. Благић, Драган, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
8. Божић, Радомир, редовни професор Економског факултета, Пале, Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
9. Бојић, Филип, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
10. Брковић, Радоје, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
11. Буха, Милијана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
12. Васиљевић, Драгана, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
13. Васиљевић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
14. Вековић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
15. Видић, Марија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
16. Вилић, Драгана, редовни професор Економског факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;

17. Влашки, Бојан, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
18. Влашковић Вељко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
19. Врањеш, Невенко, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
20. Вујовић, Огњен, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
21. Вучетић, Дејан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
22. Вучић, Михајло, виши научни сарадник, Институт за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
23. Говедарица, Младенка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
24. Голијанин, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
25. Голубовић, Срђан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
26. Гоцевски, Драган, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
27. Грубешић, Ивана, доцент Правног факултета Универзитета у Зеници, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
28. Грујић, Здравко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
29. Дамјановић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
30. Даниловић, Дамјан, ванредни професор Економског факултета Универзитета и Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
31. Демировић, Рамајана, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
32. Димитријевић, Предраг, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
33. Димовски, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
34. Дмичић, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
35. Дујмовић, Ана, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;

36. Думан, Џамна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
37. Дураковић, Анита, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
38. Ђерић, Бранко, редовни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
39. Ђокић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
40. Ђорђевић Алексовски, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
41. Ђурђевић, Ненад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
42. Ђурђић Милошевић, Тамара, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
43. Ђурђић, Војислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
44. Етелвина Леон, Марија де ла Казас, редовни професор Правног факултета Универзитета Лагуна, Тенерифе, Шпанија;
45. Илић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
46. Иринеску, Луција, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Александар Јоан Куза“ у Јашију, Румунија;
47. Јашаревић, Сенад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
48. Јовичић, Катарина, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
49. Јотановић, Раденко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
50. Југовић, Сретен, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
51. Јурковић, Цвија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
52. Камбовски, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета "Гоце Делчев" у Штипу, Сјеверна Македонија;
53. Карбоне, Маријатереза, редовни професор Универзитета „Велика Грчка” у Катанцару, Република Италија;
54. Кнежевић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
55. Кнежевић, Саша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија
56. Ковачевић, Љубинка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

57. Ковачевић, Славиша, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
58. Костић, Милан, редовни професор Економског факултета у Крагујевцу, Република Србија;
59. Краљић, Сузана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Марибору, Република Словенија;
60. Крећа, Миленко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
61. Крешталица, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
62. Крстић, Новак, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
63. Кулаузов, Маша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
64. Лалић, Срђан, ванредни професор Економског факултета Брчко Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
65. Лепетић, Јелена, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
66. Лобрано, Ђовани, редовни професор, Папски католички универзитет у Перуу, Универзитет у Сасарију, Република Италија;
67. Лончар, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
68. Лукић, Наталија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
69. Марић, Бојан, ванредни професор Саобраћајног факултета, Добој, Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
70. Марјановић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
71. Марковић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
72. Марковић, Иванка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
73. Матић Матешковић, Инес, доцент Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Република Хрватска;
74. Мехмедовић, Емир, ванредни професор Факултета за управу Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
75. Миковић, Борјана, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
76. Милинковић, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
77. Милић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;

78. Милотић, Иван, редовни пофесор Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Република Хрватска;
79. Милошевић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
80. Мирјанић, Жељко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
81. Михес, Кристијан Думитру, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Орадеу, Румунија;
82. Мораит, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
83. Мујовић, Ранко, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора;
84. Настић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
85. Новаковић, Урош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија
86. Обрадовић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
87. Онида, Пјетро Паоло, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
88. Орловић, Слободан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
89. Пајић, Денис, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
90. Паламарчук, Евгениј Александрович, ванредни професор, Ростовски институт (одјељење) Сверуског државног универзитета правде у Ростову на Дону; Донски државни технички универзитет, Ростов на Дону, Руска Федерација;
91. Палачковић, Душица, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
92. Перић Ромић, Ранка, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
93. Перишић Ћеранић, Јелена, научни савјетник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
94. Перишић, Срђан, ванредни професор Филозофског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
95. Петров, Владан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
96. Петровић, Борислав, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина;

97. Петровић, Далибор, редовни професор Православног богословског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
98. Петровић, Стојана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
99. Пилиповић, Милан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
100. Планојевић, Нина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија
101. Поповић, Душан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
102. Поповић, Предраг, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
103. Прица, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
104. Пупић, Мирјана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
105. Радић, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
106. Радојевић, Мијодраг, научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, Република Србија;
107. Раичевић, Небојша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
108. Ракић, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
109. Рачић, Ранка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
110. Ристивојевић, Бранислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
111. Родригез Ароха, Белинда, редовни професор Интеркултуралног универзитета Државе Пуебла, Мексико;
112. Розић, Иво, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
113. Савић, Матеј, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
114. Савић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
115. Савчић, Сања, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
116. Сакоћио, Антонио, редовни професор Правног факултета Универзитета „Сапјенца“ у Риму, Италија;

117. Самарџић, Сандра, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
118. Самарџић, Стефан, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
119. Симовић, Дарко, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
120. Симовић, Миодраг, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
121. Станковић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
122. Станковић, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
123. Станковић, Урош, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
124. Старчевић, Јелена, доцент, Министарство за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске, Босна и Херцеговина, Република Српска;
125. Стјепановић, Богдана, научни сарадник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
126. Стјепановић, Станка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
127. Стојановић, Здрава, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
128. Тасић, Анђелија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
129. Тот, Давид, доцент Правног факултета Универзитета у Печују, Мађарска;
130. Тузов, Данил Олегович, редовни професор Правног факултета Националног истраживачког универзитета „Висока школа економије“, Санкт Петербург, Русија;
131. Тучић, Борис, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
132. Ћорић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
133. Хајдаревић, Сунчица, доцент, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
134. Хаџић, Мехмед, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
135. Цветковић Ђорђевић, Валентина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
136. Цуцић, Вук, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

137. Чворовић, Драгана, ванредни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
138. Чворовић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
139. Челић, Душко, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
140. Чолаковић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
141. Чоловић, Владимир, редовни професор и научни савјетник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
142. Шаула, Валерија, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
143. Шетка, Гојко, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
144. Шикман, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска.

LIST OF REVIEWERS OF PAPERS PUBLISHED IN PROCEEDINGS
"LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW"
IN FOUR VOLUMES
WITH XII SCIENTIFIC CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE DAY OF THE FACULTY OF LAW
which was held on 28 October 2023, at Pale
(in alphabetical order, with an indication of the country they are from)

1. Academician Full Professor Petrović, Borislav, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
2. Academician Full Professor Simović, Miodrag, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
3. Full Professor Alihodžić, Jasmina, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
4. Full Professor Antonio Saccoccio, PhD, Faculty of Law, University of "Sapienza" Rome, Republic of Italy;
5. Full Professor Avramović, Dragutin, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
6. Full Professor Babić, Ilija, PhD, Retired Professor, Belgrade, Republic of Serbia;
7. Full Professor Banović, Božidar, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade, Republic of Serbia;
8. Full Professor Božić, Radomir, PhD, Faculty of Economics, Pale, University of East Sarajevo,, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
9. Full Professor Brković, Radoje, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
10. Full Professor Carbone, Mariateresa, PhD, Magna Graecia University of Catanzaro, Republic of Italy;
11. Full Professor Čolaković, Maja, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
12. Full Professor Čvorović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
13. Full Professor Đerić, Branko, PhD, Faculty of Economics, Pale, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
14. Full Professor Dimitrijević, Predrag, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
15. Full Professor Dimovski, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
16. Full Professor Dmičić, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

17. Full Professor Gocevski, Dragan, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of Nort Macedonia;
18. Full Professor Đurđević, Nenad, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
19. Full Professor Đurđić, Vojislav, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
20. Full Professor Etelvina Leon, Maria de las Casas, PhD, University la Laguna, Tenerife, Spain;
21. Full Professor Golubović, Srđan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
22. Full Professor Govedarica, Mladenka, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
23. Full Professor Jašarević, Senad, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
24. Full Professor Jotanović, Radenko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
25. Full Professor Jugović, Sreten, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Republic of Serbia;
26. Full Professor Kambovski, Igor, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
27. Full Professor Knežević, Saša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia,
28. Full Professor Kostić, Milan, PhD, Faculty of Economics, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
29. Full Professor Kovačević, Ljubinka, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
30. Full Professor Kraljić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Maribor, Republic of Slovenia;
31. Full Professor Kreća, Milenko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
32. Full Professor Kulauzov, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
33. Full Professor Lobrano, Giovanni, PhD, Pontifical Catholic University of Peru, University of Sassari, Republic of Italy;
34. Full Professor Lončar, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
35. Full Professor Marković, Goran, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
36. Full Professor Marković, Ivanka, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
37. Full Professor Milinković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

38. Full Professor Milošević, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
39. Full Professor Milotić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Republic of Croatia;
40. Full Professor Mirjanić, Željko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
41. Full Professor Morait, Branko, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
42. Full Professor Mujović, Ranko, PhD, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
43. Full Professor Nastić, Maja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
44. Full Professor Obradović, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
45. Full Professor Orlović, Slobodan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
46. Full Professor Palačković, Dušica, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
47. Full Professor Petrov, Vladan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
48. Full Professor Petrović, Dalibor, PhD, St. Vasilije Ostroški Faculty of Orthodox Theology in Foča, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
49. Full Professor Planojević, Nina, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
50. Full Professor Popović, Dušan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
51. Full Professor Račić, Ranka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
52. Full Professor Radić, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
53. Full Professor Raičević, Nebojša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
54. Full Professor Rakić, Branko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
55. Full Professor Ristivojević, Branislav, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
56. Full Professor Rodríguez Arrocha, Belinda, PhD, Intercultural University of the State of Puebla, Mexico;
57. Full Professor Rozić, Ivo, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
58. Full Professor Šaula, Valerija, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
59. Full Professor Savčić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;

60. Full Professor Šikman, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
61. Full Professor Simović, Darko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
62. Full Professor Stjepanović, Stanka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
63. Full Professor Stojanović, Zdrava, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
64. Full Professor Tuzov, Danil Olegovič, PhD, Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russia;
65. Full Professor Vasiljević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
66. Full Professor Veković, Vladimir, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
67. Full Professor Vilić, Dragana, PhD, Faculty of Economics, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
68. Full Professor Vučetić, Dejan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
69. Full Professor Vujović, Ognjen, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
70. Full Professor, Principal Research Fellow Ćeranić Perišić, Jelena, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
71. Full Professor, Principal Research Fellow Čolović, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
72. Associate Professor Ampovska, Marija, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
73. Associate Professor Barbagli, Alarico, PhD, University of "Magna Graecia" of Catanzaro, Republic of Italy;
74. Associate Professor Blagić, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
75. Associate Professor Buha, Milijana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
76. Associate Professor Cucić, Vuk, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
77. Associate Professor Cvetković Đorđević, Valentina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
78. Associate Professor Čvorović, Dragana, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
79. Associate Professor Danilović, Damjan, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

80. Associate Professor Demirović, Ramajana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
81. Associate Professor Dujmović, Ana, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
82. Associate Professor Duman, Džamna, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
83. Associate Professor Duraković, Anita, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
84. Associate Professor Đurđić Milošević, Tamara, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
85. Associate Professor Grujić, Zdravko, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
86. Associate Professor Hadžić, Mehmed, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
87. Associate Professor Ilić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
88. Associate Professor Irinescu, Lucia. PhD, Alexandru Ioan Cuza University of Iasi, Romania;
89. Associate Professor Jurković, Cvija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Federation of Bosnia and Herzegovina, Bosnia and Herzegovina;
90. Associate Professor Knežević, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
91. Associate Professor Kovačević, Slaviša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
92. Associate Professor Krstić, Novak, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic Of Serbia,
93. Associate Professor Lalić, Srđan, PhD, Faculty of Economics Brčko, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
94. Associate Professor Lepetić, Jelena, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
95. Associate Professor Lukić, Natalija, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
96. Associate Professor Marić, Bojan, PhD, Faculty of Transport, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
97. Associate Professor Marjanović, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;

98. Associate Professor Mehmedović, Emir, PhD, Faculty of Administration, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
99. Associate Professor Mihes, Cristian Dumitru, PhD, Faculty of Law, University of Oradea, Romania;
100. Associate Professor Miković, Borjana, PhD, Faculty of Policital Sciences, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
101. Associate Professor Novaković, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
102. Associate Professor Onida, Pietro Paolo, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy;
103. Associate Professor Pajić, Denis, PhD, Faculty of Law, University "Džemal Bijedić" of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
104. Associate Professor Palamarchuk, Evgenii Aleksandrovitch, PhD, Rostov Institute (branch) All-Russian State University of Justice (RPA of the Ministry of Justice of Russia) in Rostov-on-Don; Don State Technical University, Rostov-on-Don, Russian Federation;
105. Associate Professor Perić Romić, Ranka, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
106. Associate Professor Perišić, Srđan, PhD, Faculty of Philosophy, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
107. Associate Professor Pilipović, Milan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
108. Associate Professor Prica, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
109. Associate Professor Savić, Matej, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
110. Associate Professor Savić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
111. Associate Professor Stanković, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
112. Associate Professor Stanković, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
113. Associate Professor Tasić, Anđelija, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
114. Associate Professor Vidić, Marija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
115. Associate Professor Vlašković Veljko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

116. Associate Professor Vranješ, Nevenko, PhD, Faculty of Political sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
117. Senior Research Fellow Jovičić, Katarina, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
118. Senior Research Fellow Radojević, Mijodrag, Institute for Political Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
119. Senior Research Fellow Vučić, Mihajlo, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
120. Assistant professor Bojić, Filip, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
121. Assistant Professor Čelić, Duško, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
122. Assistant Professor Ćorić, Dragana PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
123. Assistant Professor Damjanović, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
124. Assistant Professor Đokić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
125. Assistant Professor Đorđević Aleksovski, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
126. Assistant Professor Golijanin, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
127. Assistant professor Grubešić, Ivana, PhD, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
128. Assistant Professor Hajdarević, Sunčica, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federa-tion of Bosnia and Herzegovina;
129. Assistant Professor Krešталica, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
130. Assistant Professor Matić Matešković, Ines, PhD, Faculty of Law, University of Rijeka, Republic of Croatia;
131. Assistant Professor Milić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
132. Assistant Professor Petrović, Stojana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
133. Assistant Professor Popović, Predrag, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
134. Assistant Professor Pupić, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
135. Assistant Professor Samardžić, Sandra, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;

136. Assistant Professor Samardžić, Stefan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
137. Assistant Professor Šetka, Gojko, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
138. Assistant Professor Stanković, Uroš, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
139. Assistant Professor Starčević, Jelena, PhD, Faculty of Education, Bijeljina, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
140. Assistant Professor Toth, David, PhD, Faculty of Law, University of of Pécs, Hungary;
141. Assistant Professor Tučić, Boris, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
142. Assistant Professor Vlaški, Bojan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
143. Assistant Professor Vasiljević, Dragana, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
144. Research Fellow Stjepanović, Bogdana, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34(082)

НАУЧНИ скуп поводом Дана Правног факултета "Правне празнине и пуноћа права" (12 ; 2023 ; Пале)
Зборник радова "Правне празнине и пуноћа права". Том 2 = Collection of Paper "Legal gaps and the completeness of law". Vol. 2 : XII Научни скуп поводом Дана Правног факултета, Међународни научни скуп одржан 28. октобра 2023. год. на Палама / [коуредници Димитрије Ћеранић ... [и др.]]. - Источно Сарајево : Правни факултет, 2024 (Лакташи : Графомарк). - XVI, 425 стр. : илустр. ; 25 cm

Текст ћир. и лат. - Радови на срп. и енгл. језику. - Тираж 70. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-99938-57-84-6

COBISS.RS-ID 141537025